

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

82

JULIO
DICIEMBRE
2003

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

Ministerio de Defensa



**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

82 *JULIO
DICIEMBRE
2003*

MADRID

Edita:



NIPO: 076-03-054-4

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares

Fecha de cierre: diciembre de 2003

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

**ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 82
JULIO-DICIEMBRE 2003**

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

- 1.1. Antonio Millán Garrido, «Las modificaciones introducidas en el régimen orgánico-procesal de la Jurisdicción Militar por la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio: temas resueltos y cuestiones pendientes» 13
- 1.2. Héctor Olásolo, «Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma» 47
- 1.3. Rafael Ruiz Manteca, «Urbanismo y legislación de defensa» 77
- 1.4. Francisco Javier Hernández Suárez-Llanos, «Estudio criminológico del delito de abandono de destino o residencia del militar profesional. Interacción de la psiquiatría forense» 115
- 1.5. Rodrigo de Lorenzo Ponce de León, «La ambigua naturaleza de lo disciplinario en el Derecho Militar de los Estados Unidos de América» 149

2. NOTAS

- 2.1. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, «La reforma del Código Penal Español por Ley Organica 15/2003: un paso al frente en “la criminalizacion de la barbarie”» 197
- 2.2. Juan José Herbón Costas, «Libertad ideológica y religiosa en las Fuerzas Armadas» 235
- 2.3. Ignacio J. de Guzmán Muñoz, «Atipicidad de las conductas relativas a los deberes de presencia de los extintos militares de reemplazo: sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero, de 18 de junio de 2003..... 263

II. TEXTOS

1. LEGISLACIÓN

- Por M.^a Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera 279

2. JURISPRUDENCIA

- 2.1. Constitucional. Luis Bernardo Alvarez Roldán 283
- 2.2. Contencioso-administrativa. José Manuel Blanque Avilés y Laureano Tomás Zafrilla 293

3. DOCUMENTACIÓN

- 3.1. Doctrina legal del Consejo de Estado. José Leandro Martínez-Cardós Ruiz 357
- 3.2. XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Declaración y programa de acción humanitaria. Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española 379
- 3.3. Informe de síntesis sobre las respuestas al cuestionario de la Asociación Española de Derecho Militar y de los Conflictos Armados, sobre «El derecho de asociación de los militares». José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto 405

III. BIBLIOGRAFÍA

1. RECENSIÓN DE LIBROS

- 1.1. Pignatelli Meca, Fernando, « La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código penal». Por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto 419
- 1.2. De Assis, J.C., «Comentarios ao Codigo Penal Militar». Por Antonio Millán Garrido 423
- 1.3. Villalpando César, J.M., «Las Fuerzas Armadas y la ley. Una introducción al Derecho militar mexicano». Por Antonio Millán Garrido 429
- 1.4. Gutman, Roy y Rieff, David (Dir.), «Crímenes de guerra. Lo que debemos saber». Por Fernando Pignatelli Meca 437
- 1.5. Abril Stoffels, Ruth, «La asistencia humanitaria en los conflictos armados: configuración jurídica, principios rectores y mecanismos de garantía». Por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto 441
- 1.6. Rogers, Anthony P.V. y Malherbe, Paul, «Derecho al objetivo. Modelo de Manual acerca del Derecho de los con-

flictos armados para las Fuerzas Armadas». Por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto	443
--	-----

2. NOTICIA DE REVISTAS

— Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz	447
---	-----

IV. INFORMACIÓN

— 1. Premio «José F. de Querol y Lombardero»	451
— 2. IV Reunión de Expertos de Países Iberoamericanos: «El sistema de garantías judiciales del Derecho Internacional Humanitario, con especial referencia a la Jurisdicción Militar». Por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto	453
— 3. III Jornadas de la Asociación Española de Derecho Militar y de los Conflictos Armados	457
— 4. Derecho Aeronáutico y Espacial. Por Luis Bernardo Álvarez Roldán	461
— 5. Asociación Iberoamericana de Derecho Militar	465

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

**LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL RÉGIMEN
ORGÁNICO-PROCESAL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR
POR LA LEY ORGÁNICA 9/2003, DE 15 DE JULIO:
TEMAS RESUELTOS Y CUESTIONES PENDIENTES**

Antonio Millán Garrido
Universidad de Cádiz

SUMARIO

1. Introducción: la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio. 2. Tramitación parlamentaria. 3. La imparcialidad objetiva del juzgador militar. 4. El «retorno» del régimen de la responsabilidad disciplinaria judicial en el ámbito de la jurisdicción militar. 5. La supresión de la legitimación especial, en el recurso de casación, de los Mandos Militares Superiores. 6. La prohibición de ejercicio de la acusación particular y la acción civil en la jurisdicción militar. 7. La irrecurribilidad ordinaria de las sanciones disciplinarias militares por falta leve. 8. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN: LA LEY ORGÁNICA 9/2003, DE 15 DE JULIO

Casi tres lustros después de concluida la implantación de la nueva Justicia Militar en España, se publica esta Ley 9/2003, de 15 de julio, que modifica tanto la Ley de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar como, en menor medida, la Ley Procesal Militar. Se trata, pese a su alcance limitado, de una extensa reforma del marco orgánico-procesal que, sin afectar sustancialmente al modelo vigente, insiste en la línea, emprendida hace años, de adecuación de la jurisdicción castrense a los postulados constitucionales y a las exigencias propias de una sociedad democrática.

Las tres vertientes de esta reforma vienen dadas por las medidas tendentes a garantizar la imparcialidad objetiva de los miembros de los tribunales militares, por la reincorporación a la legislación especial del régimen de la responsabilidad disciplinaria judicial y por la supresión de la legitimación que, en el recurso de casación, correspondía hasta ahora a los Mandos Militares Superiores. Las restantes modificaciones dispuestas por la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, ofrecen una menor entidad, limitándose, como advierte el propio legislador, a «ligeros retoques de carácter técnico aconsejados por la experiencia, así como para actualizar ciertas denominaciones orgánicas». Es lo que acontece en la reforma de los artículos 23, 46, 62, 63.2, 79, 119.2 y 122 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y en todas las adaptaciones previstas en la disposición adicional 1.^a, entre las que destacan, por el número de preceptos afectados, las relativas a las denominaciones del Cuerpo Jurídico Militar y de sus empleos.

Pero en esta Ley el debate se ha centrado, desde el primer momento, más que en las modificaciones asumidas, en las propuestas de reforma que no se incorporaron al proyecto. En este punto, convengo con quienes entienden que la reforma debió ampliarse a otras cuestiones, muchas de ellas de relevancia y trascendencia, cuyo tratamiento en la legislación vigente es inadecuado desde una perspectiva técnica, materialmente insatisfactorio o abiertamente inconstitucional. Este último es el caso de la imposibilidad de ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular y la acción civil cuando el perjudicado y el inculpado son militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación. Y también —y, a mi modo de ver, especialmente— el de la negación de recurso a los sancionados, en vía disciplinaria militar, por falta leve, cuando no resulte afectado el ejercicio de ningún derecho fundamental. En ambos supuestos, confirmados por el Tribunal Constitucional los indicios de inconstitucionalidad de las correspondientes previsiones legales, éstas debieron haberse incluido en el ámbito de una reforma tendente, precisamente, a adecuar las normas reguladoras de la jurisdicción militar a los postulados básicos de un Estado democrático de Derecho.

En este comentario, tras una concisa referencia a la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, me ocupo, con brevedad, tanto de su contenido, esto es, de los temas resueltos, como de los dos supuestos indicados que fueron expresamente excluidos de la reforma y que, por ello, siguen constituyendo para el legislador cuestiones pendientes.

2. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

La tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, se inició el 25 de febrero de 2003, cuando la Mesa del Congreso de los Diputados acordó su publicación (1) y remisión, para dictamen, a la Comisión de Defensa, estableciendo un plazo de presentación de enmiendas que, por tres veces prorrogado, finalizó el 31 de marzo para las enmiendas a la totalidad, sin que se registrase ninguna, y el 1 de abril para las enmiendas al articulado, de las que se formularon treinta y nueve, correspondiendo once (núms. 1 a 11) al Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, dos (núms. 12 y 13) al Grupo Parlamentario Catalán, veintitrés (núms. 14 a 36) al Grupo Parlamentario Socialista, y tres (núms. 37 a 39) al Grupo Parlamentario de Coalición Canaria (2).

De tales enmiendas, nueve —y una parcialmente— fueron aceptadas por la Ponencia (3), que el 23 de abril emitió un informe, en el que se deja constancia de los criterios generales en orden al alcance y contenido que debía conferirse a la reforma. El primero de ellos es «el respeto al espíritu con que está redactado el modelo con arreglo al cual se regula la competencia y la organización de la jurisdicción militar; en este sentido, no es baladí la afirmación que hace el preámbulo [...] cuando resalta que no se trata de una revisión del sistema, sino de adecuarlo, aun manteniéndolo íntegro en su estructura y principios rectores, a ciertas exigencias doctrinales y jurisprudenciales». El segundo criterio «es el relativo al mantenimiento de los límites lógicos del ámbito del propio proyecto de ley; así quedan fuera de la aceptación las enmiendas que no se refieran estrictamente a las tres grandes magnitudes con que se enfrenta el proyecto: de un lado, la preservación (que ya se ha hecho en otros ámbitos jurisdiccionales) de lo que podríamos denominar el doble examen por tribunales independientes, entendiendo por tales a aquellos que no hayan intervenido

(1) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 132-1, 28 de febrero de 2003, pp. 1-9.

(2) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 132-5, 7 de abril de 2003, pp. 17-28. El índice de enmiendas está publicado en el núm. 132-6, 15 de abril de 2003, pp. 29-30.

(3) La Ponencia estuvo integrada por los Diputados Sres. don Luis Felipe Alcaraz Masats (GIU), don Manuel Atencia Robledo (GP), don José Andrés Ayala Sánchez (GP), don Ramón Companyans Sanfeliu (GC-CiU), don Luis Mardones Sevilla (GCC), don Alberto Moragues Gomila (GS), don José Rivas Fontán (GP), don Carlos Sanjuán de la Rocha (GS), don Joan Saura Laporta (GMx) y doña Margarita Uría Etxebarria (GV-EAJ-PNV).

antes con respecto al mismo asunto en resoluciones interlocutorias o previas; de otra parte, el ámbito circunscrito a ciertos retoques técnicos que son aconsejables por la experiencia o, de otra parte, para una adecuación del lenguaje, de todo lo cual se derivan modificaciones de ciertas denominaciones orgánicas». Y, en tercer y último lugar, se descartan las «cuestiones que, aunque pudieran constituir una *parte natural* del proyecto, sin embargo deben abordarse con un carácter más amplio en otros proyectos de ley más generales y que habrían de ser atribuidos *ratione competitiae* a otras Comisiones del Congreso» (4).

Con tales criterios, el texto fue sometido a debate en la Comisión de Defensa el 7 de mayo. Del contenido de las intervenciones, cabe destacar la pretensión —inicialmente formulada por el Grupo Parlamentario Catalán— de incorporar una disposición final con la que el Gobierno se obligase a presentar a la Cámara, en el plazo de tres meses, «un proyecto de ley que incluya las reformas legislativas necesarias para la ejecución plenamente satisfactoria en España de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos», que, con general aceptación, fue rechazada con los votos en contra del Grupo Popular. En otro orden, el Grupo Federal de Izquierda Unida aprovechó la ocasión para, una vez más, insistir en la naturaleza policial de la Guardia Civil, proponiendo la supresión de su estructura militar. Más aceptación tuvo, aun cuando también resultase rechazada con los votos en contra del Grupo Popular, la propuesta —inicialmente socialista— de incluir en la reforma diversos preceptos de la legislación orgánico-procesal militar de dudosa constitucionalidad. En cambio, a través de una enmienda transaccional, se acordó, por unanimidad, la supresión de la legitimación especial que, en el recurso de casación, correspondía a los Mandos Militares Superiores (5). Como resultado del debate, la Comisión emitió un dictamen, tras el cual se mantuvieron veinte de las enmiendas formuladas: una del Grupo de Coalición Canaria, una del Catalán, siete del Socialista y las once del Grupo Federal de Izquierda Unida (6). Estas enmiendas fueron defendidas, el día 14 de mayo, en el Pleno del Congreso de los Diputados (7), que, finalmente, sin

(4) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 132-7, 6 de mayo de 2003, pp. 31-32.

(5) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Comisión de Defensa, núm. 756, 7 de mayo de 2003, pp. 24125-24137.

(6) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 132-8, 13 de mayo de 2003, pp. 41-50.

(7) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, núm. 252, 14 de mayo de 2003, pp. 12958-12967.

introducir modificación alguna, aprobó, con 269 votos a favor y siete en contra, el texto dictaminado (8).

El proyecto tuvo entrada en el Senado el 22 de mayo, remitiéndose a la Comisión de Defensa y ordenándose su publicación (9), con un plazo de presentación de enmiendas que concluyó el 3 de junio. Al texto se le formularon treinta y tres enmiendas, correspondiendo una (núm. 1) al Grupo Parlamentario de Coalición Canaria (que sería retirada en la Comisión), nueve (núms. 2 a 10) al Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, una (núm. 11) al Grupo Parlamentario Popular, diez (núms. 12 a 21) al Grupo Parlamentario Socialista, una (núm. 22) al Grupo Parlamentario Catalán, y once (núms. 23 a 33) a los Senadores don Manuel Cámara Fernández y don José Cabrero Palomares (Grupo Mixto) (10).

A la vista del informe de la Ponencia (11), que acordó incorporar tan sólo la enmienda número 11, formulada por el Grupo Popular (12), la Comisión de Defensa, tras un breve debate en su sesión del día 12 de junio (13), emitió, sin alteración alguna del texto propuesto, su dictamen, respecto al cual y como votos particulares, mantuvieron sus enmiendas el Grupo Socialista, el Grupo Catalán y el Grupo Mixto (14). No obstante, ninguna de ellas prosperó en la sesión del Pleno del Senado del día 17 de junio, que aprobó, sin modificaciones, el texto dictaminado (15).

Publicado el mensaje motivado con la única enmienda admitida por el Senado (16), el Congreso de los Diputados, en su sesión plenaria del día 26 de junio, con 276 votos a favor, uno en contra y ocho abstenciones (17),

(8) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 132-9, 21 de mayo de 2003, p. 51.

(9) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, VII Legislatura, Serie II, núm. 127 (a), 22 de mayo de 2003, pp. 1-11.

(10) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, cit., núm. 127 (b), 5 de junio de 2003, pp. 13-24 [en la p. 25 figura el índice de enmiendas].

(11) La Ponencia estuvo integrada por los Senadores Sres. don Hilario Caballero Moya (GPS), don José Cabrero Palomares (GPMx), don Gabriel Elorriaga Fernández (GPP), don Arturo González López (GPS) y don José Ignacio Senao Gómez (GPP).

(12) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, cit., núm. 127 (c), 12 de junio de 2003, pp. 27-37.

(13) *Diario de Sesiones del Senado*, VII Legislatura, Comisión de Defensa, núm. 475, 12 de junio de 2003, pp. 1-4.

(14) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, cit., núm. 127 (d), 16 de junio de 2003, pp. 39-40.

(15) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, cit., núm. 127 (e), 24 de junio de 2003, p. 41.

(16) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 132-10, 24 de junio de 2003, pp. 53-70.

(17) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, cit., núm. 264, 26 de junio de 2003, p. 13723.

aprobó definitivamente el proyecto (18), que se promulgó como Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, insertándose en el *Boletín Oficial del Estado* número 169, del día 16 de julio.

3. LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA DEL JUZGADOR MILITAR

El objetivo prioritario de la reforma operada por la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, es, en declaración del propio legislador, garantizar la imparcialidad objetiva de los miembros de los tribunales militares, evitando la denominada «contaminación», de conformidad con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, determinante de las condenas al Estado español en los casos *Castillo Algar* (Sentencia de 28 de octubre de 1998) y *Perote Pellón* (Sentencia de 25 de julio de 2002).

En el primer supuesto, de la Sala del Tribunal Militar Central que pronunció la sentencia condenatoria formaron parte dos miembros —el presidente y un vocal— que, con anterioridad, habían resuelto el recurso de apelación interpuesto contra el auto de procesamiento dictado por el Juez Togado Militar. Alegada, en casación, tal irregularidad, la misma fue desestimada, al entender el Tribunal Supremo que, no habiéndose planteado la recusación en el momento procesal oportuno, resulta inviable cuestionar después la imparcialidad del juez. Asimismo, el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo interpuesto, por considerar también que la alegación de la quiebra del derecho fundamental al juez imparcial tiene que ir precedida, necesariamente y en todo caso, de la recusación en instancia.

Sin entrar en el debate que el asunto propicia (19), es lo cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 28 de octubre de 1998, consideró, por una parte, que el tribunal sentenciador estaba «contaminado», por cuanto formaron parte de él dos jueces que, con ante-

(18) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 132-11, 3 de julio de 2003, pp. 71-79.

(19) *Vid.*, entre otros, A. Arias Domínguez, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «Castillo Algar», de 28 de octubre de 1998», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 76 (2000), pp. 153-170; A. Corrales Elizondo, «Aproximación al estado actual del problema de la denominada contaminación en el proceso penal», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 77 (2001), pp. 135-172; J. Jiménez Villarejo, «Análisis de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1998 dictada en el caso «Castillo Algar»», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 55 (1999), pp. 489-505; y G. Muñiz Vega, «La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso «Castillo Algar» y la jurisdicción militar», en *La Ley*, núm. 4.749 (1999).

rioridad, habían emitido un prejuicio de culpabilidad al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto de procesamiento del después condenado, y, por otra, que la previa recusación no es requisito imprescindible para poner de manifiesto la quiebra del derecho al juez imparcial.

En el segundo de los supuestos indicados, formaron parte del Tribunal Militar Central dos miembros —uno de ellos el presidente— que, con anterioridad, habían confirmado el auto de procesamiento del encausado y la prórroga de su prisión provisional, formulando juicios de culpabilidad determinantes de la pérdida de la imparcialidad objetiva exigible al juzgador. No lo consideró así el Tribunal Supremo, que rechazó la casación, y tampoco el Tribunal Constitucional, que inadmitió el recurso de amparo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 25 de julio de 2002, entendió que, ante los razonamientos y consideraciones contenidos en las actuaciones de los dos jueces cuestionados, debían reputarse justificados los temores del condenado, de forma que el Tribunal Militar Central adoleció, también en este caso, de la imparcialidad objetiva exigida por el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (20).

Debe significarse que de los anteriores pronunciamientos no se deriva que cualquier actuación de un juez relacionada con un procedimiento en la fase de instrucción motive su falta de imparcialidad objetiva. Lo que provoca la «parcialidad» es la manifestación anticipada, en tales actuaciones, de juicios de valor que son determinantes en el posterior enjuiciamiento. En los dos casos señalados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite las demandas, no porque dos de los miembros del tribunal sentenciador hubiesen confirmado una decisión del instructor, sino porque, en sus actuaciones durante la instrucción, habían manifestado juicios de culpabilidad que implicaban la condena del procesado. Así, el Tribunal de Estrasburgo, en su Sentencia de 2 de marzo de 2000 (caso *Garrido Guerrero*), advierte cómo «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 su imparcialidad», de forma que, aunque en este asunto formaron también parte de la Sala del Tribunal Militar Central dos miembros con actuaciones previas en el proceso, de sus pronunciamientos no se desprenderían juicios de valor que condicionaran su posterior intervención. Como destaca la referida Sentencia, en tales actuaciones previas, el tribunal «tuvo mucho cuidado en precisar los límites del auto de inculpación,

(20) *Vid.*, al respecto, U. Casella, «Aspectos problemáticos de la Justicia Militar a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Reflexiones a la luz del caso Perote Pellón contra España)», trabajo pendiente de publicación, Roma, 2003.

su carácter de resolución formal y provisional, sin prejuzgar en nada la resolución del litigio ni en cuanto a la calificación de los hechos ni en cuanto a la culpabilidad del encartado». Ciertamente, la óptica del acusado debe ser tomada en cuenta a los efectos de determinar si el tribunal goza de una imparcialidad objetiva, pero no se le debe atribuir una significación excesiva (Sentencia del TEDH de 29 de mayo de 1989, caso *Haussschlidt*): decisivo es que los temores del imputado puedan considerarse justificados en el asunto concreto (Sentencia del TEDH de 22 de abril de 1994, caso *Saraiva de Carvalho*). Es ésta, en otro orden, la doctrina acogida por el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 17 de abril de 1999 y 13 de febrero de 2001, según la cual, «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 grado de certeza del juicio sobre la inculpación emitido, es posible considerar 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» (21).

Estos principios sirvieron a Corrales Elizondo para, aun reconociendo cómo, «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», entender que no era necesaria una reforma legislativa, bastando con que «los órganos judiciales asuman la citada doctrina y la tengan en cuenta en todo momento para evitar perturbaciones derivadas de la problemática estudiada» (22).

Frente a esta postura, favorable, en definitiva, a una solución jurisprudencial, caso por caso, del problema de la «contaminación», el legislador ha optado, por evidentes motivos prácticos, por zanjar la cuestión, al menos en los términos ahora planteados, a través de la reforma legislativa que nos ocupa.

Realmente, la hasta ahora vigente estructura orgánica de los tribunales militares comportaba el que al menos uno de los vocales intervinientes en las actuaciones procesales previas debía formar sala en la

(21) *Base de Datos Bosch*, Tribunal Supremo, ref. 5694/2001.

(22) A. Corrales Elizondo, «Aproximación al estado actual del problema de la denominada contaminación en el proceso penal», cit., pp. 157-166 y 171.

vista oral que había de conocer el fondo del asunto. Y, aunque, como se ha apuntado, tal acumulación de funciones no determina, en sí misma, la falta de imparcialidad objetiva, es lo cierto que, por la propia naturaleza de tales actuaciones (impugnación del auto de procesamiento, recurso contra la adopción de medidas cautelares...), no será siempre fácil evitar juicios de valor que comporten una toma de postura sustancial y, con ella, la «contaminación» o «parcialidad objetiva» de quienes lo formulan.

En este sentido, considero aceptable la solución ofrecida por el legislador, consistente en modificar la composición numérica de las salas en los tribunales militares cuando se trate de celebrar juicio oral y dictar sentencia en procedimientos por delito y en los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar, de modo que la correspondiente sala se constituya por el auditor presidente o quien le sustituya, un vocal togado y un vocal militar, es decir, por tres miembros en lugar de los cinco exigidos hasta ahora. No obstante, a mi modo de ver, la solución más correcta, desde una perspectiva estrictamente técnica, hubiera sido la de, pese al aumento de plantilla que comporta, incrementar a siete el número de miembros integrantes de los tribunales militares (23). De esta forma, sin disminuir los componentes de la sala sentenciadora —que continuaría integrada por cinco miembros—, se hubiera evitado también que formen parte de la misma quienes hayan adoptado resoluciones interlocutorias o previas durante la fase de instrucción, con independencia de que, en las mismas, hayan emitido o no juicios de valor determinantes de la exigible pérdida de imparcialidad objetiva.

La reforma se materializa, por lo que a este tema se refiere, con la modificación de los artículos 39, 41, 49 y 51 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, relativos a la constitución de las salas de los tribunales militares, y de los artículos 47, 82.2 y 92 de la Ley Procesal Militar, con el fin de adaptar el régimen de funcionamiento de los órganos jurisdiccionales afectados a su nueva composición.

(23) El problema no se hubiese resuelto, en la práctica, al menos de forma definitiva, aumentando sólo a seis el número de integrantes de los tribunales militares, que fue lo pretendido, durante la tramitación parlamentaria, por el Grupo Socialista y, asimismo, en el Senado, por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés. Véanse *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 132-5, 7 de abril de 2003, pp. 21, 22 y 27, y *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, cit., núm. 127(b), 5 de junio de 2003, pp. 14-19.

4. EL «RETORNO» DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA JUDICIAL EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

En una segunda medida, menos sustancial, la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, ha reincorporado a la legislación especial el régimen de la responsabilidad disciplinaria judicial, abandonando la técnica unitaria acogida en 1994.

Originariamente, la Ley Orgánica de la Competencia y la Jurisdicción Militar reguló la responsabilidad disciplinaria judicial en sus artículos 128 a 148, constitutivos del capítulo II del título IX. Sin embargo, la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, estableció que la responsabilidad disciplinaria de quienes, en el ámbito de la jurisdicción militar, ejerzan cargos judiciales, fiscales y secretarías relatorías sería exigida con arreglo a lo dispuesto al efecto para Jueces y Magistrados en el capítulo III del título III del libro IV de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con las adecuaciones pertinentes y las salvedades que se establecían en la disposición adicional 1.^a, a la vez que dejó sin contenido los artículos 129 a 134 y 136 a 142 de la Ley militar.

La reforma, que utilizó una técnica de remisión incompleta, por cuanto, de una parte, mantenía las singularidades propias de la jurisdicción militar, y, de otra, no afectó al régimen competencial y de procedimiento de los miembros de la Fiscalía Jurídico-Militar y de las Secretarías Relatorías, significó, para la doctrina, «un paso más en el proceso de homogeneización de la jurisdicción militar con la ordinaria» (24), «un acercamiento real y oportuno a la normalización y efectiva integración de la jurisdicción castrense en el poder judicial del Estado» (25), mereciendo, en general, una valoración positiva.

No obstante, los múltiples particularismos y las numerosas salvedades contenidos en los diecisiete apartados que seguían al inicial de la indicada disposición adicional 1.^a de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, supusieron, desde el primer momento, tal complejidad en la remisión establecida que hubieron de elaborarse «regímenes adaptados» para facilitar el

(24) Cfr. J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Responsabilidad disciplinaria judicial militar», en *Comentarios a las leyes procesales militares*, coord. de E. Sánchez Guzmán, Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid, 1995, t. I, p. 689.

(25) Cfr. S. Prados Prados, «Significación y alcance de la reforma introducida por la Ley Orgánica 16/1994 en materia de responsabilidad disciplinaria judicial militar (Especial referencia a la subsistencia del régimen disciplinario militar en este ámbito)», en *Constitución y Jurisdicción Militar*, Fundación de Estudios Políticos y Constitucionales «Lucas Mallada», Libros Pórticos, Zaragoza, 1997, p. 204.

conocimiento y la utilización de la normativa reformada. Una de estas adaptaciones fue el texto refundido (no oficial) del capítulo III del título III del libro IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para su aplicación en el ámbito de la jurisdicción militar, que elaboré, en 2001, como addenda del correspondiente apartado de mi obra *Justicia Militar*, y que aparece incluido en sus dos primeras ediciones (26).

Estos y otros inconvenientes propios de las técnicas de remisión son los que, al parecer, han movido al legislador a abandonar, en el plano formal, el sistema unitario, reincorporando a la Ley Orgánica de la Competencia y la Jurisdicción Militar, en sus preceptos originarios, el régimen de la responsabilidad disciplinaria judicial, con derogación expresa de la disposición adicional 1.^a de la Ley Orgánica 16/1984, de 8 de noviembre, y mantenimiento, en general, de su contenido, esto es, de la regulación hasta ahora vigente. De las innovaciones, merece una referencia específica la tipificación, como ilícitos disciplinarios judiciales, de las faltas, grave y leve, de ausencia injustificada de la sede del órgano judicial o fiscal (arts. 132.8 y 133.4), previstas en los artículos 418.8 y 419.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, preceptos que, en la situación normativa anterior, no eran de aplicación, en el ámbito de la jurisdicción militar, según la previsión expresa del apartado 4 de la disposición adicional 1.^a de la indicada Ley Orgánica. Asimismo, cabe valorar de modo positivo la sustitución de la multa de hasta quinientas mil pesetas por la sanción de pérdida de uno a veinte días de haberes [art. 134.1.b)] y las precisiones y ajustes realizados en diversas previsiones competenciales y procedimentales del régimen disciplinario judicial (arts. 138 a 143) (27).

5. LA SUPRESIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ESPECIAL, EN EL RECURSO DE CASACIÓN, DE LOS MANDOS MILITARES SUPERIORES

La tercera de las novedades de la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, se contrae a la supresión de la legitimación especial que, en el recurso de casación, correspondía hasta ahora a los Mandos Militares Superiores.

(26) Cfr. A. Millán Garrido, *Justicia Militar*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 186-191. El texto refundido se mantuvo hasta la incorporación de la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, en la tercera edición (Barcelona, septiembre de 2003).

(27) *Vid.*, aunque referido a la situación normativa anterior, L. Vacas García-Alos, «El régimen disciplinario judicial en la jurisdicción militar», en *La Ley*, núm. 5.866 (8 de octubre de 2003), pp. 1-5.

Conviene, al respecto, recordar cómo, en 1987, uno de los principios que informó la reforma de la justicia militar fue la atribución, exclusiva y excluyente, de la función jurisdiccional a los órganos judiciales, sin participación de la Autoridad militar, a la que, hasta ese momento, se le reconocía potestad jurisdiccional por considerarse la misma imprescindible para el efectivo ejercicio del mando. Como compensación, que, en su momento, calificué de «innecesaria» y «carente de fundamento dogmático» (28), el legislador confirió a la Autoridad militar una legitimación especial para que, a través del recurso de casación, pudiese velar por «la disciplina y otros intereses esenciales de la Institución Militar» (29).

Tal legitimación, que se propuso como una de las instituciones determinantes de la especificidad de la jurisdicción militar, fue bien acogida por un importante sector de nuestra doctrina, que señaló como fundamento «la necesidad de que los mandos militares ejerzan de continuo un control y una vigilancia escrupulosa en el mantenimiento de los valores esenciales inherentes a la milicia» (30).

Sin embargo, ha de reputarse mayoritaria la opinión de quienes consideraron la referida legitimación especial una reminiscencia injustificada, por cuanto, en el ordenamiento jurídico procesal, «es el Ministerio fiscal, por estatuto e imperativo constitucional, el único valedor del interés público tutelado por la ley» (31), máxime cuando, en el orden castrense, ejerce la función jurisdiccional un personal «cualificado por su especial preparación en el orden profesional y por su formación militar para salvaguardar los valores esenciales y permanentes de los ejércitos» (32).

La legitimación especial que, en el recurso de casación, se atribuyó a los Mandos Militares Superiores fue, pues, una concesión a los sectores más conservadores a fin de facilitar la transición normativa en las fuerzas armadas, que, sin precedente entre nosotros ni parangón en la legislación

(28) Cfr. A. Millán Garrido, «La nueva legislación orgánico-procesal militar española: algunas consideraciones introductorias», en *Comentarios a las leyes procesales militares*, t. I, cit., p. 55. Y también en el prólogo a la primera edición de *Justicia Militar*, cit., p. 62.

(29) Cfr. J. Rojas Caro, *Derecho procesal penal militar*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 245-246.

(30) Cfr. J. F. de Querol Lombardero, «Especial legitimación de los mandos militares superiores en el recurso de casación», en *Comentarios a las leyes procesales militares*, t. I, cit., p. 603.

(31) Cfr. E. Rodríguez Viciana, «Recurso de casación: especial legitimación de los Mandos Militares Superiores», en *Derecho penal y procesal militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 947.

(32) Cfr. I. Rodríguez Docavo, «Intervención de los Mandos Militares Superiores en el proceso penal militar por vía del recurso extraordinario de casación», en *Derecho penal y procesal militar*, cit., p. 930.

comparada, carecía, si no de justificación, sí de fundamento. No hay razón objetiva alguna que requiera la intervención de los mandos militares, ajenos a la función judicial y carentes de la condición de parte, para que garanticen la tutela de la disciplina y otros intereses esenciales de la institución militar, valores cuya protección y defensa corresponde, en nuestro sistema, al Ministerio fiscal. Se trataba, en definitiva, de una «anomalía técnica» (33) y de «una institución hasta cierto punto superflua» (34).

Transcurrido el tiempo y desaparecidas las circunstancias que pudieron aconsejar su establecimiento, la referida legitimación especial estaba abocada a la supresión, que se ha materializado por el artículo 3.º de la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, precepto que tuvo su origen en las enmiendas 27 y 28 formuladas por el Grupo Parlamentario Socialista y aceptadas, con enmienda transaccional, por el Grupo Parlamentario Popular (35). Según el indicado precepto, quedan sin contenido el título VI de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, y los artículos 111 a 114, que lo integraban, lo que comporta, asimismo, la pérdida de vigencia del Real Decreto 421/1988, de 29 de abril, por el que se determinaban los Mandos Militares Superiores legitimados para interponer recursos de casación contra sentencias y autos de sobreesimiento. Y, a fin de moderar, de alguna forma, la supresión, confiriendo una vía de comunicación a los mandos y autoridades militares, se incluye en el artículo 92 de la citada Ley Orgánica una previsión, según la cual, «las autoridades del Ministerio de Defensa que se designen por real decreto podrán solicitar de los distintos órganos de la Fiscalía Jurídico Militar las actuaciones que puedan proceder en defensa del interés público en el ámbito militar».

Consecuencia de esta alteración normativa ha sido la modificación, por la propia Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, de los artículos 97, 252 y 339, así como la privación de contenido a los artículos 327 y 433.1.d), todos ellos de la Ley Procesal Militar. También debió haberse dejado sin contenido el artículo 446 y modificarse la redacción de aquellos otros que, como el artículo 254.2, se refieren a los preceptos derogados.

(33) Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1991 (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Sala 5.ª de lo Militar, edición del Consejo General del Poder Judicial y el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1992, p. 190).

(34) Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1992 (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Sala 5.ª de lo Militar, edición cit., Madrid, 1993, p. 30).

(35) Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, núm. 132-5, cit., pp. 24-25, y *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Defensa, núm. 756, cit., pp. 24132-24136.

En definitiva, la reforma ha venido, en este punto, a normalizar la estructura orgánico-procesal de la jurisdicción militar, suprimiendo lo que, según queda dicho, constituía un anacronismo carente de fundamento, que, además, había perdido ya, en todo caso, su posible justificación.

6. LA PROHIBICIÓN DE EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR Y LA ACCIÓN CIVIL EN LA JURISDICCIÓN MILITAR

En nuestro Derecho histórico nunca se previó la posibilidad de acusación particular o de ejercicio de la acción civil en la jurisdicción militar. Tanto el Código de Justicia Militar de 1890 (art. 343) como la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina de 1894 (art. 7.º) partieron del principio de que la acusación, en todos sus términos, correspondía al Ministerio Fiscal, sin que tuviesen acceso al proceso los posibles perjudicados por la infracción enjuiciada, criterio que se mantuvo en el Código de Justicia Militar de 1945, al establecerse, con evidente laconismo, que «en ningún caso se admitirá la acción privada» (art. 452).

La situación se alteró desde el inicio de la reforma de la legislación judicial militar, al modificarse por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de diciembre, el indicado precepto, que, de prohibir la acción privada, pasó a proscribir tan sólo la querrela, de forma que la acusación particular «podrá ejercitarse en todos los procedimientos seguidos por delitos sólo perseguibles a instancia de parte, una vez acordado el auto de procesamiento, a cuyo efecto el instructor hará el oportuno ofrecimiento de acciones en la persona del agraviado o perjudicado por el delito, rigiendo con ello de manera supletoria los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Esta previsión, que, como puede advertirse, se refería sólo a los delitos perseguibles a instancia de parte (de los que, en la legalidad anterior, podía conocer, en determinados supuestos, la jurisdicción militar), y otras, como las contenidas en los artículos 491 y 728, asimismo redactados por la reforma de 1980, abrieron paso tanto a la acusación privada como a la acción civil, si bien sin declaraciones expresas y en términos ciertamente confusos.

En tal situación normativa van a producirse dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que, en la medida en que condicionaron la legislación posterior, merecen una especial referencia.

En el primero de ellos, por Auto 121/1984, de 29 de febrero (36), se inadmitió el recurso de amparo a un Coronel que pretendió ejercitar la acción penal contra el General del que dependía, imputándole un delito de extralimitación en el ejercicio del mando. Parte el Tribunal Constitucional de que el artículo 24.1 de la Constitución, en tanto consagra una tutela judicial efectiva, reconoce el derecho a que los perjudicados por una infracción puedan ejercitar la acción penal de modo directo con independencia de la acusación pública correspondiente al Ministerio Fiscal, principio que «sólo puede sufrir excepción en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses, también constitucionalmente protegidos, de condición más relevante o preponderante». Y así acontece en el supuesto analizado, por cuanto las fuerzas armadas exigen «una organización fuertemente apoyada en el sistema jerárquico, manifestado por una situación de sujeción, enmarcada en la unidad y disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia», lo que justifica la singularidad de la jurisdicción militar y sus particularismos. Ello llevó al Alto Tribunal a reputar, en estos casos, valor preferente el «mantenimiento de la vinculación y disciplina en las fuerzas armadas» y, por tanto, a considerar dentro del orden constitucional la prohibición de la querrela en el artículo 452.2 del derogado Código de Justicia Militar.

El segundo de los pronunciamientos contempla un supuesto sustancialmente diverso: la denegación de la solicitud de personación de los padres de un paisano fallecido a consecuencia de disparo de arma de fuego realizado por un miembro de la Guardia Civil. El Tribunal Constitucional, en Sentencia 97/1985, de 29 de julio (37), que concede el amparo peticionado, entendió que el artículo 452.2.º del derogado Código de Justicia Militar, pese a contrariar el artículo 24.1 de la Constitución, es un precepto justificado, dentro del orden constitucional, «en cuanto está pensado para evitar disensiones y contiendas entre miembros de las fuerzas armadas», de ahí que la prohibición del ejercicio de la acción privada venga referida a los casos en que pretenda ser ejercitada «por un militar frente a otro, estando ambos ligados orgánicamente». Cuando, como en el supuesto contemplado, falta dicha relación jerárquica, no existe razón alguna que pueda fundamentar la prohibición a los perjudicados de ejercer, ante los tribunales militares, la referida acción privada.

(36) *Autos del Tribunal Constitucional en Defensa y Fuerzas Armadas (1984-1986)*, edic. de J. J. del Solar Ordóñez, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Defensa, Madrid, 1992, p. 81.

(37) *Boletín Oficial del Estado* núm. 194, de 14 de agosto.

Dado, sin embargo, que, en sentido estricto, la «acción privada» es únicamente admisible en los procedimientos instruidos por delitos privados (perseguidos sólo a instancia de parte), la Fiscalía del desaparecido Consejo Supremo de Justicia Militar llegó a la conclusión de que tal acción privada aludía «al ejercicio de una acción en defensa del derecho o intereses privados en un proceso público», o sea, a la acción civil, de manera que el derecho de los perjudicados a personarse en el proceso penal castrense —reconocido por el Tribunal Constitucional— quedaba limitado «a las facultades que la Ley de Enjuiciamiento Criminal confiere al actor civil en sus artículos 320, 385, 651, 735, 854 y sus concordantes» (38), interpretación restrictiva, ciertamente cuestionable, que defendió un sector de nuestra doctrina (39) y el propio Tribunal Supremo, según el cual, la acción privada «sólo puede ejercitarse en los procedimientos seguidos por aquellos delitos perseguibles a instancia de parte», entre los que «no se encuentran los seguidos y tramitados por delitos típicamente militares, como lo son los contrarios a la disciplina militar» (40).

Por el contrario, para la mayoría, la conclusión fue que, según el Tribunal Constitucional, la acusación particular y, en su caso, la acción civil podían ser ejercitadas en el ámbito de la jurisdicción militar, por exigencia del artículo 24.1 de la Constitución, excepto cuando el perjudicado y el inculpado fuesen militares y entre ellos mediara relación jerárquica (41), lo que encontraba fundamento en la tutela de la disciplina como «valor o interés constitucional preponderante» (42).

Incluso, según algún autor, en una interpretación forzada del artículo 452.2, el Código de Justicia Militar, tras la reforma de 1980, lo único que prohibía era la querrela como medio de iniciar el proceso, pero, una vez incoado éste, nada impedía que los perjudicados pudiesen, tras el oportu-

(38) Circular de la Fiscalía del Consejo Supremo de Justicia Militar de 30 de septiembre de 1985, que da «Instrucciones a seguir respecto a la personación de víctimas y perjudicados en los procedimientos militares». Su contenido se reproduce, bajo la rúbrica «Ejercicio de la acción particular», en la *Memoria de la Fiscalía Togada del Consejo Supremo de Justicia Militar*, año judicial 1984-1985, Madrid, 1986, pp. 23-25.

(39) Vid. J. M. García Labajo, «La acción civil en el proceso penal militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 55 (1990), p. 165.

(40) Auto de 2 de enero de 1989 (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Sala 5.ª de lo Militar, edición cit., Madrid, 1990, pp. 14-15).

(41) Cfr. J. Rojas Caro, *Derecho procesal penal militar*, cit., p. 244.

(42) Cfr. J. Carrillo Colmenero, «El acusador particular, el actor civil y los mandos militares en el procedimiento penal militar», en *La jurisdicción militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992-1993, p. 666.

no ofrecimiento de acciones, ejercitar la acusación particular o, en su caso, la acción civil, aun cuando se tratase de delitos perseguibles de oficio (43).

Fue, sin embargo, la referida doctrina del Tribunal Constitucional o, para ser exactos, parte de la fundamentación contenida en los indicados pronunciamientos, la que, en 1987, determinó el sentido de los artículos 108 y 168 de la vigente Ley Orgánica de la Competencia y la Organización de la Jurisdicción Militar y, posteriormente, en 1989, del artículo 127 de la Ley Procesal Militar. Así lo reconoce el propio preámbulo de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, al destacar que, en tiempo de paz, «se permite la actuación del acusador particular y del actor civil, excepto en los casos en que el autor del hecho y el perjudicado fueran militares y mediare entre ellos una relación de subordinación, *siguiendo en este aspecto la doctrina del Tribunal Constitucional*».

Esto es, la legalidad vigente, que, en tiempo de paz, admite la querrela salvo que querellante y querrellado sean militares (art. 130.5 LPM), prohíbe el ejercicio de la acusación particular y de la acción civil en dos supuestos: en tiempo de guerra (art. 168 LOCOJM) y «cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación» (art. 108.2 LOCOJM). En ambos supuestos, la prohibición (reiterada en el artículo 127.1 de la LPM) es «sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria».

Tales limitaciones en el ejercicio de la acusación particular y de la acción civil, discutidas ya durante la tramitación parlamentaria de las normas que las establecen (44), fueron, desde el primer momento, interpreta-

(43) Cfr. P. J. Fernández Dotú, «Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 76 (2000), p. 194.

(44) En la tramitación de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, las enmiendas números 17 (GPV), 203 (AIU-EC) y 251 (GPCDS) propusieron que se suprimiese tal particularismo de la jurisdicción militar, pero, desde la ponencia, tal propuesta fue rechazada, recordándose que, «cualquiera que sea la valoración política que merezca, la mencionada prohibición es, en todo caso, constitucional, pues así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en Auto de 29 de febrero de 1984 y Sentencia de 29 de julio de 1985». Cfr. *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53 (1989), t. I, pp. 24-25.

La propuesta fue defendida, en el Pleno del Congreso, por el Diputado del Centro Democrático y Social Sr. Buil Giral, quien advirtió que la prohibición de ejercer la acusación particular era contraria al artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y vulneraba el artículo 24 de la Constitución, contestándosele por el Diputado del Grupo Parlamentario Socialista Sr. Cuesta Martínez que la doctrina del Tribunal Constitucional «desahía claramente» los argumentos básicos de la enmienda formulada. El precepto fue aprobado por 186 votos a favor, diez en contra y ocho abstenciones (cfr. *REDM*, núm. 53, t. I cit., pp. 362-363, 365-366, 368 y 373).

das en función de los razonamientos contenidos en la doctrina del Tribunal Constitucional que las motivó. Así, el ya citado Auto del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1989, según el cual, el artículo 108.2 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, «tiene un indudable valor interpretativo y descubre el interés que se quiere tutelar con dicha norma y que tiene carácter predominante, en este caso la salvaguardia de la disciplina y del buen orden de los Ejércitos, [recogiendo] con fidelidad la doctrina sustentada por el Tribunal Constitucional en el Auto de 29 de febrero de 1984 y en la Sentencia de 29 de julio de 1985». En la misma línea, con referencia a la doctrina constitucional, el Auto del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1992 señala que «de los artículos 108 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y 127 de la Ley Procesal Militar podrá deducirse, acaso, una cierta limitación de orden procesal, que en ningún caso significa ni limitación ni menos aún privación de derecho constitucional alguno, sino tan sólo respeto a un determinado valor, cual es la disciplina, que impide en buena lógica el enfrentamiento jurisdiccional, como partes, entre quienes están en una relación de subordinación jerárquica» (45).

En la doctrina, sin embargo, se advirtieron pronto los inconvenientes y problemas técnicos derivados de la referida limitación del ejercicio de la acusación particular y la acción civil en la jurisdicción militar, así como, para algunos, su falta de fundamento y de coherencia dentro de la misma normativa procesal castrense.

Así, se ha destacado cómo no existen razones sustanciales que justifiquen la limitación legal al ejercicio de un derecho fundamental con el fin de evitar un «enfrentamiento jurisdiccional» entre militares en relación jerárquica, el que, en todo caso, se dará, en los tribunales ordinarios, siempre que la controversia derive de un delito común (46). Pero es que, además, el principio que parece inspirar tal limitación no es general en el enjuiciamiento castrense. El artículo 143 de la Ley Procesal Militar concede, en efecto, al denunciante, aun cuando no se haya constituido en parte, recurso de apelación contra el auto de archivo del procedimiento penal por consi-

En el Senado, la posición favorable a que, salvo en tiempo de guerra, se admitiese la acusación particular y la acción civil fue recogida en las enmiendas números 8 (GMix-ASPL) y 17 (GMix). Esta última, defendida en el Pleno por el Senador Sr. Dorrego González, fue rechazada con siete votos a favor, 165 en contra y dos abstenciones (cfr. *REDM*, núm. 53, t. I cit., pp. 533 y 537).

(44) *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Sala 5.ª de lo Militar, edición cit., Madrid, 1993, p. 173.

(46) Cfr. P. J. Fernández Dotú, «Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar», cit., p. 197.

derarse que los hechos no son constitutivos de delito. Cuando el denunciante es militar, como el denunciado, y entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, el recurso comporta, sustancialmente, una acusación que, sin embargo, en este caso, no se ha considerado atentatoria de la disciplina y, por ende, de la necesaria cohesión de las fuerzas armadas (47).

La falta de fundamento resulta más significada en la prohibición de ejercer, en el supuesto indicado, la acción civil, cuyo objeto «no es cabalmente una pretensión de condena penal del inculpado, sino el ejercicio de un crédito reparatorio frente al mismo» (48), esto es, la demanda del resarcimiento del daño o perjuicio sufrido como consecuencia del delito.

La actual previsión dificulta y retrasa el ejercicio del derecho reparatorio que corresponde al perjudicado por el delito, obligándole a esperar a la finalización del proceso penal para, en vía civil, demandar la indemnización en la medida en que no le haya sido concedida de oficio.

Pero es que, asimismo, la vigente situación normativa comporta, en los supuestos contemplados, que, por una parte, la demanda, en vía civil, estará condicionada por la sentencia penal dictada en un proceso en el que no se permitió intervenir al perjudicado. Y, por otra, que, de alguna forma, la infracción militar habrá de ser objeto de un implícito nuevo enjuiciamiento por el juzgador civil (49).

Tales consideraciones ponen de manifiesto la escasa justificación y los inconvenientes técnicos de la prohibición, en el supuesto analizado, del ejercicio de la acusación particular y de la acción civil en los tribunales militares, lo que, además, no encuentra fundamento directo e inmediato en la doctrina del Tribunal Constitucional, que, según se ha advertido, afectaba a un precepto de distinto contenido y en un contexto material diferente.

Ante ello, la doctrina propuso, en el vigente marco normativo, una interpretación restrictiva de los artículos 108.2 de la Ley de la Competencia y la Organización de la Jurisdicción Militar y 127.1 de la Ley Procesal Militar, conforme a la cual, cabrá el ejercicio de la acusación particular y de la acción civil si, después de la ocurrencia de los hechos a que se contrae el procedimiento, desaparece la —concreta— relación jerárquica de subordinación existente entre el inculpado y el perjudicado (50), y, en todo

(47) *Vid.* P. J. Fernández Dotú, «Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar», cit., pp. 198-200.

(48) Cfr. J. M. García Labajo, «La acción civil en el proceso penal militar», cit., p. 170.

(49) Cfr. J. L. Bermúdez de la Fuente, «Las partes en el proceso penal militar», en *La jurisdicción militar*, cit., p. 648.

(50) *Vid.*, especialmente, J. Carrillo Colmenero, «El acusador particular, el actor civil y los mandos militares en el proceso penal militar», cit., pp. 667-669.

caso, permitiendo la acción civil cuando la ejercite, no el propio ofendido, sino sus causahabientes (51). Si bien, *de lege ferenda*, se considerase, por algunos, que, en último término, lo conveniente era la reforma de dichos preceptos, eliminando «todo tipo de trabas al ejercicio de la acusación particular y la acción civil en el proceso penal militar, en tiempo de paz» (52).

No se cuestiona, en cambio, la constitucionalidad y fundamento de la prohibición de ejercer la acusación particular y la acción civil en tiempo de guerra, contenida en el artículo 168 de la vigente Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, dadas las especialísimas circunstancias que se dan en un conflicto armado y las singularidades de la denominada justicia militar *de campaña*, que justifican —imponen— el monopolio del ejercicio de la acusación por el Ministerio Fiscal. En el caso de la acción civil, parece evidente que no es sólo el —imprescindible— mantenimiento de la disciplina y el debido respeto al orden jerárquico lo que determina su prohibición, sino que razones prácticas y de coherencia con las normas procesales de guerra también lo exigen. Se trata, en efecto, de conferir la máxima celeridad al enjuiciamiento de la cuestión penal, sin que el mismo deba atender, de forma específica, a las responsabilidades civiles, que, en tales circunstancias extraordinarias, resultan del todo infravalentes (53).

Éste es el contexto normativo, doctrinal y jurisprudencial en el que se dicta la Sentencia 115/2001, de 10 de mayo (54), en la que el Tribunal Constitucional concede el amparo a un Cabo de la Guardia Civil a quien fue denegada la personación, como acusador particular, en el procedimiento abierto, tras su denuncia, a varios superiores de la Unidad en que prestaba servicio.

El Tribunal Constitucional, después de advertir que el Auto 121/1984, de 29 de febrero, y la Sentencia 97/1985, de 29 de julio, «no guardan una sustancial identidad con el presente (asunto), por lo que la línea de razonamiento que les sirvió de fundamento sólo puede ser ahora considerada con muchas salvedades y matizaciones», centra el debate en si la exclusión al ejercicio de la acusación particular (y de la acción civil) «encuentra o no razonable justificación en la necesidad de salvaguardar la disciplina y la jerarquía de la institución militar, con la finalidad de evitar el enfrentamiento jurisdiccional, en

(51) Cfr. J. M. García Labajo, «La acción civil en el proceso penal militar», cit., p. 170.

(52) Cfr. P. J. Fernández Dotú, «Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar», cit., p. 201.

(53) *Vid.* J. M. García Labajo, «La acción civil en el proceso penal militar», cit., pp. 170-172.

(54) *Boletín Oficial del Estado* núm. 137, de 8 de junio.

su condición de partes procesales, entre quienes se hallan vinculados por relación de subordinación en el seno de las fuerzas e institutos armados».

Y la respuesta del Alto Tribunal es negativa. En primer lugar, «porque si la disciplina se configura, en este contexto, como expresión de acatamiento a las reglas externas e internas que configuran el propio Instituto armado, la jurisdicción castrense es, en cierto modo, el instrumento más adecuado para la defensa de esa disciplina, por lo que sólo poniendo en duda la condición y aptitud de la jurisdicción militar para desempeñar su cometido, como jurisdicción sometida a los principios constitucionales de independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa, es posible apreciar que el enfrentamiento procesal entre militares unidos por una relación de subordinación jerárquica es causa de potencial deterioro de la disciplina militar». En segundo término, porque la vigente regulación incurre en el siguiente contrasentido: «puede suceder que la jurisdicción penal ordinaria juzgue, por conexión, de delitos militares, en cuyo caso no opera la exclusión». Y, finalmente, «porque, en el ámbito de la prueba, la propia Ley Procesal Militar permite los careos entre inferior y superior [...], a lo que hay que añadir que, en la mayoría de los procesos penales iniciados por denuncia, el ofendido, aunque no comparezca como parte, lo hará normalmente en calidad de testigo de la acusación pública, por lo que tampoco se salvaguarda, en tales casos, la imagen, pretendidamente lesiva de la disciplina, de un inferior que litiga con un superior o la situación inversa».

Tal falta de justificación razonable y objetiva que fundamente la prohibición de ejercitar, en los supuestos indicados, la acusación particular (o la acción civil) determina que dicha prohibición vulnera el principio de igualdad en la ley garantizado por el artículo 14 de la Constitución. Y, además, en la medida en que impide formular legítimas pretensiones ante el órgano jurisdiccional, la exclusión quebranta, asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, del artículo 24.1 de la Carta Magna.

Concluye el Alto Tribunal que «la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el artículo 108.2 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y el artículo 127.1 de la Ley Procesal Militar, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las fuerzas armadas y de los institutos armados de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley *ex* artículo 14 de la Constitución y, al propio tiempo, lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión

garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en relación con el mandato contenido en el artículo 117.5, inciso final, del texto constitucional, precepto éste que exige al legislador, al regular el ejercicio de la jurisdicción militar, que lo haga de acuerdo con los principios de la Constitución».

Y, en consecuencia, concede el amparo al recurrente, a la vez que plantea al Pleno cuestión de inconstitucionalidad respecto a los artículos 108.2 de la Ley Orgánica de la Competencia y la Organización de la Jurisdicción Militar y 127.1 de la Ley Procesal Militar, por su contradicción con los artículos 14 y 24.1, en relación con el inciso final del artículo 117.5 de la Constitución.

Debe, sin embargo, significarse que el indicado pronunciamiento contó con dos votos particulares, formulados por los magistrados M. Jiménez de Parga y Cabrera y V. Conde Martín de Hijas, al primero de los cuales se adherieron los Magistrados R. de Mendizábal Allende y F. Garrido Falla. En ellos se sostiene que el Auto 121/1984, de 29 de febrero, y la Sentencia 97/1985, de 29 de julio, aun referidos a supuestos de hecho distintos, contienen una «doctrina clara» aplicable al caso debatido, que el artículo 24.1 de la Constitución no reconoce un derecho fundamental al ejercicio de la acusación particular, que la disciplina militar es un principio configurador de las fuerzas armadas, una exigencia estructural que justifica, sobradamente, la diferencia de tratamiento que, en los preceptos cuestionados, se consagra «entre los perjudicados por el delito, en orden al posible ejercicio de la acción penal, según que entre el perjudicado y el inculpado exista o no una relación jerárquica de subordinación» y que, por ello, no debió haberse concedido el amparo ni planteado la cuestión de inconstitucionalidad.

Este fallo, del Pleno, fue seguido de otro, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, la Sentencia 157/2001, de 2 de julio (55), que se limita a reproducir la doctrina ya establecida, remitiéndose el Magistrado V. Conde Martín de Hijas, ponente de la misma, al voto particular formulado (56).

(55) *Boletín Oficial del Estado* núm. 178, de 26 de julio.

(56) Asimismo, el Tribunal Constitucional, por providencia de 29 de octubre de 2002, admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 4880/2002, planteada, por el Tribunal Militar Territorial Primero (Madrid), en relación a los artículos 108.2 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y 127.1 de la Ley Procesal Militar, «por presunta vulneración de los artículos 14 y 24.1 de la Constitución» (*BOE* núm. 271, de 12 de noviembre de 2002). Posteriormente, por providencias de 25 de marzo de 2003, admitió dos cuestiones de inconstitucionalidad más (las números 6348/2002 y 445/2003), planteadas, asimismo por el Tribunal Militar Territorial Primero, en relación a los mismos preceptos y por idéntico motivo (*BOE* núm. 83, de 7 de abril). Por último, mediante providencia de 21 de octubre de 2003, ha admitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 5580/2003, procedente del mismo Tribunal y que es reproducción de las anteriores (*BOE* núm. 262, de 1 de noviembre).

En un sugerente comentario a la Sentencia de 10 de mayo de 2001, la profesora Yolanda Doig Díaz considera que, con tal pronunciamiento, el Tribunal Constitucional sienta las bases de una nueva doctrina sobre la jurisdicción militar, que parte de un distinto entendimiento de la disciplina, acorde con el actual modelo —profesional— de fuerzas armadas. Se trataría de una disciplina necesaria —y exigible— en el marco estructural de las fuerzas armadas, pero limitada al ámbito de la estricta Administración militar, de forma que no puede «proyectarse en el proceso penal a través de una regulación que tenga en cuenta intereses diferentes de los de la mera ordenación interna del proceso, concretamente al asumir consideraciones extraprocesales relativas a la posición jurídica de las personas que pueden enfrentarse en él» (57).

A mi modo de ver, tal interpretación excede de los propios términos del pronunciamiento comentado. Es cierto que, con él, el Tribunal Constitucional se aparta de unos razonamientos que, aun formulados respecto a un precepto de distinto contenido y en un contexto material diferente, hubieran conducido a una solución diversa. Pero la modificación de doctrina no afecta, en mi opinión, al concepto sustancial de disciplina, sino a la incidencia que sobre ella pueden tener actuaciones procesales como el ejercicio de la acusación particular (o la acción civil) cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación. Con el discurso anterior se consideraba que tales actuaciones procesales podían afectar negativamente a la disciplina, mientras que ahora, manteniéndose nuclearmente el concepto de disciplina, se reconoce que su necesaria tutela y salvaguarda no precisa una medida procesal como la indicada, por cuanto el ejercicio de la acusación particular y de la acción civil no tienen porqué menoscabar, en lo más mínimo, la cohesión interna de las fuerzas armadas.

En definitiva, la vigente prohibición de ejercer la acusación particular y la acción civil en la jurisdicción militar cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, constituye una limitación no requerida para el mantenimiento de la disciplina en las fuerzas armadas y, por ende, una limitación difícilmente compatible con los postulados constitucionales, que, además, a mi modo de ver, carece de razonabilidad en un sistema de enjuiciamiento en el que

(57) Y. Doig Díaz, «La acusación particular en la justicia militar española. Un comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2001, de 10 de mayo», en *Anuario de Derecho Penal* (Suiza-Perú), núm. 2001-2002 («La reforma del Derecho penal militar»), pp. 285-311.

la acusación particular y la acción civil no las ejerce personalmente el militar perjudicado, sino su representación o dirección procesal.

Si a ello se añaden los problemas técnicos y consecuencias materialmente injustas de la exclusión, resulta obligado concluir que, sin necesidad de esperar a que el Pleno del Tribunal Constitucional determine su inconstitucionalidad, con anulación de las correspondientes previsiones normativas, el legislador, aprovechando la reforma, debió afrontar la cuestión y resolverla definitivamente a través de la supresión del apartado segundo del artículo 108 de la Ley Orgánica de la Competencia y la Organización de la Jurisdicción Militar y del apartado primero del artículo 127 de la Ley Procesal Militar.

7. IRRECURRIBILIDAD ORDINARIA DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS MILITARES POR FALTA LEVE

Especialmente injustificado resulta el mantenimiento de la irrecurribilidad de las resoluciones sancionadoras por falta leve cuando no afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona [arts. 453.2 y 468.b) LPM], medida de política legislativa de la que me he ocupado, en sucesivas ocasiones, desde 1989, postulando su supresión.

La exclusión del control judicial de los actos administrativos sancionadores por falta leve la implantó el artículo 51 de la Ley Disciplinaria de 1985, justificándose la medida por un sector de nuestra doctrina, según el cual, «las garantías individuales [...], en materia de faltas leves, han de subordinarse a la disciplina y a los superiores intereses del Ejército, los cuales demandan un castigo rápido y ejemplar, que quede firme cuanto antes» (58).

Aunque manifestando fundadas reservas sobre la exclusión en sí y su alcance respecto a determinadas sanciones, según Fortún, «la justificación que se desprende de la Ley [...] es la necesidad de mantener a las Fuerzas Armadas en condiciones de cumplir las misiones que, también con rango constitucional, le vienen atribuidas, las cuales sólo se logran con la plena eficacia de los pilares básicos en los que se sustenta la institución militar, cuales son la unidad, el servicio y la disciplina. [... Ello], si la sanción lo es por falta leve, bien porque la misma incide sobre bienes jurídicos de importancia secundaria, bien porque sólo supone una restricción de libertad de escasa duración, justifica una limitación de tales garantías en pro de

(58) Vid. J. Rojas Caro, *Derecho Disciplinario Militar*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 180.

conseguir la ejemplaridad de la pronta sanción y su rápido cumplimiento, evitando con ello dilaciones perturbadoras que menoscaben o dificulten la finalidad pretendida» (59).

En realidad, la exclusión del control jurisdiccional en los actos sancionadores por falta leve fue, en su momento, una concesión «política» —no se olvide que los borradores inicialmente propuestos e, incluso, el Anteproyecto de 1982 no preveían recursos judiciales ni contra las sanciones por falta grave— denunciada durante la tramitación parlamentaria del Proyecto y que prosperó con el apoyo de una discutible interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, según la cual, sólo sería preceptivo el control judicial cuando los actos sancionadores implicasen privación de libertad.

En efecto, en el debate de totalidad del Proyecto, afirmaba el Diputado del Grupo Parlamentario Popular Sr. Cañellas Fons cómo «en el sistema de recursos que establece la Ley se encuentra su máximo reproche, el de su inconstitucionalidad, cuando excluye de toda posible tutela a los militares sancionados por faltas leves disciplinarias; cuando éstos agoten los recursos jerárquicos que establece la propia Ley, no pueden acudir a los tribunales interponiendo el especial recurso contencioso-disciplinario militar, pues contra las resoluciones que ponen fin a la vía disciplinaria militar no cabe —dice la propia Ley— recurso alguno» (60).

Para la —entonces— mayoría socialista, el control judicial sólo sería necesario cuando se tratase de actos sancionadores que comporten privación —no mera restricción— de libertad. Como por faltas leves únicamente pueden imponerse arrestos «en domicilio o Unidad», resulta suficiente la propia revisión administrativa.

Esta argumentación no supone sino una incorrecta interpretación de la doctrina mantenida por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en su Sentencia de 8 de junio de 1976 (Caso *Engel y otros*), según la cual, determinados arrestos, meramente privativos de libertad, pueden ser impuestos en vía administrativa, sin necesidad de intervención judicial (61).

(59) R. Fortún Esquifino, «Recursos contra las sanciones de arresto por falta leve en la Ley disciplinaria militar», en *Revista General de Derecho*, núm. 512 (1987), p. 2480.

(60) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, II Legislatura, Sesión Plenaria núm. 189, celebrada el 14 de marzo de 1985, pp. 8702-8706.

(61) El texto íntegro de la Sentencia, traducido al castellano por el Servicio de Estudios de las Cortes Generales, se encuentra publicado en *Derecho Penal Militar*, Documentación parlamentaria núm. 31, t. II (1984), pp. 1821-1849. La *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre* (t. XV, 1976, pp. 455-468) insertó, en su momento, una reseña que puede ser de utilidad. *Vid.*, asimismo, G. Genot, «Convention Européenne et service militaire (arrêt Engel et autres)», en la misma revista, t. XVI (1977), pp. 294-300.

Como observa López Ramón, del indicado fallo no se deduce la posibilidad de «excluir el control judicial *a posteriori* de las sanciones que no impliquen privación de libertad, como pueden ser las sanciones por faltas militares leves en el Ordenamiento español. Tal consecuencia no está afirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y aunque lo estuviera, se trataría de una consecuencia incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial (art. 24 de la Constitución) y con la cláusula general de control jurisdiccional de la actuación administrativa (art. 106.1 de la Constitución)» (62).

Por ello, desde el primer momento, el precepto fue considerado «de dudosa constitucionalidad» (63) o «con visos sustanciales de inconstitucionalidad» (64) y, en cualquier caso, materialmente insatisfactorio (65).

Para Rodríguez-Villasante, «el último párrafo del artículo 51 de la Ley Orgánica 12/1985 [...] vulnera el derecho del sancionado a obtener del tribunal competente la tutela judicial efectiva, puesto que optar por una solución definitiva que deniegue la posibilidad de recurso jurisdiccional es inconstitucional» (66).

Por mi parte, sin entrar en un análisis crítico de la naturaleza del arresto «en domicilio o Unidad», cuyo carácter meramente «restrictivo» de libertad puede resultar discutible (67), pese a los esfuerzos jurisprudenciales en la delimitación de su contenido (68), también he venido considerando que, con independencia de cual sea la naturaleza del correctivo, nin-

(62) F. López Ramón, «Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 54 (1987), p. 184.

(63) Cfr. M. Balado Ruiz-Gallegos, «El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica 12/1985», en *Revista de Derecho Público*, núm. 106 (1987), p. 73.

(64) Cfr. M. Manzano Sousa, «Conflictos de jurisdicción en la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas a la Guardia Civil», en *Revista General de Derecho*, núms. 538-539 (1989), p. 4781.

(65) Así, según Higuera, «se tendría que haber dado la posibilidad de la interposición de un recurso judicial en las faltas leves en los casos en que la sanción consistiera en arrestos de un día a treinta días en domicilio o Unidad, o en la privación de permisos discrecionales superiores a ocho días y hasta un mes». Cfr. J.-F. Higuera Guimerá, *Curso de Derecho Penal Militar Español*, vol. I, «Parte General», Bosch, Barcelona, 1990, p. 66.

(66) J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Prólogo» al *Derecho Disciplinario Militar* de J. Rojas Caro, cit., p. 24.

(67) *Vid.*, especialmente, R. Fortún Esquifino, «Recursos contra las sanciones de arresto por falta leve en la Ley disciplinaria militar», cit., pp. 2473-2475.

(68) Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991 (*Actualidad Administrativa*, núm. 11/1991, ref. 183).

Asimismo, J. Jiménez Villarejo, *Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional*, Colex, Madrid, 1991, pp. 46-47.

gún acto sancionador puede quedar excluido de revisión jurisdiccional, por ser ello incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y con la cláusula general de control de la actuación administrativa (art. 106.1 CE) (69).

La situación creada por el referido artículo 51.2 de la Ley Disciplinaria Militar se vio resuelta, para algunos, con la promulgación de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, por cuanto, en su artículo 17, considera competencia de la jurisdicción militar «la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas», a la vez que atribuye el conocimiento de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (art. 23.5), a la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central (art. 34.7) o a los Tribunales Militares Territoriales (art. 45.6), sin excluir en ningún caso la posibilidad de recurso a los sancionados por falta leve (70).

Esta interpretación —ciertamente discutible, pero conducente a resultados materialmente justos— no podría ser mantenida sino hasta la promulgación de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, que, de forma contundente, determina la exclusión del control judicial de los actos sancionadores por falta leve [arts. 453.2 y 468.b)], aunque, en cierto modo, atenúe tal exclusión, instaurando un recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario (art. 518), que podrá interponerse siempre que las sanciones disciplinarias —incluidas aquellas por falta leve— «afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el artículo 53.2 de la Constitución» (art. 453.3) (71).

Como advirtió el Tribunal Supremo, tras la promulgación de la Ley Procesal Militar: «a) Se mantiene la inviabilidad del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra los actos definitivos en vía disciplinaria sancionadores de faltas leves, por estimar, sin duda, que la disciplina debe ser restablecida de modo inmediato y dado también el carácter atenuado y leve de las sanciones previstas en la Ley. Y

b) Se instaura la impugnabilidad, a través de un procedimiento de tramitación preferente y sumaria, de las sanciones que recaigan por faltas

(69) A. Millán Garrido, *La Ley Procesal Militar*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 24-25.

(70) La nueva situación fue advertida por López Ramón antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Cfr. F. López Ramón, «Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar», cit., p. 185.

(71) Vid. A. Millán Garrido, «Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 56-57 (1990-1991), pp. 132-134.

leves, y que tengan carácter definitivo en vía disciplinaria, cuando las mismas afecten al ejercicio de los derechos fundamentales» (72).

Con ello —aunque algún autor pretenda hacer ver lo contrario (73)— se establece, como regla general, la exclusión del control judicial de los actos administrativos sancionadores por falta leve. La excepción viene dada por la posibilidad de impugnar dichos actos, cuando afecten al ejercicio de los derechos fundamentales, a través del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

Esta excepción tiene un ámbito muy limitado y, desde luego, no resuelve la posible inconstitucionalidad de un sistema en el que, de principio, quedan excluidos de control judicial los actos sancionadores por falta leve (74). Mas, en todo caso, comporta un avance —ciertamente significativo— en el otorgamiento de tutela judicial efectiva a los sancionados por faltas leves y así ha sido, en general, reconocido por la doctrina (75).

Aun así, llegó a afirmarse que la posibilidad de recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra actos sancionadores por faltas leves es «una solución perturbadora para la disciplina y vida de las Unidades, no ya por la inevitable dilación en la resolución de estos asuntos, sino por las eventuales revocaciones de correctivos que pueden ser altamente perniciosas para la disciplina y depresiva para el mando que impuso la sanción» (76). Dicho parecer fue objeto de certera réplica por Jiménez Villarejo, al afirmar «que lo que deprime la disciplina no es la revocación de un correctivo ilegal o inconstitucional, sino su imposición incontrolada e incontrolable y que las exigencias de la disciplina —valor esencial e insustituible de las Fuerzas Armadas— no pueden en ningún caso hacer olvidar la primacía de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes —artículo 10.1 de la Constitución— olvido en que se incurriría si se sofocase, en nombre de la disciplina y con el débil argumento de la levedad del castigo, toda posible reclamación

(72) Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990 (*Actualidad Administrativa*, núm. 41/1990, ref. 670).

(73) Según Rojas Caro, la exclusión es «ilusoria»: el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario «se podrá interponer siempre que se quiera, porque siempre se encontrará un derecho fundamental teóricamente lesionado que permita fundamentar con éxito la admisión a trámite de este recurso». Cfr. J. Rojas Caro, *Derecho Disciplinario Militar*, cit., p. 180.

(74) En contra, para Manzano Sousa, la posibilidad del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario «colma las exigencias constitucionales de tutela judicial efectiva». Cfr. M. Manzano Sousa, «Conflictos de jurisdicción en la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas a la Guardia Civil», cit., p. 4783.

(75) Entre otros, J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Prólogo», cit., p. 24.

(76) J. Rojas Caro, *Derecho Disciplinario Militar*, cit., p. 180.

judicial ante las sanciones eventualmente contradictorias con el núcleo esencial de nuestro Ordenamiento jurídico que puedan recaer por actos calificados de faltas leves» (77).

La referida situación normativa no se alteró con la promulgación de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, que, en su ámbito material objetivo, consolidó la exclusión del control jurisdiccional de los actos que resuelvan recurso por falta leve y que —por no afectar a derechos fundamentales reconocidos en el artículo 53.2 de la Constitución— no sean revisables a través del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

Al respecto, en ocasiones anteriores, mantuve —en una más que forzada interpretación que hiciese viable el pleno control judicial de la potestad disciplinaria militar— la posibilidad de impugnar las sanciones por falta leve excluidas del recurso contencioso-disciplinario militar ante la jurisdicción ordinaria (78).

Aunque considero que tal posibilidad no vulneraría, en sí misma, el artículo 117.5 de la Constitución (79), reconozco que, en la vigente legalidad, la propuesta es, en efecto, «excesivamente aventurada» (80) y muy difícilmente compatible con el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y, de modo especial, con los artículos 453.1 y 468.b) de la Ley Procesal Militar.

Lo que, desde luego, no obsta para afirmar la inconstitucionalidad de un sistema normativo que excluye del preceptivo control de legalidad determinados actos de la Administración (art. 106.1 CE) e impide a sancionados en vía disciplinaria militar obtener una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Como destaca Díez-Picazo, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva ofrece «un sentido claro cuando se predica una tutela de los derechos o intereses legítimos de los ciudadanos frente a los actos de la

(77) J. Jiménez Villarejo, *Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional*, cit., p. 51.

(78) A. Millán Garrido, «Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar», cit., p. 133; y «Los recursos», en *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, coord. por J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, 1.ª edic., Madrid, 1993, pp. 776-777.

(79) Vid. J. M. Asencio Mellado, «La protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción militar», en *Reuniones de Trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico-Militar*, Madrid, 1991, pp. 107-113. O, desde otra perspectiva, F. Fernández Segado, «La jurisdicción militar en la doctrina constitucional», en *Revista General de Derecho*, núm. 562-563 (1991), pp. 5864-5867.

(80) Así la calificó, con generosidad, J. Sánchez del Río y Sierra, en su recensión crítica a la 1.ª edición de los *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, citada, publicada en *Revista Jurídica de Andalucía*, núm. 11 (1993), p. 452.

Administración. El artículo 24 se encontraría entonces en estrecha conexión con el artículo 103 y con la regla del sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho [...]. Impediría la creación legal o reglamentaria de zonas exentas del control jurisdiccional» (81).

En el mismo sentido, Chamorro Bernal recuerda cómo, en este punto, la tutela judicial efectiva se traduce en «el sometimiento general del poder ejecutivo al control judicial y, por tanto, [en] el reconocimiento de la libertad de acceso a la jurisdicción para impugnar los actos del mismo (arts. 103.1 y 106.1 CE)» (82).

Es, precisamente, la exclusión de la tutela judicial en supuestos indicados y la generalizada conciencia de su, al menos, dudosa constitucionalidad lo que, en la práctica, ha motivado que «la jurisprudencia se esté mostrando razonablemente inclinada a una interpretación benévola de los artículos 453 y 518 de la Ley Procesal Militar». Y convengo con Sánchez del Río en que la solución debe ir por otro camino: «no deja de ser anómala la intervención de órganos judiciales de composición compleja para conocer de asuntos cuya nimiedad provoca un contraste casi cómico; habría que pensar, quizá, en algún órgano judicial más simple que pueda cumplir la misión de tutelar de forma también más simple y, por supuesto, más inmediata» (83).

En esta línea, he venido señalando que «una solución razonable podría consistir —previo el establecimiento de unos cauces orgánico-procesales adecuados— en la implantación de un recurso, de tramitación simple, para los sancionados por falta leve, ante el Juez Togado Militar», recurso que, «dentro del sistema general de control por la jurisdicción castrense de la potestad disciplinaria militar, colmaría las exigencias de los referidos artículos 24.1 y 106.1 de la Constitución» (84).

Tal propuesta fue sugerida, en su informe de mayo de 1997, por el Consejo General del Poder Judicial, para el que sería aconsejable «extender las posibilidades en fiscalización judicial de los actos sancionadores definitivos de la Administración militar a todos los casos, incluso cuando

(81) L. Díez-Picazo, «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», en *Poder Judicial*, núm. 5 (1987), p. 44.

(82) F. Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 32.

Vid., asimismo, A. Figueruelo Burrieza, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990.

(83) J. Sánchez del Río y Sierra, *recensión cit.*, p. 453.

(84) A. Millán Garrido, «Sanciones disciplinarias y tutela jurisdiccional», en *Comentarios a las leyes procesales militares*, t. I, *cit.*, pp. 278-279. Y en «La jurisdicción militar en el actual Ordenamiento constitucional», en *Constitución y jurisdicción militar*, *cit.*, p. 103.

se trata de sanciones por faltas leves que no afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, lo que probablemente llevaría aparejada la exigencia de modificar en lo preciso la legislación sobre organización y competencias de la jurisdicción militar y la correspondiente normativa procesal militar, a fin de asegurar la debida atención de estos nuevos recursos contencioso-disciplinarios militares comunes por los órganos jurisdiccionales más adecuados para hacer frente al incremento de las demandas que, con toda probabilidad, se produciría y evitar la excesiva acumulación de causas menores en tribunales superiores».

La Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de régimen disciplinario de las fuerzas armadas, pudo —y debió— haber atendido la propuesta. Sólo así hubiese alcanzado plenamente uno de sus confesados objetivos: «hallar el necesario equilibrio entre la protección de la disciplina, esencial para el correcto funcionamiento de las fuerzas armadas, y las garantías individuales recogidas en la Constitución» (85).

Al no hacerlo, se mantuvo una situación normativa que, pese a los esfuerzos del Tribunal Supremo por justificarla (86), ha sido, finalmente, denunciada por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 202/2002, de 28 de octubre (87).

Según el Alto Tribunal, si al militar sancionado por falta leve sólo le cabe recurrir a través del cauce especial y sumario y en éste no es posible aducir motivos de impugnación de legalidad ordinaria, resulta obvio que «el administrado no puede impetrar el control judicial sobre la adecuación del acto sancionador al Ordenamiento jurídico excepto por lo que se refiera a los derechos fundamentales y a las libertades públicas». No se trata, por tanto, «de una restricción mínima, concretada en un sector reducido del Ordenamiento, la que se impone al juicio de adecuación a Derecho, sino que éste se restringe en términos extraordinariamente latos, conclusión que se ve reforzada con el análisis de la práctica jurisprudencial sobre la fijación del ámbito de lo debatible en el proceso especial y sumario». Por tanto, se concluye, «esta imposibilidad de que el sancionado someta al juicio de los tribunales la adecuación a Derecho de la actuación administrativa (impuesta en el artículo 103.1 CE) que le sanciona por una infracción leve choca frontalmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

(85) Cfr. A. Millán Garrido y S. Prados Prados, *Ley disciplinaria de las Fuerzas Armadas*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 20-21.

(86) *Vid.*, entre otras, las Sentencias de 17 de abril y 9 de octubre de 2000 (*Revista Española de Derecho Militar*, Jurisprudencia contencioso-disciplinaria, 2000, pp. 245-253 y 619-627).

(87) *Boletín Oficial del Estado* núm. 278, de 20 de noviembre.

sin indefensión reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución, así como, eventualmente, con el contenido del artículo 106, que atribuye a los tribunales el control de legalidad de la actuación administrativa».

El Tribunal Constitucional se detiene, además, a rebatir cada una de las razones esgrimidas en defensa de la vigente situación normativa, especialmente las que vinculan la exclusión del recurso a la necesidad de preservar la disciplina en las fuerzas armadas. Se afirma, al respecto, cómo «el mantenimiento de la disciplina en los ejércitos, si es que padece por la interposición de un recurso contencioso-administrativo ordinario contra una sanción leve, no puede erigirse en motivo constitucionalmente admisible para cerrar toda posibilidad de impugnación, por motivos de legalidad ordinaria, de una sanción impuesta por falta leve».

De conformidad con ello, el Alto Tribunal concede el amparo solicitado por el recurrente, a la vez que eleva al Pleno cuestión de constitucionalidad respecto a los artículos 453.2 y 468.b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, preceptos no ajustados «al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la exigencia de sumisión a control judicial de la legalidad de la actuación administrativa (art. 106 CE) y a la necesidad de adecuación de las especialidades de la jurisdicción militar a los principios constitucionales (art. 117.5 CE)» (88).

Debe advertirse, sin embargo, cómo la exclusión sustancial se contiene, según queda expuesto, en los artículos 77.1 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de régimen disciplinario de las fuerzas armadas, y 64.3 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, preceptos a los que no es probable que el Tribunal Constitucional extienda, de forma expresa, su futuro pronunciamiento, dados los términos del artículo 39.1 de su Ley reguladora, que determina «una limitación del alcance del enjuiciamiento efectuado adecuada al contenido propio de la jurisdicción constitucional, a la cual no corresponde innovar el Ordenamiento jurídico, y que en las cuestiones de inconstitucionalidad se encuentra adicionalmente justificado por la funcionalidad del pronunciamiento que se demanda en este tipo de procesos» (89).

(88) Con posterioridad, el Tribunal Constitucional, por providencias de 30 de mayo de 2003, ha admitido a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad 4204/2003 y 5219/2003, planteadas ambas por el Tribunal Militar Territorial Cuarto, en relación con los artículos 468.b) y 453.2, en el inciso «por falta grave», de la Ley Procesal Militar, por posible vulneración de los artículos 24.1, 106 y 117.5 de la Constitución (BOE núm. 244, de 11 de octubre).

(89) Cfr. G. J. Jiménez Sánchez, «Algunas cuestiones que suscita el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la actual regulación del recurso contencioso-disciplinario militar», trabajo pendiente de publicación, Madrid, 2003.

Es, precisamente, la necesidad de modificar, en este punto, los regímenes disciplinarios militares y, asimismo, de establecer los cauces orgánico-procesales adecuados para la resolución de los recursos cuestionados lo que reclama la intervención del legislador con unas medidas que, a mi entender, debieron también haberse adoptado en la comentada Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio.

8. CONCLUSIÓN

Las modificaciones orgánico-procesales introducidas por la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, suponen un paso más, ciertamente importante, en la adecuación de la jurisdicción militar a los postulados constitucionales y a las exigencias propias de una sociedad democrática. A este propósito responden tanto las medidas tendentes a garantizar la imparcialidad objetiva del juzgador como la supresión de la legitimación que, en el recurso de casación, correspondía hasta ahora a los Mandos Militares Superiores. Asimismo, merece una valoración positiva la reincorporación a la legislación especial del régimen de la responsabilidad disciplinaria judicial en el ámbito de la jurisdicción militar y las alteraciones normativas efectuadas en esta materia, así como la actualización general realizada en el marco orgánico-procesal militar a través de varios retoques y diversas precisiones de carácter estrictamente técnico. Son éstos los *temas resueltos*.

Menos satisfactorio resulta el ámbito material objetivo de la Ley, que debió abarcar otras cuestiones cuyo tratamiento en la legislación vigente es inadecuado desde una perspectiva técnica, materialmente insatisfactorio o abiertamente inconstitucional. En este último elenco de *cuestiones pendientes*, afectantes al estricto orden constitucional, resulta especialmente difícil de justificar que el legislador, en una reforma tendente a la adecuación de la jurisdicción militar a los postulados básicos de un Estado democrático de Derecho, no haya accedido a incluir en ella, al menos, los artículos 108.2 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y 127.1, 453.2 y 468.b) de la Ley Procesal Militar, estableciendo, en el ámbito de la jurisdicción castrense, la posibilidad de ejercer, salvo en tiempo de guerra, la acusación particular y la acción civil, así como el derecho a recurrir las sanciones impuestas por infracciones disciplinarias, en el ámbito militar, cualquiera que sea su entidad y su naturaleza.

REFLEXIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN EL ESTATUTO DE ROMA

Héctor Olásolo (1)

INTRODUCCIÓN (2)

La finalidad de esta ponencia es, en primer lugar, realizar ciertas reflexiones sobre cuestiones generales relativas al principio de complementariedad, y, en segundo lugar, proponer criterios específicos para el desarrollo del análisis de admisibilidad en diferentes momentos procesales, ya sea con respecto a una determinada «situación» de crisis en el marco del proceso de activación de los artículos 13, 14, 15, 18 y 53.1, 3

(1) Miembro de la delegación española en la Comisión Preparatoria para el establecimiento de la Corte Penal internacional (1999-2002). Actualmente, miembro de la Asesoría Jurídica de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia («TPIY»). Las opiniones expresadas son aquéllas del autor y no reflejan necesariamente aquéllas de la Naciones Unidas o del TPIY.

(2) Ponencia presentada el 29 de Mayo del 2003 en el grupo de expertos sobre complementariedad creado por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. El autor agradece sinceramente a Julieta Solano y Gastón Gramajo la inestimable colaboración prestada en la preparación de esta ponencia. Un análisis más detallado de las cuestiones abordadas en esta ponencia puede encontrarse en: OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial Referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Tirant lo Blanch/Centro de Derecho Internacional Humanitario (Cruz Roja Española), Valencia, 2003; OLÁSULO, H., *The Prosecutor of the ICC before the Initiation of Investigations: A Quasi-Judicial or a Political Body*, in *International Criminal Law Review*, 2003/2, pp. 87-150; y OLÁSULO, H., *Issues Regarding Article 42 Administrative and Managerial Powers of the ICC Prosecutor*, próximamente en la página web de la Corte Penal Internacional.

y 4 del Estatuto de Roma (en adelante «ER»), o en relación con un «caso», «asunto» o «causa» en el marco del proceso penal de los artículos 19, 53.2, y 54 y ss. ER.

La ponencia se divide en seis partes. En la primera parte se aborda la distinción entre «situaciones» de crisis y «casos» como objeto de las distintas actuaciones ante la Corte Penal Internacional (en adelante «CPI»). En la segunda parte, se recoge el tratamiento procesal de la admisibilidad en el ER, explicando como en las actuaciones de los arts. 15, 18 y 53.1, 3 y 4 ER la admisibilidad se analiza con respecto de «situaciones», mientras en las actuaciones de los arts. 19, 53.2 y 54 y ss. ER, el análisis de admisibilidad tiene por objeto «casos». En la tercera parte, se analiza el ámbito temporal del principio de complementariedad, o lo que es lo mismo qué jurisdicciones nacionales son relevantes a los efectos de la complementariedad. En la cuarta parte, se estudia el ámbito temporal del principio de complementariedad, incluyendo el tratamiento de las leyes de amnistía y de los perdones administrativos. En la quinta parte, se propone la limitación del análisis de complementariedad a los niveles de liderazgo de los Estados o grupos armados afectados. Y, finalmente, en la sexta parte se proponen ciertos criterios específicos para el análisis de la admisibilidad con respecto a «situaciones» de crisis y a «casos».

Antes de pasar al análisis de la distinción entre «situaciones» y «casos» es importante realizar cuatro observaciones preliminares. En primer lugar, el principio de complementariedad, en cuanto principio rector de las relaciones entre la CPI y las jurisdicciones nacionales, refleja la intención de los Estados Partes de que la CPI se configure como una especie de *corte interestatal de vigilancia y control* cuya principal misión es la de incentivar a las jurisdicciones nacionales para que procedan por sí mismas al enjuiciamiento de los delitos más graves para la Comunidad Internacional en su conjunto. Por esta razón, la CPI no sustituye, sino que suplementa a las jurisdicciones nacionales. Además, las limitadas facultades de actuación fuera de la Sede de la Corte sin el consentimiento de los Estados afectados que el Estatuto atribuye a la Fiscalía, el débil régimen de cooperación estatal con la CPI, y el complicado procedimiento previsto en el ER, abogan también por una CPI dirigida, principalmente, a promover las investigaciones y enjuiciamientos de las jurisdicciones nacionales, y que sólo ejercerá su jurisdicción con carácter ejemplificador en supuestos especialmente graves donde la amenaza de actuación de la CPI no ha provocado ninguna reacción positiva de los Estados afectados.

En segundo lugar, como veremos más adelante, la principal diferencia del análisis de admisibilidad respecto a «situaciones» y a «casos», no es el

estándar de prueba exigido a la Fiscalía, sino el distinto nivel de especificidad exigido por dicho análisis. Además, nos parece más oportuna la aplicación del estándar de la «convicción íntima de los magistrados» utilizado en un buen número de jurisdicciones de tradición continental o de «derecho civil» por las siguientes razones: (a) el análisis de admisibilidad se dirige a resolver cuestiones de concurrencia de jurisdicciones (CPI-jurisdicciones nacionales); y (b) los criterios previstos en los arts. 17 y 20 ER han de ser aplicados a escenarios muy diversos («situaciones» de crisis y «casos»).

En tercer lugar, al proponer criterios específicos para el análisis de admisibilidad con respecto a «situaciones» y a «casos» se ha procurado tener en cuenta los siguientes factores: (i) la distinción entre supuestos de inacción *a priori* y *a posteriori* de las jurisdicciones nacionales, y supuestos de «falta de disposición» o de «incapacidad» en relación con sus actuaciones; (ii) La necesidad de proponer una serie de criterios objetivos de los que se pueda inferir bien la incompatibilidad de la actuaciones de los Estados afectados con el objetivo de traer ante la justicia a los presuntos responsables, bien su voluntad de protegerlos; y (iii) La importancia de evitar entrar en valoraciones del sistema del justicia penal de los Estados afectados al realizar análisis de admisibilidad de «situaciones» o de «casos». Además, al proponer dichos criterios hemos tratado de reflejar nuestra convicción de que, si la Fiscalía utiliza su discrecionalidad no reglada para limitar la jurisdicción de la CPI a los líderes de los organismos o grupos involucrados en las campañas de delitos sobre los que la CPI tiene jurisdicción, un estudio estadístico de las investigaciones y enjuiciamientos llevados a cabo por las jurisdicciones nacionales respecto de ese reducido grupo de líderes, en contraposición con las dinámicas de delitos presuntamente cometidos por miembros de los organismos o grupos que dirigen, podría ser en determinados supuestos decisivo para probar la admisibilidad de una «situación» de crisis.

Finalmente, somos conscientes de la enorme importancia de la cooperación de los Estados afectados para poder obtener la información necesaria al objeto de realizar el análisis de admisibilidad de «situaciones» y de «casos». Por ello, en los supuestos en los que la Fiscalía solicite la cooperación de los Estados afectados para obtener la información necesaria para llevar a cabo un análisis de admisibilidad, y aquellos la denieguen, proponemos la adopción de una serie de reglas probatorias que bien trasladen la carga de la prueba a los Estados afectados, bien generen presunciones de admisibilidad de «situaciones» y «casos».

1. DISTINCIÓN ENTRE LOS PROCESOS DE ACTIVACION Y PENAL, Y ENTRE «SITUACIONES» Y «CASOS» COMO OBJETO DE LOS MISMOS.

Los parámetros personal, material, territorial y temporal de la jurisdicción de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia (en adelante «TPIY») y Ruanda (en adelante «TPIR») han sido precisamente definidos por el órgano político que los creó, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En realidad, debido a que han sido creados para conocer de los delitos cometidos en específicas «situaciones» de crisis, ambos Tribunales han sido caracterizados como Tribunales *ad hoc*. Por el contrario, los Estados Partes del ER no han definido con el mismo grado de precisión la jurisdicción de la CPI. Así, la CPI es definida en los arts. 1, 5, 11 y 12 ER como una institución de carácter permanente que podrá ejercitar su jurisdicción sobre los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra cometidos en «situaciones» de crisis (3) que tengan lugar después de la entrada en vigor del ER en el territorio de: (i) un Estado Parte; o (ii) cualquier Estado, si los delitos han sido presuntamente cometidos por los nacionales de un Estado Parte, o si la CPI actúa a instancia del Consejo de Seguridad.

Como resultado de la diferencia significativa entre los TPIY/R y la CPI, los arts. 13, 14, 15, 18 y 53.1, 3 y 4 ER han creado un proceso de activación dirigido a la determinación de los ámbitos personal, territorial y temporal que definen las «situaciones» de crisis con respecto a las cuales la CPI ejercerá su jurisdicción. Así, los arts. 11 y 12 ER atribuyen a la CPI una amplia jurisdicción personal, temporal y territorial que se encuentra desactivada (*jurisdicción en abstracto*) y que se activa con respecto a una determinada «situación» de crisis a través del proceso de activación (*jurisdicción en concreto*). Una vez la jurisdicción abstracta de la CPI es activada con respecto a una determinada situación de crisis, la Fiscalía tiene la obligación de proceder, conforme al art. 54.1 ER, a la investigación exhaustiva de los delitos cometidos en la misma. Como consecuencia del cumplimiento de esta obligación genérica de investigación, la Fiscalía abrirá, de oficio o a instancia de parte, procedimientos penales contra determinados individuos por la comisión de determinados delitos dentro de la situación de crisis para la cual se ha activado la jurisdicción abstracta de la CPI. Estos procedimientos penales se formalizarán mediante la emisión por la Sala de

(3) El ER utiliza el término «situación(es)», frente a los términos «caso(s)», «causa(s)» o «asunto(s)» en los arts. 13(a) y (b), 14 (1), 15 (5) y (6), 18 (1), y 19 (3)).

Cuestiones Preliminares, a instancia de la Fiscalía, de una orden de comparecencia, o de arresto, conforme al Art. 58 ER, y se sustanciarán de conformidad con las disposiciones de los arts. 19, 53.2, y 54 y ss. ER.

Por lo tanto, mientras el proceso de activación tiene por objeto pretensiones de activación referidas a «situaciones» de crisis, y por partes a la Fiscalía, a los Estados afectados, y, en su caso, al Consejo de Seguridad y al Estado Parte que ejercitó la acción de activación, el proceso penal ante la CPI tiene por objeto pretensiones punitivas a las que el ER se refiere utilizando los términos «caso», «causa» o «asunto», y por partes a la Fiscalía y a las personas investigadas y enjuiciadas.

El ER recoge la expresión «situación» en sus arts. 13(a) y (b), 14.1, 15.5 y 6, 18.1, y 19.3. Esta expresión se refiere a situaciones excepcionales, que no estructurales, que rompen con el devenir normal de los acontecimientos, tales como, p.ej. los conflictos bélicos que asolaron los territorios de la ex-Yugoslavia y Sierra Leona a partir de 1991, o las graves violaciones del derecho internacional humanitario que se produjeron en el territorio de Ruanda y de sus Estados fronterizos a partir del 6 de Abril de 1994 y hasta principios de julio de ese mismo año o en el territorio Timor Oriental durante los 30 días siguientes a la celebración del referéndum sobre la independencia de la región el 30 de Agosto de 1999, y que se definen a través de parámetros personales, temporales y territoriales. Por lo tanto, es perfectamente distinguible de las expresiones «caso», «causa» o «asunto» (4) que hacen referencia a hechos concretos aparentemente constitutivos de uno o más delitos previstos en el ER y presuntamente cometidos por personas identificadas (5).

El origen de la introducción del proceso de activación como un proceso autónomo frente al proceso penal, con un objeto, unas partes y procedimiento propios, y de la consiguiente distinción entre «situaciones» y «casos», se encuentra, por una parte, en la configuración de la CPI como una institución de carácter permanente, y, por otra parte, en que los Estados Partes, teniendo en cuenta la importancia de las funciones atribuidas por el ER a la Fiscalía y temerosos de su acumulación en las manos de su Jefe Superior y Representante (el Fiscal de la CPI) (6), decidieron intro-

(4) La expresión «caso», «causa» o «asunto» se recoge, *inter alia*, en los arts. 15.4, 17.1 y 2, 19.1 y 2 y 53.1(b) ER.

(5) Véase, HALL, C.K., *Article 19. Challenges to the Jurisdiction of the Court*, en *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (Coord.), Ed. Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 405-418, p. 407.

(6) Véase, BERGSMO, M./HARHOFF, F., *Article 42. The Office of the Prosecutor*, en *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (Coord.), Ed. Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 627-636, p. 631.

ducir ciertas salvaguardias contra la iniciación de investigaciones penales políticamente motivadas a resultas de potenciales abusos de poder que aquél pudiera cometer (7). Las salvaguardias más significativas que se introdujeron a este respecto son las siguientes: (i) la distinción entre «situaciones» y «casos» como objeto, respectivamente, de los procesos de activación y penal (8); (ii) los mecanismos de control por la Sala de Cuestiones Preliminares y, en su caso, por la Sala de Apelaciones del ejercicio por la Fiscalía de sus funciones quasi-jurisdiccionales de satisfacción de la pretensión y resistencia de activación (9); y (iii) la configuración de la Fiscalía como parte, en lugar de como órgano decisor con funciones quasi-jurisdiccionales, en las actuaciones de activación cuando éstas no son iniciadas por el Consejo de Seguridad o un Estado Parte (10).

Además, y como garantía frente a posible intentos de los Estados Partes o del Consejo de Seguridad de utilizar políticamente la CPI, los arts. 13 (a) y (b), 14.1 y 19.3 ER prevén que el objeto de la pretensión de activación, introducida a través de las remisiones del Consejo de Seguridad o de los Estados Partes a que se refiere el art. 13(a) y (b) ER, recaiga sobre «situaciones» y no sobre hechos concretos (11). Mientras que el art. 18.1

(7) Como FERNANDEZ DE GURMENDI, S.A., *The Role of the International Prosecutor*, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Lee, R. (Coord.), Ed. Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999, pp. 175-188, p. 181, ha afirmado: «Those who argue against granting *proprio motu* powers to the Prosecutor feared an overzealous or politically motivated prosecutor targeting, unfairly or in bad faith, highly sensitive political situations. Sometimes [the I.C.C. Prosecutor] was feared as a “lone ranger running wild” around the world with excessive powers».

(8) Sobre la introducción del concepto de «situaciones» de crisis como objeto del proceso de activación, FERNANDEZ DE GURMENDI, S.A., *The Role of the International Prosecutor*...p. 180, señala: «The main reason for this support was that many States were uneasy with the regime provided for in the ILC draft, which allowed a State Party to select individual cases of violations and lodge complaints with the Prosecutor with respect to such cases. This could, in their view, encourage politization of the complaint procedure».

(9) Art. 53.3 ER.

(10) Arts. 15.4 y 18.2 ER.

(11) Como YEE, L., *The International Criminal Court and the Security Council*, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, Lee, R. (Coord.), Kluwer Law International, La Haya/Londres/Boston, 1999, pp. 143-152, p. 147, ha señalado: «Many felt that the Council should only be empowered to refer a general matter or situation rather than a specific case to the Court in order to preserve the Court's independence in the exercise of its jurisdiction». Así mismo, FERNANDEZ DE GURMENDI, S.A., *The Role of the International Prosecutor*... at pp. 180-182, afirma que «[t]his proposal [U.S. proposal to change the content of the “notitia criminis” communicated by States Parties from cases to situations to be found at 1996 PrepCom Report, Vol. II, at 109, par. 2.], which was ultimately included in Article 14 of the Rome Statute, did have the effect of broadening the role of the Prosecutor who in this way obtai-

ER dispone que las resoluciones adoptadas por la Fiscalía conforme al art. 53.1 ER sobre la existencia o inexistencia de «fundamento razonable para proceder» a la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI tendrán por objeto las «situaciones» remitidas por un Estado Parte (12).

Debido a la falta de recursos de que las víctimas y los testigos disponen para investigar cuáles son los parámetros personal, temporal y territorial que definen las «situaciones» de crisis en las que se han producido los delitos de los que tienen conocimiento, los arts. 13(c) y 15.1 ER permiten a cualquier persona física o jurídica comunicar directamente a la Fiscalía hechos concretos que parezcan ser constitutivos de alguno de los delitos previstos en el ER. Sin embargo, a los efectos de evitar la iniciación de investigaciones penales políticamente motivadas, el art. 15.5 y 6 ER dispone que tanto las diligencias de activación (13), como la pretensión de activación de la Fiscalía, deben tener como objeto las «situaciones» en las que se hayan producido los hechos denunciados (14).

ned the power to investigate a “situation” referred to him or her by the Security Council or by a State Party». La misma explicación es ofrecida por WILMSHURST, E., *Jurisdiction of the Court*, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, Lee, R. (Coord.), Kluwer Law International, La Haya/Londres/Boston, 1999, pp. 127-142, p. 131.

(12) Como HOLMES, H.T., *The Principle of Complementarity*, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statue, Issues, Negotiations, Results*, Lee, R. (Coord.), Kluwer International Law, La Haya/Londres/Boston, pp. 41-78, p. 71, nota al pie 40, ha apuntado refiriéndose al término «situation» en el art. 18.1 ER: «The word “situation” was used to replace “matter” in light of the change of terminology on questions of jurisdiction»

(13) Art. 15.2 ER.

(14) El art. 15.5 ER dispone que «la negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares a autorizar la investigación no impedirá que el Fiscal presente ulteriormente otra petición basada en hechos o pruebas nuevas relacionados con la misma situación». Por su parte el art. 15. 6 ER establece que «si, después del examen preliminar a que se refieren los párrafos 1 y 2, el Fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado. Ello no impedirá que el Fiscal examine a la luz de hechos o pruebas nuevos, otra información que reciba en relación con la misma».

Por lo tanto, aunque las personas físicas o jurídicas pueden comunicar a la Fiscalía hechos concretos presuntamente cometidos por personas identificadas, la Fiscalía tiene la obligación de practicar las diligencias de activación del art. 15.2 ER a los efectos de obtener la información necesaria para decidir si procede o no ejercitar la acción de activación con respecto al conjunto de la situación de crisis en la que se produjeron los hechos denunciados. A la misma conclusión parece llegar, HALL, C.K., *Article 19...*, p. 407.

Por esta razón, considero que la utilización del término «asunto» en el art. 15.4 ER no debe leerse aisladamente, sino en el contexto del resto del art. 15 ER. Así, cuando se lee conjuntamente con las referencias a la noción de «situación» de crisis previsto en el art. 15.5 y 6 ER , y a la luz de la intención de los legisladores de introducir adecuadas salvaguardias contra la apertura de investigaciones políticamente motivadas, especialmente

Finalmente, debido al procedimiento simplificado y sumario previsto en los arts. 13(b) y 53.1, 3 y 4 ER para cuando el Consejo de Seguridad ejercita la acción de activación, el art. 18.1 ER no es aplicable al mismo, y, por tanto, el ER no menciona expresamente que la resolución de la Fiscalía que estima o desestima la pretensión de activación del Consejo de Seguridad deba tener por objeto una «situación». Sin embargo, teniendo en cuenta que el art. 13(b) ER requiere que el Consejo de Seguridad ejercite la acción de activación con respecto a «situaciones», y que en los otros dos procedimientos de activación los estándares «fundamento razonable» (15) y «fundamento suficiente» (16) son aplicados a «situaciones», se puede concluir que también el procedimiento simplificado y sumario de los arts. 13(b) y 53.1, 3 y 4 ER tiene por objeto «situaciones» definidas por parámetros personales, temporales y territoriales. Esta interpretación se

cuando la *notitia criminis* es comunicada por personas físicas o jurídicas distintas de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad, no se puede sino concluir que, a pesar de la referencia literal al término «asunto» en el art. 15.4 ER, las actuaciones del art. 15 ER tienen también por objeto «situaciones» de crisis definidas por parámetros personales, temporales y territoriales.

Además, es también necesario señalar que el contenido de las expresiones «caso», «causa» y «asunto» en el ER es bastante confuso. Así, p.ej., el art. 17.1 ER, al definir los conceptos de admisibilidad o inadmisibilidad se refiere exclusivamente a «causas». Sin embargo, estos conceptos pueden predicarse tanto de «situaciones» de crisis en el marco del procedimiento de activación, como de «casos», «causas» o «asuntos» en el marco de los procedimientos penales. Esta confusión se debe a que el borrador del Art. 17 fue redactado con anterioridad a que se introdujera la distinción entre «situaciones» y «casos» y a que, dado el desarrollo de la Conferencia Diplomática de Roma con la aprobación de un amplio paquete final de medidas el último día de la Conferencia, no hubo posteriormente tiempo para ajustar la definición de los conceptos de admisibilidad e inadmisibilidad a la nueva distinción entre «situaciones» y casos (ver, WILLIAMS, S.A., *Article 17. Issues of Admissibility*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Trifterer, O., Ed. Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 383-394, pp. 387-388. Como resultado, cada vez que el ER o las Reglas de Procedimiento y Prueba (en adelante «RPP») se refieren a los conceptos de admisibilidad o inadmisibilidad utilizan siempre las expresiones «admisibilidad de la causa» o «inadmisibilidad de la causa» (ver, p.ej., art. 53.1(b) ER y regla 48 RPP). Ahora bien, como acabamos de explicar, esto no significa que el ER no haya adoptado la distinción entre «situaciones», y «casos», «causas» o «asuntos». En este mismo sentido, HALL, C.K., *Article 19...*, p. 408, nota al pie 242.

(15) Art. 53.1 ER.

(16) Art. 15.3 y 4 ER. En todo caso, téngase en cuenta que la distinción entre los estándares de los arts. 15.3 y 4 ER, y 53.1 ER es únicamente fruto de la versión española porque la original inglesa se refiere en ambas disposiciones al estándar «*reasonable basis to proceed*». La regla 48 RPP viene a confirmar que se trata de un solo estándar cuando prevé que los tres criterios del art. 53.1(a)-(c) ER doten también de contenido al estándar de los arts. 15.3 y 4 ER. Ver a este respecto, FRIMAN, H., *The Rules of Procedure and Evidence in the Investigative Steps*, en *International and National Prosecution of Crimes under International Law*, Fischer, H./Kress, C./Luder, S.R. (Coord.), Ed. Berlin-Verlag, Berlín, 2001, pp. 191-218, pp. 193-194.

ajusta también a la intención de los negociadores del ER de reducir en cuanto fuera posible el riesgo de apertura de investigaciones políticamente motivadas.

Además, el llamado carácter «preliminar» de los dictámenes relativos a la admisibilidad, que los órganos competentes de la CPI dictan en el marco de las actuaciones del art. 18 ER, sólo adquiere pleno sentido si se considera a tales actuaciones como la segunda parte de los procedimientos de activación a instancia de la Fiscalía o de un Estado Parte. Así, a lo que se está refiriendo la expresión «preliminar» en el encabezado del art. 18 ER es a que las decisiones de la Salas de Cuestiones Preliminares o de Apelación sobre la admisibilidad de la «situación» objeto de la pretensión de activación de la Fiscalía no producen efectos de cosa juzgada sobre la admisibilidad de un «caso», «causa» o «asunto» que tiene como objeto hechos concretos cometidos en el seno de aquella «situación». Lógicamente, teniendo los procesos de activación y penal objetos distintos, no es posible que las decisiones sobre admisibilidad adoptadas en el primero produzcan efectos de cosa juzgada en el segundo.

Asimismo, la expresión «preliminar» se refiere también a que, como el objeto del análisis de admisibilidad en el art. 18 ER es una «situación», el escrutinio de cada uno de los procesos abiertos por las jurisdicciones nacionales de los Estados afectados con respecto a los delitos cometidos en dicha «situación», no puede ser tan detallado como cuando el análisis de admisibilidad se centra en un «caso» concreto. En otras palabras, hipotéticamente, el escrutinio de las actuaciones penales que los órganos jurisdiccionales croatas hayan llevado a cabo en relación con los delitos cometidos por el general Blaskić en Bosnia Central en la primavera de 1993, no puede ser el mismo cuando el objeto del análisis de admisibilidad se extiende a todas las actuaciones llevadas a cabo por la jurisdicción croata con respecto a la situación de conflicto existente en la antigua Yugoslavia entre 1991 y 1995, que cuando el análisis de admisibilidad se extienda únicamente a las actuaciones de la jurisdicción croata con respecto a los delitos presuntamente cometidos por el general Blaskić en Bosnia Central en la primavera de 1993.

Por lo tanto, no siendo el grado de escrutinio el mismo, tampoco el nivel de información exigida para proceder a dicho escrutinio ha de ser idéntico. Por ello, no compartimos los temores expresados por algunos Estados Afines de que el ER permita a los Estados afectados dar dos bocados a la misma manzana (17). Por el contrario, más bien creemos que nos

(17) NTANDA NSEREKO, D.D., *Article 18. Preliminary Rulings Regarding Admissibility...*, p. 404; y HOLMES, J.T., *The Principle of Complementarity...*, pp. 72-73.

encontramos ante manzanas, o, para ser más precisos, ante dos procesos distintos con objetos perfectamente diferenciados.

Por otra parte, el carácter «preliminar» de las resoluciones adoptadas por la Fiscalía, la SCP y la SA de conformidad con el art. 18 ER se limita a la dimensión a la que nos acabamos de referir, y en nada afecta a su carácter definitivo y firme en cuanto resoluciones que ponen fin al procedimiento de activación. En este mismo sentido, no podemos olvidar que estas resoluciones, dependiendo de su contenido material, tienen la eficacia de revocar total o parcialmente aquellas resoluciones adoptadas durante la primera parte de los procedimientos de activación a instancia de la Fiscalía o de un Estado Parte, o de confirmarlas y atribuirles firmeza.

En consecuencia, podemos afirmar que el concepto de «situación» de crisis se encuentra bien asentado en la regulación de cada uno de los tres procedimientos a través de los que se sustancia el proceso de activación de la jurisdicción abstracta de la CPI. De esta manera, y si tomamos como hipótesis la situación de crisis que ha llevado al establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona (18), el proceso de activación tendría por objeto la guerra civil acaecida en Sierra Leona desde 1991 y hasta la firma del acuerdo de paz de Lomé el 7 de julio de 1999 (19), mientras que algunos de los procedimientos penales que pudieran abrirse a raíz de la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI sobre esta situación de crisis podrían tener como objeto los delitos presuntamente cometidos por el Frente Unido Revolucionario (FUR) durante la toma de Freetown el 1 de enero de 1999, o los delitos cometidos por el Sr. Sankoh (antiguo líder del F.U.R.) hasta su detención por los autoridades nigerianas a finales de 1996.

Además, al igual que ocurre en los TPIY/R, donde la Fiscalía investiga y ejercita la acción penal en relación con los delitos cometidos por todas las partes involucradas en las «situaciones» de crisis que respectivamente se produjeron en el territorio de la antigua Yugoslavia a partir de

(18) Las negociaciones entre las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona concluyeron el 16 de Enero del 2000 con el acuerdo para el Establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona (*Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone*, concluded in Freetown on January 16, 2002). El art. 1 de este acuerdo define la «situación» de crisis sobre la que este nuevo tribunal penal *ad hoc* puede ejercitar su jurisdicción en los siguientes términos: graves violaciones del derecho internacional humanitario y de la ley de Sierra Leona cometidas en el territorio de Sierra Leona con posterioridad al 30 de Noviembre de 1996. El texto de este acuerdo puede ser encontrado en <http://www.sierra-leone.org/specialcourtagreement.html> .

(19) *Peace Agreement between the Government of Sierra Leone and the Revolutionary United Front of Sierra Leone*, celebrado en Lomé el 7 de Julio de 1999. Su texto se puede consultar en <http://www.sierra-leone.org/lomeaccord.html> .

1991 (20) y en el territorio de Ruanda y sus Estados fronterizos durante 1994 (21), el art. 54 ER obliga a la Fiscalía de la CPI a ejercitar sus funciones de investigación y ejercicio de la acción penal con respecto a los delitos cometidos por todas las partes involucradas en las «situaciones» para las que se haya activado la jurisdicción abstracta de la CPI (22).

2. TRATAMIENTO PROCESAL DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

Como se señaló en la sección precedente, los arts. 13, 14, 15, 18 y 53.1, 3 y 4 ER establecen el proceso de activación dirigido a la determinación de los ámbitos personal, territorial y temporal que definen las situaciones de crisis sobre las que CPI ejercerá su jurisdicción. Para la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI con respecto a una cierta situación de crisis, los siguientes criterios previstos en el art. 53.1 ER y en la regla 48 RPP deben ser cumplidos:

a) La existencia de «fundamento razonable» para creer que los ámbitos personal, temporal y territorial que definen dicha situación de crisis entran dentro de los parámetros personales, temporales y territoriales de la jurisdicción abstracta de la CPI;

b) La existencia de «fundamento razonable» para creer que los elementos contextuales de los delitos de la jurisdicción de la CPI, contenidos en los arts. 7.1 y 8.1 ER y en los elementos 6(a)(4), 6(b)(4), 6(c)(4), 6(d)(4) y 6(e)(4) de los Elementos de los Crímenes, han tenido lugar en dicha situación de crisis.

(20) Art. 1 ETPIY.

(21) Art 1 ETPIR.

(22) El art. 54.1 ER impone a la Fiscalía la obligación de «ampliar la investigación a todos los hechos y las pruebas que sean pertinentes para determinar si hay responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto». Con respecto a esta última disposición téngase en cuenta que, a pesar de que la versión española parece atribuir un poder jurídico más que imponer una obligación a la Fiscalía, la versión original inglesa no deja lugar a dudas sobre su carácter de obligación al utilizar la expresión «shall». En este sentido, BERGSMO, M./KRUGER, P., *Article 54. Duties and Powers of the Prosecutor with regard to investigations*, in *Commentary to Rome Statute of the International Criminal Court*, Thriftier, O. (Coord.), Ed. Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 715-725, p. 718, donde afirman que «[t]he use of this terminology is an indication that... the proceedings should not descend to the level of a competition where winning the case is the only goal. The Prosecutor is obliged to serve the interests of justice impartially. Por lo tanto, concluyen que «the provision [Art. 54, par.1] obligates the Prosecutor to be as comprehensive as necessary in his or her investigation to establish whether criminal responsibility exists».

c) La no apertura por los Estados afectados de investigaciones, y en su caso enjuiciamientos, de los hechos que dan lugar a los elementos contextuales de los delitos de la jurisdicción de la CPI que presuntamente han tenido lugar en dicha situación de crisis; o la falta de disposición o incapacidad de los Estados afectados que han iniciado, o que han completado, tales investigaciones y enjuiciamientos para realmente llevarlos a cabo.

d) La inexistencia de circunstancias que, de acuerdo con los criterios generales para el ejercicio por la Fiscalía de su discrecionalidad no reglada, aconsejen la no activación de la jurisdicción de la CPI a pesar de la gravedad de los delitos y de los intereses de las víctimas.

En aquellos supuestos en que el art. 18 ER es aplicable, la decisión de activar la jurisdicción abstracta de la CPI con respecto a una determinada situación de crisis, puede ser sometida, a petición de los Estados afectados, a la fiscalización de las Salas de Cuestiones Preliminares y de Apelaciones desde la exclusiva perspectiva del principio de complementariedad (admisibilidad de la «situación»).

Una vez la jurisdicción abstracta de la CPI es activada con respecto a un determinada «situación» de crisis, la Fiscalía tiene la obligación de proceder, conforme a los arts. 54 y ss., a la investigación exhaustiva de los delitos cometidos en la misma. En cualquier momento después de la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI con respecto a una determinada «situación» de crisis, la Fiscalía puede solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares que dicte una orden de arresto o de comparecencia contra alguno de los sospechosos si considera que:

a) Existe «motivo razonable» para creer que la persona de que se trate ha cometido un delito de la jurisdicción de la CPI.

b) Los Estados afectados no han iniciado investigaciones, y en su caso enjuiciamientos, de los delitos presuntamente cometidos por la persona de que se trate; o los Estados afectados no están dispuestos o no son capaces de realmente llevar a cabo las investigaciones y enjuiciamientos que han iniciado, o que han completado.

c) No existe ninguna circunstancia que, de acuerdo con los criterios generales para el ejercicio por la Fiscalía de su discrecionalidad no reglada, aconsejen, a pesar de la gravedad de los delitos y de los intereses de las víctimas, no solicitar una orden de arresto o de comparecencia contra la persona de que se trate.

Además, de acuerdo con el art. 19. 1 ER, las Salas de Cuestiones Preliminares y de Primera Instancia pueden en cualquier momento examinar *proprio motu* la admisibilidad de un «caso», «asunto» o «causa». También

la Fiscalía puede, de acuerdo con el art. 19.3 ER, plantear en cualquier momento ante las Salas de Cuestiones Preliminares y de Primera Instancia una cuestión de admisibilidad de un «caso».

Finalmente, a no ser que las Salas de Cuestiones Preliminares y de Primera Instancia dispongan de otra manera, la admisibilidad de un «caso» puede ser impugnada en, al menos, una ocasión por el acusado, o por la persona contra la que se haya dictado orden de detención o comparecencia (23), y por cualquier Estado que esté ejerciendo jurisdicción sobre el «caso», o cuya aceptación de la jurisdicción de la CPI sea necesaria de acuerdo con el art. 12 ER (24). Estas impugnaciones tendrán que presentarse, a no ser que la Sala de Primera Instancia señale lo contrario, con anterioridad al inicio del juicio oral (25). Además, los Estados legitimados para impugnar la admisibilidad del «caso», deben hacerlo «lo antes posible» (26).

Del tratamiento procesal del principio de complementariedad que acabamos de describir, se puede concluir que, dependiendo en el momento procesal en el que nos encontremos, el análisis de admisibilidad tendrá que ser llevado a cabo bien con respecto a «situaciones» de crisis, bien en relación con «casos», «asuntos» o «causas» concretas.

Lógicamente, el nivel de escrutinio requerido con respecto a las actuaciones penales llevadas a cabo por los Estados afectados sobre los hechos que dan lugar a los elementos contextuales de los delitos de la jurisdicción de la Corte que han tenido presuntamente lugar en una situación de crisis, no puede ser tan detallado como el nivel de escrutinio requerido respecto de las actuaciones penales desarrolladas por los Estados afectados sobre los delitos presuntamente cometidos por la persona investigada o acusada. Esta realidad es reconocida, como ya hemos visto, en el propio encabezamiento del artículo 18 ER, al referirse a las «decisiones preliminares relativas a la admisibilidad». En consecuencia, siendo el nivel de especificidad del análisis de admisibilidad de situaciones de crisis inferior al del análisis de la admisibilidad de «casos», se deduce que los criterios para llevar a cabo ambos tipos de análisis no pueden ser los mismos.

(23) Art. 19.2 (a) ER.

(24) Art. 19.2 (b) y (c) ER.

(25) Art. 19.4 ER.

(26) Art. 19.5 ER.

3. EL ALCANCE PERSONAL DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD: LA DETERMINACIÓN DE LOS ESTADOS AFECTADOS A LOS EFECTOS DEL ANALISIS DE ADMISIBILIDAD DE «SITUACIONES» Y «CASOS»

Conforme al principio de complementariedad, la CPI solo puede activar su jurisdicción abstracta si las jurisdicciones nacionales permanecen inactivas, o no están dispuestas a, o no son capaces de, llevar a cabo realmente sus actuaciones penales (art. 17 ER). Pero, ¿qué jurisdicciones nacionales son relevantes a los efectos del principio de complementariedad? En otras palabras, ¿depende la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI de la inactividad, falta de disposición o incapacidad de los Estados afectados por una determinada situación de crisis: Estados territorial, de nacionalidad de los presuntos responsables, o de nacionalidad de las víctimas? O, ¿depende también la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI de la inactividad, la falta de disposición o la incapacidad de aquellos otros Estados que hayan introducido en su legislación interna el principio de justicia universal sobre los delitos de la jurisdicción de la CPI?

En nuestra opinión, la respuesta a esta cuestión se deriva de la que a nuestro entender constituye la piedra angular del ER, y que consiste en el principio de que la CPI no sustituye a ninguno de los mecanismos existentes tanto a nivel nacional como a nivel internacional para la investigación y el enjuiciamiento de los «crímenes más graves para la Comunidad Internacional en su conjunto». Por lo tanto, la entrada en vigor del ER no ha afectado al contenido de las obligaciones *aut dedere aut iudicare* de los Estados Partes conforme a las Convenciones de Ginebra de 1949 (27), su Protocolo Adicional Primero (28), y la Convención contra la Tortura (29). Además, el contenido del principio de justicia universal sobre los «críme-

(27) Art. 49 del Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Primer Convenio de Ginebra); art. 50 del Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Segundo Convenio de Ginebra); art. 129 del Convenio de Ginebra Relativo al Trato de Prisioneros de Guerra (Tercer Convenio de Ginebra); y art. 146 del Convenio de Ginebra Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra (Cuarto Convenio de Ginebra. Los cuatro Convenios de Ginebra fueron concluidos el 12 de Agosto de 1949).

(28) Art. 85.1 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, de 12 de Agosto de 1949, concluido en Ginebra el 8 de Junio de 1977.

(29) Art. 5.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, concluida en Nueva York el 10 de Diciembre de 1984.

nes más graves para la Comunidad Internacional en su conjunto» no se ha visto tampoco afectado. Por el contrario, el ER refuerza la legitimidad del principio de justicia universal en cuanto que crea un órgano jurisdiccional interestatal con carácter permanente al que se le asigna la función de asegurar que las investigaciones y enjuiciamientos desarrollados sobre la base de dicho principio son adecuadamente llevados a cabo por las jurisdicciones nacionales.

Por lo tanto, se puede afirmar que las investigaciones y enjuiciamientos desarrollados por las jurisdicciones nacionales de Estados Partes, o no Partes, del ER, impiden la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI siempre y cuando dichos Estados hayan introducido en sus respectivos ordenamientos jurídicos los nexos de jurisdicción (territorialidad, nacionalidad de los presuntos responsables o de las víctimas, o justicia universal) que alegan para desarrollar sus actuaciones. Solamente si dichos Estados son considerados faltos de disposición o incapaces de llevar realmente a cabo sus investigaciones y/o enjuiciamientos, la CPI podrá, aún así, activar su jurisdicción abstracta.

De lo que se ha dicho hasta ahora parecería que se puede concluir que la jurisdicción de la CPI no es complementaria, sino subsidiaria, de las jurisdicciones nacionales. Sin embargo, el ER no sólo permite que la CPI pueda activar su jurisdicción abstracta cuando las jurisdicciones nacionales no están realizando adecuadamente su trabajo, sino que además le atribuye el poder para decidir sobre la idoneidad de la actuación de las jurisdicciones nacionales. De esta manera, si ER hubiera entrado en vigor en el momento en que los delitos presuntamente cometidos por el General Augusto Pinochet tuvieron lugar, la CPI habría tenido el poder para decidir si las actuaciones llevadas a cabo por las autoridades chilenas, y, en particular, si la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile de 9 de Mayo del 2001 en el caso de la «caravana de la muerte», en la que se declara que el acusado no está en condiciones de participar en el proceso, fue independiente, imparcial y no incompatible con la intención de llevar ante la justicia al General Augusto Pinochet.

Por lo tanto, se puede afirmar el ER ha creado un *órgano jurisdiccional interestatal de vigilancia y control* que actuará cuando considere que las jurisdicciones nacionales no están cumpliendo adecuadamente con su obligación de investigar y enjuiciar los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra. Desde esta perspectiva, no puede haber la menor duda de que el ER atribuye *de facto* a la CPI primacía sobre las jurisdicciones nacionales.

4. EL ALCANCE TEMPORAL DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD. ESPECIAL ATENCIÓN A LAS LEYES DE AMNISTÍA Y A LOS INDULTOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

La configuración de la CPI como jurisdicción de *ultima ratio* está sometida a ciertos límites temporales y personales. Desde una perspectiva temporal, los negociadores tuvieron que decidir entre una configuración estática y una configuración dinámica del principio de complementariedad. Según la configuración estática, el principio de complementariedad solamente operaría hasta el momento en que bien las jurisdicciones nacionales, bien la CPI, comenzasen sus actuaciones sobre una «situación» de crisis o un «caso» determinado. Por lo tanto, dada la definición negativa de los supuestos previstos en el art. 17.1(a) a (c) ER, la CPI y las jurisdicciones nacionales se encontrarían en pie de igualdad, y quien primero iniciase sus actuaciones adquiriría jurisdicción exclusiva sobre la «situación» de crisis o «caso» del que se tratase.

Frente a esta configuración estática aparecía la configuración dinámica del principio de complementariedad, conforme a la cual su ámbito de aplicación podría extenderse mientras las jurisdicciones nacionales, o la CPI, ejercitaran sus respectivas potestades de investigación, ejercicio de la acción penal, declaración de la responsabilidad penal individual derivada del ER y ejecución de la pena.

La solución finalmente adoptada por los negociadores en los arts. 15.4, 17, 18, 19 y 20 y 53.1 ER recoge una configuración dinámica del principio de complementariedad que se extiende a las actividades de investigación, ejercicio de la acción penal y declaración de la responsabilidad penal individual derivada del ER desarrolladas tanto por las jurisdicciones nacionales como por la CPI, pero que excluye la fase de ejecución de la sentencia firme condenatoria. En consecuencia, pronunciada sentencia firme por la CPI, esta última asume jurisdicción exclusiva sobre su ejecución y precluye toda actuación de las jurisdicciones nacionales sobre los delitos objeto la misma (Art. 20.2). Asimismo, pronunciada sentencia firme en un Estado, este adquiere también jurisdicción exclusiva sobre su ejecución, siempre y cuando la CPI no declare la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el art. 20.3 ER.

La solución adoptada por el ER en este punto nos parece la más adecuada. Así, la extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución hubiera provocado inevitable-

mente problemas de *ne bis in idem*. Así, o la extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución iba acompañada del reconocimiento automático de las sentencias dictadas por las jurisdicciones nacionales a los efectos de su ejecución por la CPI, o la CPI debería proceder a un nuevo enjuiciamiento de los hechos objeto de las sentencias firmes dictadas por las jurisdicciones nacionales (y en las que además no concurren ninguna de las circunstancias previstas en el art. 20.3 ER) antes de proceder a la ejecución de sus propias sentencias firmes. De esta manera, unos mismos hechos serían enjuiciados en dos ocasiones y podrían dar lugar a dos sentencias firmes contradictorias (una dictada por los órganos jurisdiccionales nacionales y otra por la CPI).

En este sentido, es preciso reconocer que el principio *ne bis in idem* contenido en el art. 14 (7) PIDCP ha sido tradicionalmente interpretado como limitado a las actuaciones penales desarrolladas en una misma jurisdicción. Sin embargo, también es cierto que el grado de garantías que el principio *ne bis in idem* ofrece en los arts. 10 ETPIY, 9 ETPIR y 20 ER es superior al tradicionalmente ofrecido por el art. 14 (7) PIDCP (30).

Pero además, la extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución hubiera provocado que la actividad de la CPI de ejecución de sus sentencias firmes se hubiera visto archivada provisionalmente como consecuencia de la apertura de investigaciones y enjuiciamientos por las jurisdicciones nacionales con respecto a los hechos objetos de las sentencias firmes de la CPI. A este respecto, no podemos olvidar que el carácter dinámico del principio de complementariedad actúa en un doble sentido en cuanto que no sólo afecta a las actuaciones de las jurisdicciones nacionales sino también a las de la CPI.

Finalmente, hay que tener también en cuenta que la potestad de indultar forma parte del contenido más íntimo de la soberanía de un Estado y que, además, la extensión del carácter dinámico del principio de complementariedad a la fase de ejecución sería de muy difícil aplicación práctica. Téngase en cuenta a este respecto, que sólo una minoría de Estados autorizan el juicio en ausencia con respecto a delitos de la gravedad de los previstos en el ER. Además, es de suponer que el Estado que dicte sentencia firme y posteriormente indulte a sus autores sea el Estado en cuyo territorio se encuentran los mismos, y, por tanto, será difícil que este Estado, aunque estuviera obligado a ello por ser un Estado Parte del ER, estu-

(30) Ver a este respecto, *supra*, JONES, J.R.W.D, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia y Rwanda*, Segunda Edición, Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson (Nueva York), 2000, pp. 151-154 y 504-505.

viera dispuesto a entregarlos a la CPI, máxime no previéndose en el ER sanción alguna para los casos de incumplimiento de sus obligaciones de cooperación con la CPI.

Por estas razones, creemos que la mejor manera de abordar el problema de los indultos a los perpetradores de los «crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional» es mediante el establecimiento en el propio ER, por un lado, de una inequívoca obligación de ejecución de las condenas firmes dictadas por las jurisdicciones nacionales contra los autores de estos delitos, y, por otro lado, de un régimen de sanciones para el caso de su incumplimiento similar al previsto en el art. 112.8 ER para los supuestos de incumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones de financiación de la CPI (suspensión automática de sus derechos políticos en la organización internacional CPI).

Distinto es el supuesto de las Leyes de Amnistía que, por su misma naturaleza, resultarían, bien en la inacción absoluta de las jurisdicciones nacionales cuando no fueren acompañadas de una Comisión de la Verdad, bien en su inacción *a posteriori* tras completarse la investigación que pueda ser desarrollada a través de una Comisión de la Verdad.

En nuestra opinión, las Leyes de Amnistía que no sean acompañadas del establecimiento de Comisiones de la Verdad no impedirán, de ninguna manera, la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI sobre la situación de crisis a que tengan por objeto. Por su parte, en el caso de las Leyes de Amnistías acompañadas del establecimiento de Comisiones de la Verdad, el inicio de las investigaciones por dichas Comisiones de la Verdad sólo impediría la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI si se considera que: a) su desarrollo no está motivado por el propósito de sustraer a las personas de que se trae de su responsabilidad penal; y b) son sustanciadas de manera independiente e imparcial, y de una forma compatible con la intención de hacer comparecer a las personas de que se trate ante la justicia. Además, en todo caso, terminada la investigación por las Comisiones de la Verdad, y presentado su informe, desaparecería todo impedimento derivado del principio de complementariedad para la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI, en cuanto que, habiendo sido obtenidos indicios razonables de criminalidad contra los presuntos autores de los delitos previstos en el ER, las Leyes de Amnistía impedirían a las jurisdicciones nacionales proceder a su enjuiciamiento.

Otra cosa sería que la promulgación de una Ley de Amnistía acompañada de la creación de una Comisión de la Verdad pudiera evitar la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI sobre la «situación» de crisis de que se tratase porque, conforme al art. 53.1(c) ER y la regla 104 RPP, dicha activación no

redundaría en el interés de la justicia. Ahora bien, en este caso, la desestimación de la pretensión de activación se fundamentaría exclusivamente en el ejercicio del principio de oportunidad política por el órgano competente de la CPI, y nada tendría que ver con el principio de complementariedad.

5. LEYES DE AMNISTÍA E INDULTOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DISCRECIONALIDAD NO REGLADA DE LA FISCALÍA

Durante los años que precedieron a la aprobación definitiva del ER fueron varios los autores que pretendieron demostrar que a través de leyes de amnistía se podía hacer justicia de manera más eficaz que a través de actuaciones penales (31). Durante aquellos años, un segundo grupo de autores defendía, por el contrario, la necesidad de perseguir penalmente los delitos recogidos en el ER, y afirmaba que mediante el apoyo expreso o tácito de la Comunidad Internacional a las leyes de amnistía se enviaría a los futuros autores de estos delitos el mensaje de que no debían preocuparse porque a pesar de su comisión no serían penalmente perseguidos (32).

Como resultado de este debate, los negociadores del ER adoptaron dos decisiones. Por una parte, se comprometieron decididamente a poner fin a la impunidad de los autores de los delitos «más graves para la Comunidad Internacional en su conjunto» para, de este modo, asegurar que tales delitos serían adecuadamente investigados y enjuiciados (33). En segundo lugar, decidieron que la mejor manera para alcanzar dichos objetivos era la creación de una CPI a la que se le asignara la función de investigar y enjuiciar penalmente tales delitos si las jurisdicciones nacionales no cumplían adecuadamente con sus funciones (34). Por lo tanto, teniendo en

(31) Ver por todos, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Ed. Beacon Press, Boston, 1998, p. 9.

(32) La Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de los Menores ha llegado a la conclusión de que la impunidad es una de las razones principales de las violaciones continuadas de derechos humanos en todo el mundo (UNITED NATIONS COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Report on the Consequences of Impunity*, U.N. Doc. E/CN.4/1990/13).

En el caso de los Barrios Altos, la Corte Interamericana de Derecho Humanos declaró recientemente que una ley peruana de amnistía era nula, y, por lo tanto, privada de todo efecto jurídico. La Corte Interamericana llegó a esta conclusión tras declarar que, en principio, las leyes de amnistía son contrarias a la letra y espíritu de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

(33) Véase el párrafo quinto del Preámbulo del ER.

(34) Véase el párrafo décimo del Preámbulo del ER.

cuenta la claridad y rotundidad del lenguaje utilizado en el Preámbulo del ER, no puede ponerse en duda que los negociadores, al definir el objeto y fines del ER, se decantaron por las actuaciones penales en detrimento de las leyes de amnistía.

Pero a pesar de la indudable apuesta del Preámbulo del ER por las actuaciones penales frente a las leyes de amnistía, lo cierto es que los arts. 15.3 y 4, y 53. 1(c) ER, y la regla 48 RPP, atribuyen a los órganos competentes de la CPI una amplísima discrecionalidad no reglada que les permite rechazar la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI sobre una cierta «situación» de crisis porque con respecto de la misma se ha dictado una ley de amnistía. Por lo tanto, no se puede sino concluir que algunas de las opciones político-legislativas adoptadas en el Preámbulo del ER han sido posteriormente sutilmente revocadas, y, que, por lo tanto, aquellos órganos de la CPI que originalmente fueron concebidos para implementarlas, Fiscalía y Salas de Cuestiones Preliminares y Apelaciones, se han convertido de la noche a la mañana en auténticos legisladores. En otras palabras, debido a la reducción del nivel de compromiso político asumido por los Estados Partes en el ER, es imposible saber en la actualidad si el ER prohíbe las leyes de amnistía en cuanto que uno de los principales instrumentos a través de los cuales se genera y transmite el virus de la impunidad que la CPI está encargada de extirpar, o, si por el contrario, el ER legitima todas o sólo algunos tipos de leyes de amnistía (35). Además el poder para adoptar estas decisiones de política legislativa ha sido primariamente atribuido a la Fiscalía, y a través de la limitada revisión judicial de sus decisiones, a la Salas de Cuestiones Preliminares y de Apelaciones.

El problema es que estas decisiones político-legislativas no son en absoluto secundarias, sino que afectan a la esencia misma del ER. Así, si, como muchos creen, las leyes de amnistía son el instrumento a través del cual se propaga la impunidad, ¿cómo han podido los Estados Partes dejar en las manos de la Fiscalía, de la SCP y de la SA la decisión sobre si el ER prohíbe o no las mismas? Del mismo modo, si, como otros han sugerido, las leyes de amnistía constituyen indispensables monedas de cambio para inducir a los autores de los delitos más graves para la Comunidad Internacional a que acepten la paz y dejen el poder, ¿cómo es posible que los Estados Partes hayan atribuido a los órganos competentes de la CPI la decisión

(35) Sobre los diferentes tipos de leyes de amnistía y su carácter beneficioso o perjudicial para los procesos de transición democrática véase, BURKE-WHITE, W.W., *Reframing Impunity: Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation*, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 42, Verano 2001, pp. 467 y ss.

sobre la legalidad o ilegalidad de tan preciosos instrumentos de negociación? En todo caso, y al margen de cuales fueran las razones que llevaron a los Estados Partes a actuar de esta manera, lo importante es señalar que existe un buen número de razones para que los Estados Partes se mantengan fieles a los compromisos políticos asumidos en el Preámbulo del ER.

En primer lugar, la creación de una CPI especialmente diseñada para acabar con el virus de la impunidad es hoy tan necesaria como lo era cuando la Conferencia Diplomática de Roma aprobó el ER (36). En segundo lugar, hay que afirmar una vez más que la creación de un *órgano jurisdiccional interestatal de supervisión y control* que incentive a las jurisdicciones nacionales para que cumplan adecuadamente con sus funciones de investigación y enjuiciamiento de los autores de los delitos más graves para la Comunidad Internacional, y que coopere, si bien manteniendo su independencia, con el órgano político internacional encargado del mantenimiento y re-establecimiento de la paz y seguridad internacionales, es una idea bien pensada que ha sido diseñada cuidadosamente a lo largo de más de 50 años de consultas formales e informales.

Finalmente, la decidida elección de los enjuiciamientos penales frente a las leyes de amnistía recogida en el Preámbulo del ER no es, en nuestra opinión, tan desacertada como algunos pretenden hacernos creer. Así, aunque algunas leyes de amnistía cuidadosamente redactadas han sido útiles para inducir a los autores de los delitos previstos en el ER a que firmen la paz y dejen el poder como paso inicial en el proceso de transición democrática (37), es difícil negar que la más que alarmante ausencia de enjuiciamientos de los autores de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra ha generado un sentimiento generalizado de que los autores de estos delitos nunca serán sometidos a la acción de la justicia (38). De

(36) Aunque algunos pasos positivos, como el inicio del enjuiciamiento en el TPIY de Slobodan Milosevic, la emisión en Perú de un auto de procesamiento contra su antiguo presidente, Alberto Fujimori, o el uso que del principio de justicia universal han realizado los tribunales españoles y belgas en los casos de los antiguos dictadores de Chile y Chad, Augusto Pinochet y Hissene Habrè, han sido adoptados desde 1998, el virus de la impunidad se ha seguido extendiendo desde entonces. Así, recientes ejemplos de esta expansión son las prolongadas y complejas negociaciones entre las Naciones Unidas y el gobierno de Camboya para el establecimiento de un Corte Especial para el enjuiciamiento de los antiguos líderes del Khmer Rouge, y los esfuerzos de los Estados Unidos de América por conseguir la inmunidad frente a la CPI de los cascos azules desplazados en misión humanitaria a Bosnia-Herzegovina.

(37) Véase, BURKE-WHITE, W.W., *Reframing Impunity...*, pp. 518-529.

(38) Simplemente para dar algunos ejemplos, durante los últimos veinte años se han aprobado leyes de amnistía, entre otros, en los siguientes Estados: Argentina, Bosnia-Herzegovina, Camboya, Chad, Chile, Croacia, El Salvador, Eslovaquia, Filipinas, Guatemala, Haití, Honduras, Indonesia, República Checa, Sierra Leona, Sudáfrica, Sudán, Yugoslavia y Zimbabwe.

hecho, se ha entrado en una dinámica tal que, en última instancia, las leyes de amnistía están siempre en la agenda de las negociaciones de paz (39). Para acabar con esta cultura generalizada de impunidad que produce como resultado la continua comisión de nuevos delitos, el Preámbulo del ER apuesta decididamente por las actuaciones penales de manera que las leyes de amnistía no puedan ser utilizadas en el futuro como moneda de cambio. La razón que justifica esta importante decisión político-legislativa consiste en el hecho comprobado de que mientras los autores de los delitos más graves contra la Comunidad Internacional piensen que pueden obtener amnistía a cambio de paz, ni firmarán la paz ni abandonarán el poder a no ser que se les garantice que ni ellos ni sus más cercanos subordinados serán enjuiciados por los delitos cometidos.

El carácter masivo de los delitos que se cometen en ciertas situaciones de crisis, el elevado número de personas relacionados con los mismos, y la complejidad de sus investigaciones parece justificar, a primera vista, la atribución de amplios márgenes de discrecionalidad no reglada a la Fiscalía. Sin embargo, creemos que existen otras vías a través de las cuáles se puede abordar este problema que están mucho más en consonancia con el objeto y fines del ER tal y como se recogen en su Preámbulo. Entre ellas, merece especial atención la limitación del ámbito personal de la jurisdicción de la CPI a los más altos líderes de los grupos u organizaciones presuntamente involucrados en la ejecución de las campañas de delitos previstos en el ER.

Las experiencias de las actuaciones de la jurisdicción argentina en los ochenta y ruandesa en los noventa nos ha mostrado que es materialmente imposible enjuiciar a los miles, o incluso cientos de miles, de personas que han cometido alguno de los delitos previstos en el ER en ciertas «situaciones» de crisis (40). Por ello, se puede afirmar que la CPI no ha sido creada para controlar que las jurisdicciones nacionales investiguen y enjuicien a los presuntos responsables de todos y cada uno de los delitos previstos en el ER, ni tampoco para perseguir penalmente a los miles de autores de alguno de estos delitos que no hayan sido investigados y enjui-

(39) Comentario realizado por SCHEFFER, D. (antiguo embajador de los EE.UU. ante las Naciones Unidas) citados por SCHARF, M.P., *The Letter of the Law...*, p. 60.

(40) Como MCDONALD, G.K.(antigua Presidenta del TPIY) ha señalado , «by now, of course, there is certainly no question that the Tribunal's mandate and its limited resources require it to focus on the persons most responsible for violations of international law»(FELDE, K./MCDONALD, G.K./TIEGER, A./WLADIMIROFF, M., *War Crimes Tribunals: The Record and the Prospects. The Prosecutor v. Dusko Tadic*, en *American University International Law Review*, Vol. 13, 1998, pp. 1441 y ss., p. 1445).

ciados de buena fe por las jurisdicciones nacionales. Por ello, mientras los Estados Partes no enmienden el ER o las RPP, la Fiscalía, a los efectos de maximizar la eficacia de una institución que ha sido creada para prevenir y disuadir la comisión de los delitos más graves para la Comunidad Internacional mediante su lucha en la esfera internacional contra el virus de la impunidad que está paralizando a las jurisdicciones nacionales, debería utilizar su discrecionalidad no reglada para dirigir exclusivamente sus actuaciones contra los más altos líderes implicados en la comisión de tales delitos.

De esta manera, sólo las actuaciones desarrolladas por las jurisdicciones nacionales con respecto a estos líderes, y no los innumerables procedimientos penales que podrían abrirse contra la mayoría de los miembros de una institución como el ejército o la policía, serían objeto de la actividad de supervisión y control de la CPI en aplicación del principio de complementariedad. Además, sólo en el caso de que las jurisdicciones nacionales permaneciesen inactivas, fueren incapaces o no tuvieran una auténtica disposición para perseguir penalmente a estos líderes, los órganos competentes de la CPI activarían su jurisdicción abstracta con respecto a las situaciones de crisis en que tales campañas de delitos se cometieron. Finalmente, activada la jurisdicción abstracta de la CPI, sólo estos líderes podrían ser objeto de investigación y enjuiciamiento por la CPI.

Esta medida, acompañada de la obligación que el actual art. 54. 1 ER impone a la Fiscalía de realizar una investigación exhaustiva de todos los hechos que puedan haber dado lugar a la responsabilidad penal individual de aquellos líderes, así como de todas las circunstancias eximentes y atenuantes, garantizaría la documentación histórica de las atrocidades cometidas durante la situación de crisis de que se tratase. Asimismo, permitiría la concentración de la actividad de la CPI en el frente más estratégico en el que puede librar su batalla contra el virus de la impunidad: la persecución de los líderes de los grupos y organizaciones involucrados en la comisión de los delitos que más gravemente menoscaban los valores sobre los que se asienta la Comunidad Internacional. Finalmente, haría justicia a las víctimas mediante la documentación con la autoridad de cosa juzgada de los delitos cometidos durante la situación de crisis de que se tratase, el castigo de los líderes de los grupos u organizaciones involucrados en la comisión de tales delitos, y la entrega de compensaciones por los daños sufridos.

Pero, ¿qué sucedería entonces con aquella gran mayoría de autores de delitos previstos en el ER que habría sido excluida de la jurisdicción

personal de la CPI? En nuestra opinión, al quedar fuera de los criterios de oportunidad política de la Fiscalía, su persecución penal sería exclusivamente competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales. Y es precisamente aquí, al margen de la actuación de la CPI, donde las leyes de amnistía que incorporen mecanismos alternativos de declaración y realización de la responsabilidad derivada de la comisión de aquellos delitos podrían tener todavía un cierto papel que jugar. Así, aunque en el nuevo escenario aquí planteado los que hoy son señores de la guerra no podrían convertirse de la noche a la mañana en interlocutores de paz, las leyes de amnistía todavía podrían ser utilizadas como moneda de cambio para inducir al resto de miembros de un grupo o facción a que fueren a sus líderes a abandonar el poder. Además, incluso en el caso en que las leyes de amnistía no se considerasen monedas de cambio necesarias para la obtención de la paz, podrían todavía ser necesarias como instrumentos para favorecer la estabilidad de un Estado que está saliendo de una situación de crisis o para evitar el colapso de su sistema de justicia penal (41).

En el caso de que leyes de amnistía y Comisiones de la Verdad fueran finalmente la opción elegida por los Estados afectados, entendemos que las investigaciones y enjuiciamientos llevados a cabo por un órgano jurisdiccional interestatal como la CPI sobre los más altos líderes implicados en las campañas de delitos cometidos en las situaciones de crisis para las que se haya activado su jurisdicción abstracta, no restarían eficacia a la actuación de Comisiones de la Verdad a nivel nacional (42). De hecho, creemos que la situación contraria podría darse si en las propias leyes de amnistía se impusiera expresamente a sus beneficiarios la obligación de cooperar con las investigaciones y enjuiciamientos desarrollados por la CPI. Ahora bien, al valorar estas alternativas, creemos que los Estados afectados deberán prestar, en todo caso, especial atención a los problemas planteados por los autores materiales que actuaron de manera especialmente cruel e inhumana, y que, en nuestra opinión, deberían ser excluidos del ámbito de protección de toda ley de amnistía.

(41) Ver a este respecto, BROWN, A.S., *Adiós Amnesty: Prosecutorial Discretion and Military Trials in Argentine*, en *Texas International Law Journal*, Vol. 37, 2002, pp. 217 y ss.

(42) Sobre los potenciales problemas que su puedan derivar de la actuaciones simultánea de la CPI y Comisiones de la Verdad a nivel nacional sobre una misma «situación» de crisis, ver DUGARD, J., *Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions*, en *The Rome Statute.....*, Cassese, A. (Coord.), Capítulo 18. 18.3, pp. 693-704.

6. CRITERIOS PROPUESTOS PARA EL ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD

6.1. CRITERIOS PROPUESTOS PARA EL ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD DE «SITUACIONES»

En primer lugar, la Fiscalía debe determinar el alcance del análisis de admisibilidad de «situaciones» de crisis. En otras palabras, a la hora de analizar las actuaciones de los Estados afectados con respecto a los hechos que conforman los elementos contextuales de los delitos de la jurisdicción de la CPI que presuntamente se han producido en una cierta situación de crisis se deben tener en cuenta: (a) las actuaciones realizadas con respecto a todas las personas responsables por tales delitos (autores directos, superiores intermedios y líderes); o (b) solamente las actuaciones llevadas a cabo con respecto a los líderes de los grupos u organizaciones presuntamente involucrados en la comisión de los delitos. En nuestra opinión, a falta de una reforma del ER o de las RPP, la Fiscalía, por las razones expuestas en la sección anterior, debería utilizar la discrecionalidad no reglada que le atribuye el ER para optar por esta última opción.

Sobre esta base, la Fiscalía podría proponer a las Salas de Cuestiones Preliminares y de Apelaciones la aceptación de los siguientes criterios para determinación de la admisibilidad de una situación de crisis:

1. Supuestos de inacción *a priori* o *a posteriori* (art. 17.1 ER a contrario)

a) El umbral de inacción *a priori* se alcanza cuando los Estados afectados no han abierto ninguna investigación contra los miembros de los órganos de dirección de los grupos u organizaciones presuntamente involucrados en las campañas de delitos ocurridas en la «situación» de crisis de que se trate.

b) El umbral de inacción *a posteriori* se alcanza cuando durante un período de tiempo razonable los Estados afectados no hayan llevado a cabo ninguna actuación en desarrollo de las investigaciones o enjuiciamientos previamente iniciados. Se sugiere que un periodo razonable puede ser el periodo de seis meses al que el art. 18.3 ER se refiere a los efectos de la revisión por la Fiscalía de sus decisiones de inhibición.

c) La incapacidad de los Estados afectados para obtener la extradición de los presuntos responsables debería tratarse como un caso de inacción *a*

posteriori porque no sería correspondiente con la realidad el afirmar, conforme al art. 17.2 ER, que dichos Estados no tiene la disposición necesaria para llevar a cabo sus propias actuaciones. Además, el art. 17.3 no sería aplicable en estas circunstancias porque ha sido concebido para supuestos de colapso total o parcial, o de ausencia, de la administración de justicia de los Estados afectados.

2. Supuestos de «falta de disposición» de los Estados afectados cuando sus investigaciones y enjuiciamientos han sido completados

a) Si, a pesar de la existencia de indicios razonables sobre los elementos contextuales de los delitos de la jurisdicción de la CPI, las investigaciones que los Estados afectados han llevado a cabo sobre los integrantes de los órganos de dirección de los grupos u organizaciones presuntamente involucrados en la comisión de tales delitos no han resultado en ningún auto de apertura del juicio oral, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el umbral de la «falta de disposición» de los Estados afectados ha sido alcanzado.

b) Si, a pesar de la existencia de indicios razonables sobre los elementos contextuales de los delitos de la jurisdicción de la CPI, los autos de procesamiento y de apertura del juicio oral contra los integrantes de los órganos de dirección de los grupos u organizaciones presuntamente involucrados en la comisión de tales delitos no han resultado en ninguna condena, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el umbral de la «falta de disposición» de los Estados afectados ha sido alcanzado.

c) Si, a pesar de la existencia de indicios razonables sobre los elementos contextuales de los delitos de la jurisdicción de la CPI, el número de sobreseimientos es manifiestamente desproporcionado en relación con el número de miembros de los órganos de dirección de los grupos u organizaciones presuntamente implicados y con el carácter sistemático y/o generalizado de los delitos, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el umbral de «falta de disposición» ha sido alcanzado. Esta presunción tiene mayor razón de ser si el limitadísimo número de acusados con respecto de los que se abre el juicio oral es finalmente absuelto, o si se les impone penas desproporcionadamente reducidas en relación con la gravedad de los delitos.

d) En aquellos supuestos en que, a pesar de la existencia de indicios razonables sobre los elementos contextuales de los delitos de la jurisdicción de la CPI, las jurisdicciones nacionales han impuesto únicamente un

reducido número de condenas contra los miembros de los órganos de dirección de los grupos u organizaciones presuntamente implicados en la comisión de los delitos, especial atención deberá prestarse a: (i) la posición de las personas condenadas en dichos órganos de dirección; y (ii) la severidad de la penas en relación con la gravedad de los delitos.

3. Otros supuestos de «falta de disposición» de los Estados afectados

a) Cuando los actos de investigación llevados a cabo por los Estados afectados sean manifiestamente insuficientes en comparación con aquellos que se podrían haber desarrollado, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el umbral de «falta de disposición» de los Estados afectados ha sido alcanzado. Así mismo, cuando los medios de prueba obtenidos por los Estados afectados son manifiestamente insuficientes en relación con los medios de prueba que los Estados afectados tenían a su disposición en su territorio, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el umbral de «falta de disposición» de los Estados afectados ha sido alcanzado.

b) Cuando los crímenes imputados a los líderes procesados son manifiestamente inadecuados a la luz de los medios de prueba recogidos por los Estados afectados, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el umbral de «falta de disposición» de los Estados afectados ha sido alcanzado. Así mismo, cuando los medios de prueba introducidos en el juicio oral sean manifiestamente insuficientes a la luz de los medios de prueba recogidos durante la fase de instrucción por los Estados afectados, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el umbral de «falta de disposición» de los Estados afectados ha sido alcanzado.

c) Cuando las investigaciones y enjuiciamientos de los Estados afectados son irrazonablemente más largos que otras investigaciones y enjuiciamientos de similar complejidad por causas ajenas a los sujetos pasivos de las actuaciones, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el umbral de «falta de disposición» de los Estados afectados ha sido alcanzado.

4. Presunción de admisibilidad de una «situación» de crisis

Cuando la Fiscalía presente indicios razonables de que la «situación» es admisible, la cooperación de los Estados afectados sea necesaria para examinar en mayor detalle si la «situación» es admisible, la Fiscalía haya solicitado la cooperación de los Estados afectados, y los Estados afectados no

hayan cumplido con la solicitud de cooperación de la Fiscalía en un plazo razonable, se presumirá la admisibilidad de la «situación» de crisis de que se trate. Esta presunción podrá ser revocada sobre la base de la información que los Estados afectados presenten en el trámite del art. 18 ER.

6.2. CRITERIOS PROPUESTOS PARA EL ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD DE «CASOS»

Para determinar los criterios conforme a los cuales la admisibilidad de un «caso», «asunto» o «causa» debe ser analizada, es necesario prestar atención a los siguientes factores: (a) la necesidad de preservar un cierto margen de apreciación de los Estados afectados a los efectos de evitar que la CPI se convierta en un Corte Internacional de Apelaciones; y (b) el mayor nivel de especificidad que el análisis de la admisibilidad de un «caso» exige en comparación con el análisis de la admisibilidad de una situación de crisis. Como resultado, se sugiere que la Fiscalía proponga a las Salas de Cuestiones Preliminares, de Primera Instancia y de Apelaciones los siguientes criterios para el análisis de la admisibilidad de un «caso»:

1. Supuestos de inacción *a priori* ó *a posteriori*

a) El umbral de inacción *a priori* se alcanza cuando los Estados afectados no hayan abierto ninguna investigación contra la persona investigada o acusada.

b) El umbral de inacción *a posteriori* se alcanza cuando durante un período de tiempo razonable los Estados afectados no hayan llevado a cabo ninguna actuación en desarrollo de las investigaciones o enjuiciamientos previamente iniciados. Se sugiere que un periodo razonable puede ser el periodo de seis meses al que el art. 18.3 ER se refiere a los efectos de la revisión por la Fiscalía de sus decisiones de inhibición

2. Supuestos de «falta de disposición» de los Estados afectados cuando sus investigaciones y enjuiciamientos han sido completados

a) Cuando ningún juez razonable hubiera concluido que los medios de prueba obtenidos durante la instrucción del sumario justifican el sobresei-

miento de las actuaciones, se considerará que el umbral de «falta de disposición» ha sido alcanzado.

b) Cuando ningún juez razonable hubiera concluido que la pena impuesta refleja la gravedad de los crímenes por los que el acusado ha sido condenado, se considerará que el umbral de «falta de disposición» ha sido alcanzado.

3. Otros supuestos de «falta de disposición» de los Estados afectados

a) Cuando ningún juez razonable hubiera concluido que los actos de investigación llevados a cabo por los Estados afectados son suficientes a la luz de los que podrían haberse adoptado, se considerará que el umbral de «falta de disposición» de los Estados afectados ha sido alcanzado. Del mismo modo, cuando ningún juez razonable hubiera concluido que los medios de prueba recogidos por los Estados afectados son suficientes a la luz de los medios de prueba a su disposición en su territorio, se considerará que el umbral de «falta de disposición» ha sido alcanzado.

b) Cuando ningún juez razonable hubiera concluido que los crímenes imputados al procesado son apropiados a la luz de los medios de prueba recogidos por los Estados afectados, se considerará que el umbral de «falta de disposición» ha sido alcanzado. Así mismo, cuando ningún juez razonable hubiera concluido que los medios de prueba introducidos en el juicio oral son suficientes a la luz de los medios de prueba recogidos durante la fase de instrucción por los Estados afectados, se considerará que el umbral de «falta de disposición» de los Estados afectados ha sido alcanzado.

c) Cuando la investigación y/o el enjuiciamiento de los Estados afectados es irrazonablemente más largo que otras investigaciones y enjuiciamientos de similar complejidad por causas ajenas a los sujetos pasivos de las actuaciones, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el umbral de «falta de disposición» de los Estados afectados ha sido alcanzado.

4. Presunción de admisibilidad de un «caso»

Cuando la Fiscalía presente indicios razonables de que un «caso», «asunto» o «causa» es admisible, la cooperación de los Estados afectados sea necesaria para examinar en mayor detalle si el «caso» es admisible, la Fiscalía haya solicitado la cooperación de los Estados afectados, y los

Estados afectados no hayan cumplido con la solicitud de cooperación de la Fiscalía en un plazo razonable, se presumirá la admisibilidad del «caso» de que se trate. Esta presunción podrá ser revocada sobre la base de la información que los Estados afectados presenten en las actuaciones del art. 19 ER.

EL URBANISMO Y LA LEGISLACIÓN DE DEFENSA

Rafael Ruiz Manteca
Coronel Auditor

SUMARIO

I. Introducción. II. Antecedentes. La Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 y el texto refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976. III. La situación actual. La Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, y el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. 1. Planteamiento de conjunto. 2. El planeamiento. Análisis de la disposición adicional primera de la Ley 6/1998. A. Carácter y procedencia de esta norma. B. Instrumentos de planificación atañidos. La incidencia. C. Terrenos, edificaciones e instalaciones afectos a la Defensa Nacional. a) Los terrenos, edificaciones e instalaciones. b) La Defensa Nacional. c) La afección. Significado de este término. d) El dominio público militar. Afectación y desafección de bienes inmuebles a la Defensa Nacional. e) Limitaciones de los derechos sobre bienes inmuebles. Las zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional. D. El informe preceptivo de la Administración General del Estado. a) Departamento responsable de su elaboración: La Subdirección General de Patrimonio del Ministerio de Defensa. b) Tramitación y régimen jurídico. 3. Intervención administrativa. El artículo 244 del Decreto Legislativo 1/1992. Exigencia de licencia municipal y situaciones de urgencia o excepcional interés público. 4. La normativa autonómica vigente. 5. El principio de coordinación en esta materia. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Es sabido que el fenómeno urbanístico es un hecho reciente, que tiene su nacimiento en el primer tercio del s. XX, pues con anterioridad la socie-

dad eminentemente rural hasta entonces existente (1) no mostró preocupación por el desarrollo ordenado de las ciudades ni por los problemas derivados del aumento poblacional, ciertamente ralentizado hasta bien entrado el siglo XIX.

Pero a partir de la revolución industrial se produjo un espectacular incremento del número de habitantes de las ciudades, muchos de ellos en situación de penuria que les imposibilitaba encontrar viviendas dignas, por lo que proliferaron los barrios obreros surgidos de cualquier modo y sin las necesarias condiciones de salubridad, lo que aconsejó a los rectores municipales a tomar cartas en el asunto, tanto en el sentido de acometer la consecución de nuevos territorios o zonas de ensanche de la ciudad, como de regular las nuevas construcciones a fin de que las mismas reuniesen auténticas condiciones de habitabilidad.

Si el urbanismo comenzó siendo un fenómeno de aplicación exclusiva a las ciudades, posteriormente implicó la ordenación de la totalidad del territorio, como concepto superior que habría de englobar el concepto inicial de urbanismo, entendido en los primeros momentos como ciencia de las agrupaciones urbanas y de los trazados urbanos (2). En ello ha tenido fuerte influencia el fenómeno, surgido ya en el s. XX, de la urbanización de los extrarradios de las ciudades, buscados por amplios sectores de la población como manera de escapar de los agobios propios de la gran ciudad, pero cuya razón de ser estribaba sobre todo en el hecho de no tener aquéllos posibilidades reales de acceder a una vivienda en la propia ciudad, debido al encarecimiento espectacular de la misma. Pero también ha influido de manera notoria en la nueva concepción del urbanismo la consideración de que la ciudad tiene un innegable ámbito de influencia en su contorno, por lo que las previsiones sobre ella debían ampliarse a éste, y aún más, a todo el territorio, sobre el que la población se extiende cada vez en mayor medida, y al que somete incesantemente a diversos y plurales usos.

Sea como fuere, hoy el urbanismo es un fenómeno social en el que se dan importantísimos aspectos jurídicos, pero también económicos, ambientales o ecológicos, e incluso militares, entendiéndose por tales aquellos aspectos en que el territorio tiene importancia en la prestación del servicio público de la defensa, encomendado como es sabido de manera

(1) MARTIN REBOLLO, L., en «Código de las Leyes Administrativas», *Estudio Preliminar a la Ley del Suelo y Ordenación Urbana*. Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998, pág. 1940.

(2) FISAC, M. Voz Urbanismo I en «*Gran Enciclopedia RIALP*». Pág. 118.

exclusiva al Estado (3), pero en el que todos los españoles deben participar, como más adelante tendremos ocasión de señalar.

Es propósito de este trabajo, no tanto sentar las bases del régimen jurídico de los bienes inmuebles militares, lo que ha sido ya objeto de estudio por diversos tratadistas (4), sino plantear la situación actual de la armonización entre la normativa urbanística y la que regula la propiedad inmueble afectada por motivos de la defensa nacional, que tras pasar una etapa de desencuentro ciertamente amplia en el tiempo, en la que se podría decir sin temor alguno al error que tal armonización no existía en absoluto (5), hoy se encuentra por fin encauzada, aunque todavía se debe profundizar en la senda emprendida, como tendremos ocasión de precisar. Debemos adelantar que en la expresión «propiedad inmueble afectada a la defensa nacional» incluimos tanto a los bienes inmuebles de propiedad privada, como a los bienes demaniales, esto es, a los bienes afectos propiamente a la defensa nacional, de titularidad pública estatal (pues no es posible otra titularidad pública sobre ellos, al ser la defensa nacional competencia exclusiva del Estado, como es sobradamente sabido).

Y este estudio lo abordaremos desde dos puntos de vista, tradicionalmente conflictivos, el del planeamiento, concretamente, la adecuación de los distintos planes a las exigencias de la defensa nacional, y el de la intervención urbanística, mediante el análisis de la necesidad o no de licencia municipal para las obras y actuaciones promovidas por el Ministerio de Defensa y los Ejércitos.

(3) Que lo presta a través de las Fuerzas Armadas.

(4) Véase FERNANDEZ-PIÑEYRO Y HERNANDEZ, E., «Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares», Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995; RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., «El Derecho Urbanístico militar. Gestión y protección de los recursos inmobiliarios de la defensa nacional», en Revista Española de Derecho Militar, números 44 al 49, 1988; MORILLO-VELARDE PEREZ, J.I., «El destino de los inmuebles desafectados de la defensa nacional», trabajo realizado en el marco del proyecto «Las nuevas perspectivas del Derecho Administrativo», financiado por la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología; FERNANDEZ FERNANDEZ, J.L., «Zonas de interés para la defensa nacional en relación con el planteamiento urbanístico y con los espacios naturales protegidos», ponencia presentada en las II Jornadas del Grupo Español de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de la Guerra, celebradas en Madrid los días 10 y 11 de noviembre de 1999.

(5) A este respecto, Fernández-Piñeyro achaca tal circunstancia al hecho de haber coincidido, tanto en uno como en otro sector, legislaciones con fuertes resabios centralistas, de las que no era fácil extraer elementos de cooperación y colaboración entre Administraciones, indispensables hoy día para operar en temas como el que nos ocupa. *Ob. cit.*, página 295.

II. ANTECEDENTES. LA LEY DEL SUELO DE 12 DE MAYO DE 1956 Y EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO DE 9 DE ABRIL DE 1976

En España el Derecho Urbanístico nace con la Ley del Suelo de 1956, de la que a juicio de Martín Rebollo se deducen dos ideas centrales (6), por un lado que el urbanismo es una función pública, y por otro, que el Plan es el quicio del sistema. En efecto, si inicialmente la tarea de urbanizar es básicamente una tarea privada, con el paso del tiempo y como consecuencia de factores sociales, económicos y políticos, son las Administraciones (primero en el tiempo la municipal, más tarde la estatal), las que se ocupan de crear el régimen jurídico del suelo y hacerlo cumplir. Se otorga a la propiedad privada unas facultades, entre las que no están las de edificar, por contra a lo que había sido normal a tenor de la regulación iusprivativista contenida en el Código Civil. Precisamente la facultad de edificación la va a otorgar la norma urbanística por excelencia, el Plan, que concede a la propiedad un plusvalor, que es precisamente la posibilidad de edificar, y esa plusvalía que se genera con la edificación (o urbanización) debe revertir a la comunidad, matiz esencial en el entramado que justifica la intervención de la Administración en el sistema. Por lo demás, el Plan es de carácter vinculante, pues reviste la naturaleza de auténtica norma jurídica, que obliga a todos, Administración y propietarios.

Si bien la Ley de 1956, fue una Ley técnicamente buena e innovadora, falló en cuanto a su aplicabilidad, pues no llegaron a realizarse los planes previstos (sobre todo a nivel municipal), y no se consiguieron los fines que, a tenor de su exposición de motivos, se pretendían con ella, esto es, encauzar los flujos migratorios (7) y atajar la especulación.

Por lo que respecta al tema que nos ocupa, ninguna referencia a las exigencias de la defensa nacional se encuentra en la citada Ley. Sólo cabe mencionar que como quiera que los planes provinciales y comarcales (redactados por la Diputación Provincial) debían ser aprobados definitivamente por la Comisión Nacional de Urbanismo (artículo 28 de la Ley), de la que formaban parte representantes de los Ministerios militares entonces existentes, cabe entender fundadamente que éstos podían estar al tanto e influir en el tratamiento y consideración urbanística que en los planes cita-

(6) MARTÍN REBOLLO, L., *Ob.cit.*, página 1943.

(7) La verdad es que el movimiento migratorio en los años inmediatamente siguientes a la entrada en vigor de la Ley, desbordó sobradamente las previsiones que incluso los más optimistas hubieran podido efectuar, como consecuencia de la bonanza económica producida en los mismos, y el atractivo imparable de las ciudades.

dos se dieran a los bienes afectos a la defensa nacional y los patrimoniales administrados por estos Ministerios, ubicados en el ámbito de dichos planes, como medio de que las directrices contenidas en los mismos pudieran ser tenidas en cuenta en los planes municipales (redactados o formulados por los Ayuntamientos, pero aprobados definitivamente por la Comisión Central de Urbanismo o las Comisiones Provinciales, según se refirieran a capitales de provincia y municipios de más de 50.000 habitantes, o no), especialmente, en los planes de ordenación urbana. Por otro lado, y por lo que hacía referencia a las licencias urbanísticas, competencia municipal según el artículo 166 de la Ley, cuando los proyectos y actuaciones de contenido urbanístico se formularan por algún órgano del Estado (como es el caso de los Ministerios militares o autoridades jurisdiccionales de los Ejércitos), el titular del mismo debía ponerlo previamente en conocimiento del Ayuntamiento, el cual debía notificarle la conformidad o disconformidad con los Planes de ordenación, y sólo en caso de disconformidad, la ejecución del proyecto se sometía a decisión del Consejo de Ministros (8), deduciéndose de lo expuesto que en los casos de proyectos formulados por órganos estatales no era precisa la obtención de la licencia municipal.

La Ley de 1956 fue objeto de reforma por Ley 19/1975, de 2 de mayo, que incorpora nuevos elementos técnicos, y cuya disposición final 2.^a autorizaba al Gobierno a dictar un texto refundido de ambas leyes, lo que se llevó a cabo por Decreto 1346/1976, de 9 de abril. A nuestro juicio, la principal virtud de esta reforma consistió no tanto en la incorporación de nuevos tipos de planes, sino en el establecimiento de los llamados estándares urbanísticos, que eran patrones o criterios sustantivos a los que obligatoriamente y con carácter mínimo debían acomodarse los planes, con la finalidad de evitar la desmesurada tendencia a la discrecionalidad de quienes los elaboraban.

Pero el citado texto refundido no pudo dar solución al problema de los antiguos cascos históricos de las ciudades, cuya recuperación no era posible con las técnicas contempladas en el Decreto, que al igual que en la Ley de 1956, estaban destinadas o ideadas para conseguir el crecimiento y desarrollo urbano y la búsqueda de nuevo suelo urbanizable (9), pero que no eran

(8) Resulta curioso comprobar, con la mentalidad existente hoy día, mediatizada por la absoluta separación de las competencias entre Administraciones Públicas, cómo se difuminaban en esos años las competencias, y sobre todo, el fuerte sometimiento de la Administración Local a la del Estado, hasta casi parecer una prolongación de la misma.

(9) El volver a mirar hacia los cascos antiguos venía exigido en gran medida por una población que no podía embarcarse en la adquisición de viviendas en las afueras, como consecuencia de la aparición de épocas de crisis, concretamente la operada con carácter mundial a principios de los años setenta, seguida en nuestro país por la derivada del período de transición política, y los altísimos niveles de inflación padecidos.

adecuadas para operar sobre suelo urbano consolidado. Por lo demás, el texto de 1976 fue desarrollado por tres reglamentos básicos: el de Planeamiento Urbanístico (aprobado por Decreto 2159/1978, de 23 de junio), el de Disciplina Urbanística (aprobado por Decreto 2187/1978, de la misma fecha), y el de Gestión Urbanística (aprobado por Decreto 3288/1978, de 25 de agosto).

En relación con la defensa nacional, el Decreto contiene una primera y única referencia a la misma, concretamente en su artículo 180. Este precepto, rompiendo la línea de la Ley de 1956 (10) exigió licencia municipal para todos los actos de edificación y uso del suelo que se promoviesen por órganos del Estado, aunque cuando existiesen razones de urgencia o excepcional interés público el Ministro competente por razón de la materia podía acordar la remisión del proyecto en cuestión al Ayuntamiento correspondiente, para que éste notificase la conformidad o disconformidad del mismo con el planeamiento urbanístico en vigor (11), de lo que cabía concluir, como se dijo, que en caso de que tales razones no concudiesen, el órgano estatal debía contar para su actuación con la preceptiva licencia municipal. Pero lo realmente novedoso era la facultad de suspensión de las obras que se otorgaba al Ayuntamiento, excepto cuando las mismas afectasen directamente a la defensa nacional, en cuyo caso la decisión de suspensión sólo competía al Consejo de Ministros, previa propuesta del Ministro de la Vivienda a solicitud del Ayuntamiento respectivo, e informe del Ministerio militar respectivo o del Alto Estado Mayor (12).

Por lo demás, en lo que atañe a la elaboración y formación de los planes, los Directores Territoriales de Coordinación debían ser aprobados definitivamente por el Consejo de Ministros, los planes comarcales y municipales de las capitales de provincia y municipios de más de 50.000 habitantes serían aprobados por el Ministro de la Vivienda, y los de los restantes municipios, por las Comisiones Provinciales de Urbanismo (artículo 35 del Decreto), estando previsto que los Departamentos ministeriales que no hubiesen intervenido en la elaboración de los Planes Directores Territoriales de Coordinación y estuviesen interesados por razón de su competencia, pudiesen emitir informe (artículo 39.1), e igualmente que los Planes Generales Municipales de Ordenación fuesen informados, antes de su aprobación definitiva por el Ministro de la Vivienda, por la Comisión Central de Urbanismo (artículo 40.1 b), órgano de este Ministerio en el

(10) En realidad la ruptura la llevó a cabo la Ley 19/1975.

(11) En caso de disconformidad seguía siendo el Consejo de Ministros quien tomaba la decisión de ejecutar el proyecto, y, en este caso, debía ordenar la iniciación del procedimiento de modificación o revisión del planeamiento. Artículo 180.2.

(12) Actual Estado Mayor de la Defensa.

que se integraban representantes de los demás, por lo que la intervención de las autoridades militares en la redacción de los planes, aún siendo posible de manera teórica, se convertía en inexistente en la práctica, como consecuencia de la mayor complicación del sistema.

En esta situación es aprobada la Constitución, con la que la atribución de competencias en esta materia urbanística se ve alterada sustancialmente, pues frente a las tradicionales competencias municipales y estatales, se alzan ahora las correspondientes a las Comunidades Autónomas, que además resultan ser sencillamente esenciales. Así, el artículo 148.1.3.^a otorga a las Comunidades Autónomas la competencia sobre la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda, y si bien dicha concesión competencial no es obligatoria (mejor diríamos automática) en virtud del llamado principio dispositivo, queda a la libre determinación del Estatuto de Autonomía si tal competencia es aceptada o asumida por tal o cual Comunidad Autónoma, si lo es exclusivamente o de manera compartida con el Estado, y si asume tanto la función de legislar como la de gestionar o ejecutar, o sólo esta última. Pues bien, pasados ya varios años desde la entrada en vigor de la Constitución y de la totalidad de los estatutos de autonomía, cabe decir que ninguno de ellos ha dejado de asumir un ápice de competencias en esta materia, debiendo añadirse por otro lado que no había en el texto constitucional base alguna para que las competencias municipales (primitivo soporte del urbanismo) sufriesen merma alguna, al menos en las tareas de gestión, por lo que obviamente las mismas siguen hoy día en manos de los Ayuntamientos. La conclusión no ha podido ser otra que la fuerte restricción de las posibilidades del Estado de operar sobre esta materia, como más adelante tendremos ocasión de reseñar.

III. LA SITUACION ACTUAL. LA LEY 6/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE REGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES, Y EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY SOBRE REGIMEN DEL SUELO Y ORDENACION URBANA, APROBADO POR DECRETO LEEGISLATIVO 1/1992, DE 26 DE JUNIO

1. PLANTEAMIENTO DE CONJUNTO

El texto refundido de 1976 sufrió una importante modificación por Ley 8/1990, sobre reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, de cuya exposición de motivos extrae Martín Rebollo la conclusión

de que la Ley supone básicamente (13) una modificación del régimen de los derechos de los propietarios de suelo ampliando los deberes y vinculando más estrechamente la adquisición de esos derechos al cumplimiento en plazo de dichos deberes. En efecto, este autor considera que se escalafonan los siguientes derechos: el derecho a urbanizar, esto es, a modificar físicamente el terreno y que se adquiere con la aprobación del Plan preciso según el tipo de suelo; el derecho al aprovechamiento, «que se adquiere con el cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización en el plazo previsto»; el derecho a edificar, que se adquiere con la obtención de la licencia; y el derecho a la edificación, mediante el que se incorpora al patrimonio del sujeto lo edificado con arreglo a la licencia concedida, y que se consolida pasados cuatro años desde la terminación de las obras. Y siendo de destacar que se prevé la pérdida de estos derechos si no se cumplen en plazo, como se dijo, los correspondientes deberes.

Estas importantes modificaciones operadas por la Ley 8/1990 trajeron como consecuencia un nuevo texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, durante cuya vigencia el Tribunal Constitucional pronunció, como es sabido, dos importantes sentencias (14) que dejaron maltrecho el citado texto refundido y que han tenido una importancia tremenda en el enfoque y consideración de las competencias sobre urbanismo desde que fueron dictadas. En efecto, la STC de 20 de marzo de 1997, consideró que se habían desbordado ampliamente las competencias estatales, por lo que declaró inconstitucionales todas las normas del texto refundido que se habían aprobado con carácter básico y con carácter supletorio, a tenor de la clasificación que hacía la disposición final única, 4, del mismo, ya que, dicho brevemente, en esta materia el Estado no puede contar con derecho propio si no tiene un título competencial específico, y se anularon también otros cuantos artículos a los que esa misma disposición catalogaba como de aplicación plena, porque los títulos competenciales aducidos no eran correctos en gran medida (15). Resultado de ello fue que el texto de 1992 quedó reducido aproximadamente a una cuarta parte de su extensión original, siendo aún mayor la reducción tras la posterior STC de 25 de junio del mismo año 1997, que

(13) MARTÍN REBOLLO, L., *ob. citada*, página 1946.

(14) En realidad fueron impugnadas tanto la Ley 8/1990 como el RDL 1/1992 por un buen número de Comunidades Autónomas.

(15) Concretamente, los basados en el artículo 148.1.3.ª CE, desde el momento en que todos los Estatutos de autonomía habían asumido con carácter exclusivo las competencias sobre urbanismo. El resto de los títulos competenciales utilizados para dictar las citadas normas de aplicación plena fueron considerados válidos por el Constitucional.

consideró que se había producido un exceso del Gobierno en la delegación que le hizo la ley 8/1990, por lo que algunos de los artículos de aplicación plena que se habían salvado del anterior recorte, fueron ahora también declarados inconstitucionales.

Ante tal grado de confusión (16), se hizo necesario dictar una nueva disposición que fuese respetuosa con las indicadas sentencias, y sobre todo que pusiera orden en la situación de indefinición mencionada. Ello se llevó a cabo mediante la publicación de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones, cuya exposición de motivos reconoce que el Estado carece de competencias en materia de urbanismo (punto 1), y que sólo puede aportar soluciones parciales a los objetivos políticos que indirectamente se deducen de la misma exposición, esto es, el abaratamiento de la vivienda mediante una ampliación de la oferta de suelo (punto 2), y una flexibilización y simplificación del ordenamiento que regula el sector, con la finalidad de que los legisladores autonómicos y las Administraciones competentes puedan desplegar las adecuadas políticas urbanísticas (puntos 2 y 3). Las exigencias competenciales se salvan asignando carácter de legislación básica a una serie de preceptos relacionados con el derecho de propiedad del suelo, expropiación forzosa, valoraciones, responsabilidad administrativa y procedimiento administrativo común, y carácter exclusivo a los restantes (disposición final única), al incidir en materias sobre las que el Estado tiene competencia de tal naturaleza, y entre ellas, como tendremos ocasión de estudiar, la relativa a las exigencias de la defensa nacional, objeto de este trabajo.

Por lo demás, la Ley deroga el texto refundido de 1992 (y la Ley de 1997, en los preceptos relativos al urbanismo), a excepción de una serie de preceptos que, en consecuencia, hay que seguir entendiendo vigentes. Y es momento de preguntarse el porqué de esta vigencia, una vez producida la entrada en vigor de la Ley 6/1998. La razón podría estribar en que propiamente esta ley no es una ley que regule la materia urbanística, es decir, no es derecho urbanístico, pues su finalidad es simplemente enmarcar y condicionar la normativa autonómica, en expresión de Martín Rebollo (17). Pero lo mismo cabe predicar del RD Legislativo 1/1992, concretamente de los artículos que el Tribunal Constitucional consideró constitucionales y, por tanto, subsistentes. Desde luego, la Ley 6/1998 no se pronuncia, en su exposición de motivos, sobre tal extremo, pero cabe entender que el motivo podría radicar, a mi entender, en no incidir más que lo imprescindible

(16) Aumentada por la entrada en vigor de la Ley 7/1997, de 14 de abril, coetánea a las dos sentencias mencionadas, que modificaba el texto refundido de 1992.

(17) MARTIN REBOLLO, L., *ob. citada*, página 1966.

sobre aquellas materias que habían quedado libres de la tacha de inconstitucionalidad después de las sentencias de 1997 (sobre todo, de la primera), a fin de no dar lugar a mayores dosis de confusionismo. Pero creo que el precio pagado ha sido excesivamente alto, pues la complejidad en la materia (sistema de fuentes) subsiste en grado sumo desde el momento en que se tienen que manejar dos textos complementarios, amén de la legislación autonómica y el Derecho estatal supletorio. Además, si se pretendía no dar ocasión (o disminuirla) a que la nueva Ley fuese recurrida de inconstitucionalidad, tal pretensión quedó en vana después de que por ciertas autonomías se planteara el inevitable recurso de inconstitucionalidad, tras su entrada en vigor. Por ello creo que se perdió la oportunidad de reunir en un solo texto todo el ordenamiento estatal de aplicación exclusiva y básica.

2. EL PLANEAMIENTO. ANÁLISIS DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 6/1998

La redacción literal del precepto citado es la siguiente:

«Los instrumentos de planificación territorial y urbanística, cualquiera que sea su clase y denominación, que incidan sobre terrenos, edificaciones e instalaciones, incluidas sus zonas de protección, afectos a la Defensa Nacional, deberán ser sometidos, respecto de esa incidencia, a informe vinculante de la Administración General del Estado con carácter previo a su aprobación».

Comenzaremos analizando el carácter de esta disposición adicional, para a continuación interpretar su alcance y significación.

A. Carácter y procedencia de esta norma

Según lo previsto en la disposición final de la Ley 6/1998 (18), la presente disposición adicional se dicta de acuerdo con competencias exclusi-

(18) La citada disposición final dispone: «Tienen el carácter de legislación básica en virtud de lo previsto en el artículo 149.1.13.ª, 18.ª y 23.ª de la Constitución Española y, en su caso, de condiciones básicas del ejercicio de los derechos a tenor de lo dispuesto por el artículo 149.1.1.ª del propio texto constitucional, los siguientes preceptos: 1; 2; 3; 4; 5; 6; 7; 8; 9; 10; 11; 12; 13; 14; 15; 16; 17; 18; 19; 20; 34; 41; 42; 43; 44.1; disposiciones adicionales segunda, tercera, cuarta y quinta; y disposiciones transitorias primera, segunda, tercera y cuarta, correspondiendo los restantes a la competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149.1.4.ª, 8.ª y 18.ª del citado texto».

vas del Estado, ya que no se encuentra entre los preceptos (artículos y disposiciones adicionales y transitorias) expresamente recogidos en aquélla, a los que se otorga el carácter de legislación básica. Y debe significarse que entre los diversos títulos competenciales que cita, es el artículo 149.1.4.^a el que resulta aplicable al precepto objeto de comentario, esto es, el que hace referencia a la Defensa y Fuerzas Armadas. Por tanto, debe entenderse como de aplicación plena e indisponible para las Comunidades Autónomas.

No se encuentra ninguna norma de igual o similar redacción en la legislación urbanística anterior, aunque era necesidad sentida de antiguo por la doctrina el que con anterioridad a la aprobación de los distintos instrumentos urbanísticos, los órganos competentes pudiesen contar con un informe que determinase de manera específica las necesidades de la defensa nacional en el territorio a que aquellos instrumentos fuesen a extender su eficacia. En efecto, ya en el año 1988 Rodríguez-Villasante y Prieto manifestaba que «sería conveniente establecer la necesidad de que cuando el planeamiento afectare a Entidades Públicas se conceda especial audiencia a los representantes de las mismas recabando su preceptivo informe, sin que sea bastante el período de información pública que sería suficiente para garantizar intereses particulares» (19), con lo que se hacía eco de la dificultad que encontraban las autoridades militares a la hora de que se les escuchase en el momento de la redacción de los planes, de tal manera que únicamente a través del período de información pública podían, como legítimos valedores de las necesidades de la defensa nacional, presentar las oportunas alegaciones (20).

Y quizás este sea el momento de indicar que si bien es la primera vez que una norma urbanística contiene una disposición dirigida a coordinar los intereses de la defensa nacional con los propiamente urbanísticos (siendo de destacar que la normativa sectorial de defensa continua sin tener ninguna referencia al respecto, dada su antigüedad y carácter obsoleto), sí ha habido y hay normas de carácter urbanístico que persiguen armonizar, con carácter general, esos intereses urbanísticos con otros de naturaleza diversa que puedan coexistir. Así, el artículo 39.1 del texto refundido de 1976 preveía, durante el procedimiento de aprobación de

(19) RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., *ob. citada*. Página 33.

(20) Lo que por otro lado había sido ampliamente criticado, pues no resultaba comprensible que la consideración de unos intereses generales de tanta importancia como los referentes a la defensa nacional quedasen equiparados a estos efectos a simples intereses particulares. Véase también FERNANDEZ-PIÑEYRO Y HERNANDEZ, E., en *ob. citada*, página 314.

los Planes Directores Territoriales de Coordinación, la posibilidad de informe de los Departamentos Ministeriales que no hubiesen intervenido en la elaboración del plan. Este mismo trámite de informe estaba previsto (artículo 43.2) en la tramitación de los Planes Especiales. Y actualmente, el artículo 113.2 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, en la tramitación de estos mismos Planes Directores Territoriales de Coordinación, dispone que «deberá asegurarse el trámite de información pública y de audiencia a la Administración del Estado en aquellos aspectos que sean de su competencia, y a las Entidades locales afectadas», siendo de destacar, primeramente, que se trata de una norma vigente al no haberla declarado inconstitucional la STC de 20 de marzo de 1997, y no haber sido derogada por la Ley 6/1998, y en segundo lugar, que tras su lectura se sobreentiende que los Planes Directores a que se refiere son claramente los de ordenación territorial, competencia de la Comunidades Autónomas.

Además existen precedentes en otros ordenamientos sectoriales, en los que se ha conseguido armonizar las exigencias de la realidad regulada con el planeamiento urbanístico, como ha ocurrido significativamente con la legislación de aguas, carreteras y costas (21). Sin perjuicio de profundizar en estas consideraciones más adelante, no nos cabe ninguna duda de que la aparición de estas normas, por otro lado, absolutamente necesarias, ha influido en que estas mismas técnicas acaben utilizándose también en relación con los intereses de la Defensa Nacional.

Por lo demás, juzgamos adecuada la ubicación del precepto como disposición adicional, dado que ni la materia a la que se refiere puede ser incluida entre las tratadas en los diferentes Títulos de la Ley, ni aisladamente considerada tiene entidad para conformar un Título diferenciado dentro del propio cuerpo legal.

(21) Fue pionero el artículo 28 de la Ley de Montes, de 8 de junio de 1957, que ya en esa temprana fecha disponía que «cuando la aprobación de un Plan *general parcial* con arreglo a la Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956, afectara a un monte de utilidad pública, será necesario el previo informe del Ministerio de Agricultura». Más tarde el artículo 41.3 de la Ley de Aguas de 1985 disponía que las previsiones de los planes hidrológicos debían ser respetadas en los diferentes instrumentos de ordenación urbanística del territorio. Hoy tal exigencia viene contenida en el artículo 43.3 del vigente texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por R.D. Legislativo 1/2001, de 20 de julio. Véanse también los artículos 117 de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988, el 10.2 de la Ley de Carreteras, de 29 de julio de 1988, y el 18 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, de 24 de noviembre de 1992

B. Instrumentos de planificación atañidos. La incidencia

Si bien la disposición adicional que estudiamos se limita a emplear la expresión «instrumentos de planificación territorial y urbanística», sin hacer ninguna especificación respecto a qué tipos de planes son los que deben ser informados, con carácter previo a su elaboración, por la Administración General del Estado, debemos hacer una reflexión acerca de tal cuestión, pues afirmar, sin más, que todos los planes deben contar con tal requisito, a la hora de su aprobación, se nos figura, en principio, excesivo.

Innecesario resulta recordar que la determinación de los distintos tipos de planes viene hecha por la legislación urbanística autonómica, y que la legislación estatal en esta materia está constituida, con carácter supletorio, por el texto refundido de 1976, pues aunque subsisten en vigor, con carácter básico, algunos artículos de la Ley de 1992, no declarados inconstitucionales por la STC de 1997 y no derogados por la Ley 6/1998, tales preceptos (que son realmente pocos) no afectan a la cuestión que ahora nos ocupa. Por tanto resulta importante destacar que la denominación, naturaleza y clasificación de los planes son las especificadas en las distintas leyes autonómicas, que sin embargo no se apartan en este punto entre sí, ni difieren sustancialmente de la denominación y alcance que a los planes concedía la legislación estatal ahora derogada.

Conviene recordar que los planes diseñan el modelo territorial (pues clasifican el suelo, lo califican zonificándolo y atribuyéndole carácter residencial o industrial, fijando emplazamientos, viales, zonas verdes, equipamientos y servicios, y concretando las características, incluso estéticas, que se quieren lograr), y son los que prevén el modo de ejecución (es decir, los que contemplan cómo ha de pasarse de la situación real existente a la que se pretende mediante la urbanización y, en su caso, la edificación). También es conveniente significar que cuando la disposición adicional primera distingue entre instrumentos de ordenación territorial y urbanística, está abundando en la diferenciación existente hoy día entre lo que se conoce como ordenación del territorio, y el planeamiento urbanístico propiamente dicho. Es más, tal diferenciación ha llevado en ocasiones a hablar de instrumentos de ordenación territorial y de planes urbanísticos, cuando tradicionalmente todos han sido planes (y lo siguen siendo), como es sabido.

Pues bien, dicho lo cual debe indicarse con carácter general que los instrumentos que contengan directrices de la política de ordenación del territorio y condicionen de alguna manera lo que será en el futuro el planeamiento, deberán ser enviados a informe de la Administración General

del Estado (22), y ello aunque no contengan (como por otro lado no es lógico que lo hagan) especificación alguna sobre el uso que se deba dar a zonas concretas del territorio (23). Caben en este apartado las comúnmente denominadas Directrices de Ordenación Territorial, Planes de Ordenación Territorial y, en su caso, Planes de Ordenación del Litoral (24). Respecto a los instrumentos de menor rango que supongan ejecución de los anteriormente mencionados, habría que estar al tipo de actuación que supongan, y sobre todo, a la zona o sector del territorio sobre el que aquéllos hayan de operar, valorando a tales efectos la existencia en ellos de instalaciones o terrenos afectos a la defensa, aunque normalmente no será necesario, a nuestro entender, el trámite del informe. De todas maneras, ello queda a la libre determinación del órgano autonómico competente, que habrá de relacionar o valorar, en suma, el contenido del instrumento y el riesgo de su posible anulación.

En cuanto a los planes urbanísticos, desde luego los planes municipales generales de ordenación deben ser informados, y también los planes parciales, dado que los mismos suponen el desarrollo del plan general en una parte del suelo (el urbanizable) para el que el planeamiento general no contiene prácticamente determinación alguna. También los planes especiales deben ser objeto de informe, siempre que se refieran a previsiones del plan general o normas subsidiarias vinculadas a la defensa nacional (25). Por último, las normas complementarias y subsidiarias deben en buena lógica ser igualmente informadas, ya que implican una suplencia del plan general en aquellos casos de indeterminación o insuficiencia de éste, aunque reproducimos lo dicho más arriba respecto al juicio de valoración que en todo caso deben llevar a cabo los órganos competentes.

La norma objeto de estudio indica que el informe comentado deberá evacuarse cuando los planes «incidan sobre terrenos, edificaciones e ins-

(22) A este respecto González Pérez considera que «la expresión de la Ley no puede ser más general, a fin de evitar que quede fuera del ámbito de su aplicación ningún tipo de instrumento de planeamiento, cualquiera que sea la modalidad que se adopte en las legislaciones autonómicas». GONZALEZ PEREZ, J., en *Comentarios a la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones*. Civitas, Madrid, 1998, página 808.

(23) Piénsese que, en general, las autoridades urbanísticas desconocen las previsiones que el Ministerio de Defensa pueda tener sobre tal o cual zona del territorio nacional.

(24) En estos planes se deberán coordinar los intereses urbanísticos con los de la defensa nacional y los de costas. Véase el artículo 117 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

(25) Siempre lo serán los planes de reforma interior y rehabilitación de cascos históricos que incidan en zonas en las que todavía existan instalaciones de los Ejércitos, tales como cuarteles generales, arsenales o acuartelamientos.

talaciones afectos a la defensa nacional», lo que hace que debamos pronunciarnos sobre el sentido y alcance de esa incidencia.

Incidir es en su tercera acepción, y según el Diccionario de la Lengua Española, «repercutir , causar efecto una cosa en otra», e incidencia es «lo que sobreviene en el curso de un asunto o negocio y tiene con él alguna conexión». Lo primero que hay que significar es que aquella acepción es, a nuestro modo de ver, la que conviene a la naturaleza de lo que se trata, y por ello, el informe debe ser elaborado en cuanto el ámbito de aplicación de las normas en que consisten los instrumentos de ordenación territorial o urbanística incluya de alguna manera a esos inmuebles afectos a la defensa nacional, de tal manera que repercuta de alguna manera en su realidad y en su régimen jurídicos. Incidencia, por tanto, como acción y efecto de incidir, aunque tal acepción no aparezca en aquel Diccionario. Por lo demás, tal incidencia puede ser variada, desde la inclusión de los inmuebles en una determinada clase de suelo o adjudicación a los mismos de un cierto destino urbanístico, hasta aspectos mucho más concretos como la determinación de las condiciones de la edificación en los mismos, o la compatibilidad de la urbanización de los terrenos aledaños a bases e instalaciones militares, con la de los terrenos situados fuera de esas zonas de seguridad, pero a continuación de las mismas. En esto creo que la interpretación que se haga de esta incidencia debe ser extensiva, si se me permite la expresión, quedando para la Administración General del Estado la interpretación de cuándo quedan afectos los intereses de la defensa nacional, que deberá ser restrictiva, como comentaremos más adelante.

C. Terrenos, edificaciones e instalaciones afectos a la defensa nacional

a) Los terrenos, edificaciones e instalaciones

Expresión amplia en la que deben ser incluidos todos los inmuebles que pertenezcan a los Ejércitos o al Ministerio de Defensa. Se trata de lo que en la legislación sectorial de Defensa tradicionalmente se conoce como acuartelamientos, cuarteles generales, capitanías y comandancias, parques, bases, arsenales, aeródromos, campos de tiro o maniobras, maestranzas, estaciones navales o establecimientos militares de cualquier tipo, y sin perjuicio de que cada una de estas instalaciones puedan ser a su vez subsumibles en alguna de las expresiones arriba citadas.

Pero además no debemos olvidar que en la expresión terrenos deben ser incluidos, no sólo los propiamente militares, sino también los que siendo de propiedad privada, de alguna manera están sometidos a limitaciones por razón de la defensa nacional (como las zonas de interés para la defensa nacional, las de seguridad de instalaciones militares, e incluso las de acceso restringido a extranjeros, a tenor de la clasificación que hace la Ley 8/1975). Más tarde volveremos sobre esta cuestión.

b) La Defensa Nacional

El concepto de defensa nacional ha sido objeto de múltiples estudios, a los que en estos momentos nos remitimos, pues no se trata ahora de ahondar en los mismos, sino de efectuar algunas precisiones acerca de cual es el sentido y significado que a la defensa nacional asigna la disposición adicional comentada.

Sabido es que a la Defensa Nacional se refiere nuestra Constitución sólo en dos ocasiones, en el artículo 97, incluido en el título referente al Gobierno y a la Administración, y en su artículo 149.1.4.^a, al establecer la relación de materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva (26), sin que se adelante un concepto de misma, que únicamente se puede encontrar en el artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de criterios básicos de la defensa nacional y organización militar (27), ley que establece el criterio de que todos los recursos humanos y materiales del país y todas las actividades, cualquiera que sea su naturaleza, están sujetas a las necesidades de la defensa nacional (artículo 14.1 de la misma), y que, en definitiva, la defensa nacional, sin perjuicio del papel fundamentalísimo que en ella asumen las Fuerzas Armadas, es cosa de todos (28). Y en relación con el tema que nos interesa, también establece que «en las zonas

(26) En realidad los citados preceptos únicamente citan el término «defensa del Estado» el primero y «defensa» el segundo.

(27) Según el citado precepto, «la defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución». Este concepto ya había sido utilizado por la ley 83/1978, de funciones de los Organos Superiores del Estado en la defensa nacional

(28) El artículo 4 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, que aprueba las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, dispone que «la defensa nacional es deber de todos los españoles».

del territorio nacional consideradas de interés para la defensa, en las que constituyan zonas de seguridad de instalaciones militares o civiles declaradas de interés militar, así como en aquellas en que las exigencias de la defensa nacional ... lo aconsejen, podrán limitarse los derechos sobre los bienes propiedad de nacionales y extranjeros en ellas situados, de acuerdo con lo que determine la ley». Este precepto abre varias posibilidades a la hora de que los derechos sobre bienes inmuebles puedan verse limitados en relación o como consecuencia de las exigencias de la defensa nacional, y ello con independencia de cual sea la nacionalidad de los titulares de esos bienes, tal y como se acaba de transcribir y veremos más adelante.

Por lo demás, la finalidad de la defensa nacional es «garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional» (artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1980), siendo sus objetivos determinados por la política de defensa, parte integrante de la política general (29).

Dicho lo cual, hay que indicar que al utilizar esta expresión, la disposición adicional primera de la Ley 6/1998 se está refiriendo al concepto de defensa nacional empleado por la Ley Orgánica 6/1980, esto es, la defensa nacional está concebida por el legislador de la disposición comentada en su sentido propio, como conjunción de todas las energías y recursos de la nación en orden a la consecución de las finalidades antedichas, debiendo dejarse constancia, por último, que si bien desde antiguo la doctrina ha considerado que se trata de un servicio público estatal, esencial, necesario, exclusivo, y en cierta medida, obligatorio (30), hoy día es común considerar que a la luz del artículo 8 de la Constitución, se trata de una función del Estado con sustantividad propia, que por tanto excede o sobrepasa los estrechos límites de ese concepto de servicio público en el que tradicionalmente se enmarcaba.

c) La afección. Significado de este término

Afirma Morillo-Velarde que «una de las pocas cuestiones pacíficas en relación con la controvertida figura jurídica del dominio público la constituye, sin duda, la afirmación de la trascendencia de la afectación de los bie-

(29) Véanse las Directivas de la Defensa Nacional 1/1992, de 27 de marzo, 1/1996, de 20 de diciembre, y 1/2000, de 1 de diciembre.

(30) GARCÍA OVIEDO C. y MARTINEZ USEROS, E. *Derecho Administrativo*, volumen II, EISA, Madrid, 1968, páginas 267 y siguientes.

nes a un destino público como puerta de acceso al régimen demanial» (31). Y si ciertamente ese destino a una finalidad pública ha sido valorado por la doctrina como requisito ineludible en la consideración del dominio público, no ha existido igual generalidad en la necesidad de que concurren otros requisitos conjuntamente con aquél, significativamente la titularidad pública de los bienes en cuestión. En efecto, hoy se aprecian otras perspectivas en lo que se entiende por afectación de bienes al uso o al servicio público, ya que incluso se observan casos de afectación de bienes de titularidad particular a finalidades de interés general.

Sea como fuere, interesa destacar ahora que cuando la disposición adicional primera de la Ley 6/1998 menciona a los terrenos, edificaciones e instalaciones «afectas» a la defensa nacional, se está refiriendo no sólo a la destinación de los bienes de titularidad pública, propiamente demaniales, a tal función o servicio público, sino también a las limitaciones que ciertos bienes que son de titularidad particular, sufren como consecuencia de las exigencias de la defensa nacional. Y ya adelanto que en esta segunda acepción de la afectación pueden ser también incluidos bienes de dominio público afectados a otro fin de interés general distinto de la defensa nacional, como puedan ser la zona marítimo terrestre o las aguas litorales. Examinaremos por separado ambos tipos de «afectación».

d) El dominio público militar. Afectación y desafectación de bienes inmuebles a la defensa nacional

La expresión «terrenos, edificaciones e instalaciones ... afectos a la defensa nacional», que utiliza la Disposición Adicional primera de la ley 6/1998 incluye en primer lugar, como no podía ser de otra manera, el dominio público militar, por lo que la mencionada afectación a la defensa debe entenderse, en este caso, en sentido propio. Corolario de lo dicho es que los bienes inmuebles desafectados no pueden entenderse incluidos en la citada Disposición, a los fines que la misma establece.

Como acertadamente indica Fernández-Piñeyro (32), el procedimiento de adquisición de bienes inmuebles establecido en el artículo 54 de la Ley de Patrimonio del Estado, conforme al cual es el Ministerio de Hacienda el encargado de llevar a cabo esa adquisición, con independencia del valor

(31) MORILLO-VELARDE PEREZ, J.I., *ob. citada*, página 203.

(32) FERNANDEZ-PIÑEYRO Y HERNANDEZ, E., *ob. citada*, página 59.

de los bienes y el Departamento ministerial al que hayan de afectarse, no ha sido nunca ni es tampoco hoy día el procedimiento normal de adquisición de los inmuebles que el Ministerio de Defensa necesita para el cumplimiento de sus fines. En efecto, ha sido tradicional acudir al procedimiento expropiatorio e incluso, con mucha menor frecuencia, a la requisa, a la hora de adquirir inmuebles para su afectación a la defensa nacional. Además, ha sido el propio Ministerio de Defensa (y con anterioridad los antiguos Ministerios Militares o, si se quiere, los Ejércitos) el que ha llevado a cabo las gestiones y actuaciones administrativas conducentes a dicha adquisición. Y lo mismo cabe decir de la enajenación de los bienes, una vez desafectados. Los motivos de ello hay que buscarlos en la urgencia con la que los Ejércitos han tenido necesidad de tales bienes, y también ha influido el secreto que normalmente preside cualquier actuación relacionada con la defensa nacional.

Actualmente dos son los organismos que por ley tienen encomendada la tarea de adquirir inmuebles con destino a su vinculación a la defensa nacional, y enajenarlos cuando ya no mantengan esa vinculación: la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (GIEDEF), y el Instituto de la Vivienda para las Fuerzas Armadas (INVIFAS).

La primera fue creada bajo el signo de la temporalidad por la Ley 28/1984, de 31 de julio, aunque posteriormente ha sido adaptada al régimen de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, por el artículo 71 de la Ley 50/1998, de 31 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que además la ha sometido al Ministerio de Defensa ya sin límite de duración. Hoy día es un Organismo Autónomo (33) dependiente de dicho Ministerio, pues se encuentra adscrito a la Dirección General de Infraestructura, y tiene a su cargo, entre otras funciones, la enajenación de los bienes muebles e inmuebles que sean puestos a su disposición por el Ministerio de Defensa (artículo 71.2 de la Ley 50/1998). Peculiaridad notable de la Gerencia es su carácter instrumental, ya que los bienes que maneja (34) no se integran en su patrimonio propio, sino que pertenecen patrimonialmente al Estado, aunque hay que indicar que la administración de los mismos no está a cargo del Ministerio de Hacienda sino del propio Ministerio de Defensa, a través precisamente del organismo autónomo

(33) El RD 1678/2000, de 6 de octubre, aprueba el estatuto de la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa.

(34) Tanto los de naturaleza mueble como inmueble, ya sea los adquiridos para su afectación a la defensa nacional, como los desafectados, cuya venta promueve.

referido (35). Conclusión de lo expuesto es que los bienes puestos a disposición de la Gerencia para promover su enajenación, han de entenderse desafectados (aunque tal declaración no haya recaído propiamente).

El Instituto de la Vivienda para las Fuerzas Armadas fue creado por Decreto 1751/1990, aunque posteriormente la Ley 26/1999, de 9 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas (36), ha dado nueva regulación a dicho Instituto. Este organismo autónomo, adscrito igualmente al Ministerio de Defensa, tiene encomendada, conforme al artículo 14 de la citada ley 26/1999, entre otras funciones, la conservación y gestión de las llamadas viviendas militares, que conforme a lo que dispone el artículo 4.1 de la citada ley son las destinadas a los fines señaladas en la misma. Estos fines son hoy día, bien la cesión de uso, cuando se trate de viviendas situadas dentro de bases, acuartelamientos, edificios o establecimientos militares o en las zonas de seguridad de los mismos, o cuando se encuentren en zonas en las que resulte necesario disponer de viviendas para el personal militar, significativamente en Ceuta y en Melilla, bien su enajenación, dado el ingente parque de viviendas de que dispone actualmente el Instituto, que se entiende que supera las necesidades logísticas. Como se ha dicho, el Instituto gestiona y administra todas las viviendas militares, enajenables o no (37), y respecto a las primeras tiene también la importante función de promover su enajenación (38), lo que plantea dos interesantes cuestiones, por un lado, si la declaración de vivienda no enajenable (que es competencia del Ministerio de Defensa, a tenor de lo que dispone la disposición adicional quinta de la Ley) puede ser asimilada a una afectación, y sobre todo, la de si la afectación de estas viviendas al demanio militar y al Ministerio de Defensa es determinante de afectación a los fines de la defensa nacional, en los términos a que se refiere la disposición adicional primera objeto de nuestro estudio.

Respecto a la primera cuestión, entendemos que se trata de términos sinónimos y que no es necesario acudir al procedimiento de afectación y

(35) Es importante destacar que la Gerencia puede proponer modificaciones a los planes urbanísticos, pues tiene encomendada una importante labor de armonización y coordinación entre los planes de infraestructuras de las Fuerzas Armadas, y la planificación urbanística llevada a cabo por los Ayuntamientos (artículo 71.2 d) de la Ley 50/1998).

(36) Desarrollada por el Decreto 991/2000, de 2 de junio, y modificada recientemente por el artículo 62 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

(37) Es interesante reseñar que todas estas viviendas que el INVIFAS administra se integran y forman parte de su propio patrimonio.

(38) Artículos 14 y 15 de la Ley, y disposición adicional tercera.

desafectación de bienes regulado en los artículos 113 y siguientes de la Ley de Patrimonio del Estado, mucho menos después de la entrada en vigor de la Ley 26/1999, que resolvió las dudas que pudo provocar en su momento el hecho de que un decreto (el 1751/1990) dejase en entredicho la regulación contenida en una ley, como lo es la de Patrimonio del Estado, pese a su antigüedad. Además, la consideración de patrimonio autónomo que tradicionalmente le ha sido adjudicado por la doctrina (39) a los bienes afectados a la defensa nacional avala también nuestra posición.

Respecto a la segunda cuestión planteada, qué duda cabe que no puede negarse el carácter de bienes de dominio público de las viviendas militares no enajenables, mientras conserven esta calificación. Pero cuestión distinta es si tales viviendas deben considerarse edificaciones afectas a la defensa nacional, que son los términos en que se expresa el precepto que comentamos, según dijimos más arriba. A este respecto, si bien en etapas anteriores las llamadas viviendas logísticas (40) podía entenderse que estaban afectas a la defensa nacional, al amparo de esa propia denominación, hoy la mera expresión «vivienda no enajenable» no comporta a nuestro entender dicha afectación, salvo que se encuentren situadas dentro de establecimientos militares o en sus zonas de seguridad, en cuyo caso la afectación le viene dada por tal situación, no por el hecho en sí de ser una vivienda no enajenable. Por tanto, el resto de las viviendas no enajenables, que son las situadas simplemente en lugares del territorio nacional en que resulta necesario disponer de alojamientos para el personal militar, debe primar en ellas su consideración de vivienda sin más, lo que no les hace merecedoras de la especial vinculación con la defensa nacional que comentamos.

Corolario de lo expuesto es que el resto de las viviendas militares, las enajenables, no tienen la consideración de bienes de dominio público, sino de bienes meramente patrimoniales, aunque paradójicamente se les esté, mientras no se promueve su venta, dando el mismo uso que a las no enajenables, esto es, vengán siendo utilizadas por militares en activo como tales viviendas (41). Por ello, los planes que incidan en terrenos ocupados, o sobre edificaciones constituidas, por viviendas militares, enajenables o no, no tienen que ser informados, según el criterio que man-

(39) *Subpatrimonio autónomo* lo denomina Morillo-Velarde.

(40) Denominación contenida en el Decreto 1751/90, y hoy abandonada.

(41) De todas maneras, debe significarse que mientras que las viviendas enajenables pueden ser utilizadas por personal militar en situación distinta a la de servicio activo, el cambio de situación administrativa es causa de pérdida del derecho de uso de las viviendas militares no enajenables. Artículo 9 de la Ley 26/1999.

tenemos, por la Administración General del Estado, pues se difumina hasta perderse cualquier vinculación que pueda considerarse existente entre estos bienes y la defensa nacional, cuyas exigencias deben ser entendidas restrictivamente en cuanto supongan excepcionalidades al régimen jurídico ordinario.

Por último, muy brevemente debemos señalar que los procedimientos ordinariamente usados en el ámbito del Ministerio de Defensa para la adquisición de bienes inmuebles han sido, como se dijo más arriba, la expropiación forzosa y la requisa, sobre todo el primero. Las normas reguladoras de tales figuras son fundamentalmente los artículos 100 (42) y siguientes de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa, si bien con carácter supletorio, ante la carencia de normas reglamentarias (43) hay que acudir, por lo que se refiere a las expropiaciones por necesidades militares, a las normas que regulaban las mismas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley de 1954. De todas maneras, la confusión en la materia es importante, pues por un lado cada Ejército disponía de sus propias normas, que hundían sus raíces en el siglo XIX, y por otro existían normas expropiatorias especiales cuando los terrenos que debían ser expropiados estuviesen situados en la llamada zona militar de costas y fronteras (44).

e) Limitaciones de los derechos sobre inmuebles. Las zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional

En este caso se trata de bienes que, siendo de propiedad particular (45), el dominio sobre los mismos se ve limitado como consecuencia de

(42) El procedimiento que se ha de seguir en las expropiaciones por necesidades militares es siempre el contenido en los artículos 52 y 53 de la misma ley de expropiación forzosa, que regulan el llamado procedimiento de urgencia, sin que se sepa muy bien el porqué de tal urgencia en todos los casos.

(43) El Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa no es aplicable en este tipo de expropiaciones, ya que el artículo 107 de la misma ley prevé la existencia de un reglamento especial, que nunca ha llegado a dictarse.

(44) Se trataba de una franja de anchura variable a contar desde la línea de costa, o desde la frontera, hacia el interior del territorio nacional. Las normas aplicables en tales casos son la ley de 15 de mayo de 1902 (Ejército de Tierra) y la de 10 de diciembre de 1915 (Marina), con sus correspondientes reglamentos. Véase a este respecto FERNANDEZ-PIÑEYRO Y HERMANDEZ, E., en *ob. citada*, en donde lleva a cabo una magnífica tarea de sistematización y aclaración de todas estas normas expropiatorias, páginas 63 y siguientes.

(45) También cabe incluir en este apartado los bienes de dominio público destinados a otros fines de interés general distintos a la defensa nacional, pero que sin embargo pueden ser objeto de estas limitaciones, debido a la subordinación de estos otros fines públicos a la mencionada defensa nacional.

estar situados en determinadas zonas del territorio nacional que son especialmente interesantes para la defensa nacional. Por tanto, sólo de manera impropia puede afirmarse que tales bienes se encuentran afectos a la defensa nacional, pero a pesar de ello, si el planeamiento urbanístico incide en los mismos, deberá darse a la Administración General del Estado la audiencia, mediante la emisión de informe, a que se refiere la Disposición Adicional primera de la ley 6/1998. A este respecto no se olvide que el precepto que comentamos incluye, entre los terrenos, edificaciones e instalaciones afectos a la defensa nacional, «sus zonas de protección», lo que avala la tesis que mantenemos.

La regulación de las limitaciones a que nos referimos se encuentra recogida en la ya anticuada (y por cierto, técnicamente mala) Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, así como en su reglamento de desarrollo, aprobado por Decreto 689/1978, de 10 de febrero. Antecedente de tales normas es indiscutiblemente el artículo 589 del Código Civil, que establece una servidumbre legal por razón de la defensa del territorio (46), y quizás sea este el momento de indicar que aunque la ley 8/1975 habla, al igual que el Código Civil, de servidumbres o limitaciones en su articulado (ver por ejemplo los artículos 1 y 28), se trata técnicamente, no de servidumbres ni limitaciones, sino de auténticos límites del dominio.

La Ley 8/1975 distingue tres zonas distintas:

— Las zonas de interés para la defensa nacional, que son (artículo 2) «las extensiones de terrenos, mar o espacio aéreo que así se declaren en atención a que constituyan o puedan constituir una base permanente o un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para tal fin». La declaración de estas zonas se hará por Decreto aprobado en Consejo de Ministros, y el mismo Decreto «determinará la zona afectada, así como las prohibiciones, limitaciones y condiciones que en ella se establezcan referentes a la utilización de la propiedad inmueble» (artículo 5). Estas zonas, una vez declaradas como de interés para la defensa nacional, quedan bajo la responsabilidad y vigilancia de las autoridades militares jurisdiccionales, a los efectos de la solicitud de autorizaciones y permisos para el ejercicio de potestades dominicales en ellas, motivo por el que en opinión de Fernández Fernández (47) «constituyen el más alto exponente

(46) El citado artículo dispone: «No se podrá efectuar ni hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes o fortalezas sin sujetarse a las condiciones exigidas por las leyes, ordenanzas y reglamentos particulares de la materia».

(47) FERNANDEZ FERNANDEZ, J.L., en *ob. citada*, página 15.

de las limitaciones a los derechos sobre bienes en razón de las necesidades de la defensa nacional» (48).

— Las zonas de seguridad de las instalaciones militares y de las civiles declaradas de interés militar, que son las situadas alrededor de las citadas instalaciones, y su finalidad es la de «asegurar la actuación eficaz de los medios de que dispongan, y el aislamiento conveniente para garantizar su seguridad» (artículo 3). La normativa que nos ocupa divide a las instalaciones militares en cinco grupos, y establece para cada una de ellas una zona próxima y otra lejana, en orden a determinar las limitaciones o prohibiciones que en cada una de ellas proceden. Así, en las zonas próximas de seguridad no podrán realizarse, sin autorización del Ministerio de Defensa, obras, trabajos, instalaciones o actividades de clase alguna (artículo 9 de la ley). En las zonas lejanas será necesaria la autorización del Ministerio de Defensa para realizar plantaciones arbóreas o arbustivas y levantar edificaciones o instalaciones análogas de superficie» (artículo 11).

— Las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, que son «aquéllas en que por exigencias de la defensa nacional o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado resulte conveniente prohibir, limitar o condicionar la adquisición de la propiedad y demás derechos reales por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o control extranjero» (artículo 4). Tales zonas se concretan en el artículo 32 del Reglamento, que establece, por una lado la ubicación física de las mismas (49), y por otro, el porcentaje máximo de propiedades y otros derechos reales inmobiliarios a favor de extranjeros en estos territorios. En ellas se somete al requisito previo de la autorización militar los actos de adquisición, por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, del derecho de propiedad sobre fincas rústicas o urbanas, o de obras o construcciones de cualquier clase; la constitución, transmisión y modificación de hipotecas, censos, servidumbres y demás derechos reales sobre fincas, a favor de personas extranjeras; y la construcción de obras y edificaciones de cualquier clase, así como la adquisición de derechos sobre autorizaciones concedi-

(48) Hasta la fecha sólo han sido declaradas zonas de interés para la defensa nacional el polígono de Anchuras (Ciudad Real), con la finalidad de establecer un campo de tiro, que lo fue por Decreto 811/1988, de 20 de julio, y actualmente ya no lo es, pues tal Decreto fue derogado por el número 863/1998, de 8 de mayo; el campo de entrenamiento de las Bardenas Reales (Navarra), que lo es por Decreto 1943/2000, de 1 de diciembre; y más recientemente, los asentamientos de las estaciones de vigilancia aérea números 14 y 23 del Ejército del Aire, en Segovia y la Isla del Hierro, respectivamente, por Decretos 191/2002 y 192/2002, y la zona de Campamento, de Madrid, por Decreto 193/2002.

(49) Todos los territorios insulares y determinadas zonas costeras y fronterizas, además de Ceuta y Melilla.

das y no ejecutadas, cuando los peticionarios sean extranjeros (artículo 37 del Reglamento) (50).

Merece comentario la tremenda incidencia de las normas que comentamos sobre el planeamiento urbanístico de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, y sobre todo, la necesidad de continuas solicitudes de autorización del Ministerio de Defensa para la edificación y construcción en las zonas de seguridad de instalaciones militares, dado el gran número de las existentes y la ubicación de las mismas en el propio ámbito urbano. La solución es difícil, y pasaría por reubicar, en lo posible, esas instalaciones militares y mejorar el armamento de que disponen, de tal manera que su precisión disminuya las necesidades de empleo. Por otro lado, el escaso porcentaje permitido para la adquisición de propiedades por extranjeros en estas ciudades, y la gran cantidad de inmuebles adquiridos por marroquíes nacionalizados españoles, han motivado que la autorización militar sea sustituida por la del Consejo de Ministros, cualquiera que sea la nacionalidad del adquirente o interesado (disposición final primera del Reglamento). De todas maneras, tal facultad se encuentra hoy desconcentrada en el Ministro de Defensa.

Por último, interesa mencionar que aunque indiscutiblemente la disposición adicional primera de la Ley 6/1998 ha supuesto un paso muy importante en la tarea de armonización de ambas legislaciones sectoriales, la urbanística y la de defensa, todavía es necesario una mayor profundización en este camino. A este respecto la citada disposición abre unas posibilidades que ya han sido analizadas por Fernández Fernández en el trabajo citado. Concretamente el citado autor propone (51) que en el planeamiento urbanístico se incluyan y «fijen con precisión las obras y actividades que no se pueden ejecutar de ningún modo» en relación tanto con las zonas de interés para la defensa nacional (a tenor de los Decretos existentes y en vigor en el momento de la elaboración del plan), como con las zonas de seguridad de instalaciones militares, lo que produciría el efecto beneficioso de que se eliminaría la discrecionalidad que ahora impera en la concesión de las autorizaciones por parte de las autoridades militares, conforme a los artículos del Reglamento de 1978, y sobre todo, las infracciones podrían ser sancionadas, no como faltas a la legislación de zonas e instalaciones de interés nacional, sino como infracciones auténticamente urbanísticas, lo que posibilitaría, de rebote, un mayor grado de cumplimiento de la legislación sectorial de defensa.

(50) Las anteriores limitaciones no son aplicables a las personas físicas o jurídicas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea, según dispone la disposición adicional de la Ley, introducida por el artículo 106 de la Ley 31/1997, de 27 de diciembre.

(51) FERNANDEZ FERNANDEZ, J.L., en *ob. citada*, página 22.

D. El informe preceptivo de la Administración General del Estado

a) Departamento responsable de su elaboración: La Subdirección General de Patrimonio del Ministerio de Defensa

Conforme al artículo 1 del Decreto 1883/1996, de 2 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa (52), «el Ministerio de Defensa es el órgano de la Administración General del Estado encargado de la ordenación, coordinación y ejecución de las directrices generales del Gobierno en cuanto se refiere a la política de defensa», de donde se desprende que la competencia para la elaboración del informe que nos ocupa recae sobre el citado Departamento, ya que la política de defensa, «como parte integrante de la política general, determina los objetivos de la defensa nacional y los recursos y acciones necesarios para obtenerlos» (artículo 4.1 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de criterios básicos de la defensa nacional).

Por otro lado, dentro del citado Ministerio, es la Dirección General de Infraestructura, y más concretamente, la Subdirección General de Patrimonio, la encargada de la elaboración del informe que comentamos. En efecto, el artículo 11.3 b) del Decreto 1883/1996 encomienda a esta Subdirección General, de entre las que corresponden a la Dirección General de Infraestructura, el desarrollo de las funciones siguientes (artículo 11.2 g), h) e i):

— «Dirigir la gestión de los bienes y derechos afectos al Ministerio de Defensa y llevar su inventario».

— «Ejercer las competencias ministeriales en relación con las zonas de interés para la defensa nacional, de seguridad de las instalaciones y de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros».

— «Realizar las adquisiciones y expropiaciones de bienes y derechos, así como los arrendamientos».

— Realizar informes relacionados con las funciones anteriores (artículo 11.3 b) en relación con el 11.2 d), en el campo de la infraestructura.

b) Tramitación y régimen jurídico

El informe debe ser solicitado por la Administración que elabora el plan urbanístico, bien por su máximo representante (Presidente de la Comunidad Autónoma o Alcalde), que sería lo correcto, bien por el res-

(52) Modificado por Decretos 76/00, de 21 de enero, y 64/01, de 26 de enero.

ponsable del organismo de la Administración autonómica o local encargado de la elaboración (Consejero o Concejal correspondiente), debiendo ser el destinatario de la solicitud el Ministro de Defensa. Por lo demás, la solicitud puede ser presentada ante la correspondiente Delegación de Defensa, o tramitada a través de la Delegación del Gobierno, en ambos casos para su posterior remisión al Ministerio de Defensa. La disposición adicional primera indica que el informe debe evacuarse con carácter previo a la aprobación del plan, lo que quiere decir, a nuestro entender, tres cosas:

— Que se debe contar con el informe antes de la aprobación del plan por parte de la Autoridad competente para ello, precisamente con la finalidad de que la misma pueda conocerlo. La aprobación a que se refiere la norma comentada es la definitiva en la terminología tradicional, es decir, aquella que proceda cuando dicha Autoridad tiene en su poder la totalidad de las alegaciones e informes procedentes, y que pone fin al procedimiento de elaboración del plan.

— Que por las notas características del informe, que luego veremos, éste se debe solicitar inmediatamente antes de la aprobación del plan, esto es, cuando ya consten en el expediente esos otros informes y alegaciones a que hemos hecho mención en el punto anterior, que deberán ser conocidos por la Administración General del Estado.

— Que si por cualquier motivo tras la evacuación del informe se producen modificaciones en el plan, como consecuencia, por ejemplo, de la apertura de un nuevo período de información pública, debe ser solicitado nuevo informe, salvo que la modificación claramente en nada afecte a los inmuebles o zonas sobre los que incidan los intereses de la defensa nacional. De todas maneras, como sucede que quien mejor puede valorar tal extremo es el propio Ministerio de Defensa, salvo casos de claridad meridiana lo aconsejable es repetir el trámite de informe, pues en caso contrario cabe la posibilidad de anulación del plan, como se verá (53).

Tal y como indica García-Moreno Rodríguez, las notas características del informe están contenidas dentro del propio texto de la disposición adicional primera (54). Como tales podemos señalar, con la doctrina más autorizada, las siguientes:

— Carácter preceptivo del informe, ya que la Administración redactora del plan deberá solicitarlo inexcusablemente por mandato legal. De ello

(53) En este mismo sentido se pronuncian GARCIA-MORENO RODRIGUEZ y GONZALEZ PEREZ en las obras citadas, páginas 854 y 855, y 811, respectivamente.

(54) GARCIA-MORENO RODRIGUEZ, F., en *Comentarios a la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones*, Coordinador José Manuel Serrano Alberca, Marcial Pons, Madrid, 1999.

se deriva el carácter esencial de este trámite, como han puesto de manifiesto González Pérez y García-Moreno, que señalan que si falta, el plan incurre en causa de anulabilidad. En efecto, en caso de olvido u omisión, el plan puede ser anulado mediante el ejercicio de la correspondiente acción, no ya por parte de la Administración General del Estado, como detentadora del interés general preterido, sino por cualquier persona, ya que la acción para exigir el cumplimiento de la legislación urbanística es pública (artículo 304 de la Ley del Suelo de 1992, declarado vigente por la Ley 6/1998).

— Carácter vinculante del mismo, de tal manera que la Autoridad competente para aprobar el plan no puede desconocer los términos en que el informe es emitido. Ello significa, palmariamente, que dicha Autoridad no puede valorar la afectación de los terrenos, edificaciones e instalaciones a la defensa nacional, de manera diferente a como lo hace la Administración General del Estado, en el informe. Corolario es que los extremos y conclusiones contenidos en el informe deben ser incorporados al acto administrativo de aprobación definitiva del plan, que es lo que verdaderamente significa vinculante.

Por lo demás, ante la ausencia de regulación de estos informes en la legislación sectorial de defensa, y no conteniendo la Disposición Adicional primera que se comenta otros apuntes sobre el régimen jurídico aplicable a los mismos, podrá acudir supletoriamente a la regulación contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (artículos 82 y 83), aun cuando debe indicarse que el plazo de diez días señalado en el segundo de los artículos citados para la emisión del informe resultará claramente insuficiente en la mayoría de los casos. De todas maneras, téngase en cuenta que la mayoría de las normas autonómicas sobre régimen del suelo y urbanismo prevén para la evacuación de los informes que deban emitir las Administraciones Públicas afectadas por los planes en tramitación, el mismo plazo que el previsto para información pública (55).

3. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA. EL ARTÍCULO 244 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1/1992. EXIGENCIA DE LICENCIA MUNICIPAL Y SITUACIONES DE URGENCIA O EXCEPCIONAL INTERÉS PÚBLICO

El tenor literal del artículo 244 del R.D. Legislativo 1/1992, en sus partes declaradas vigentes por la Ley 6/1998, es el siguiente:

(55) O sea, un mes. Véase más abajo, el epígrafe «La normativa autonómica vigente».

«Actos promovidos por las Administraciones Públicas.

1. ...»

2. Cuando razones de urgencia o excepcional interés público lo exijan, el Ministro competente por razón de la materia podrá acordar la remisión al Ayuntamiento correspondiente del proyecto de que se trate, para que en el plazo de un mes notifique la conformidad o disconformidad del mismo con el planeamiento urbanístico en vigor. En caso de disconformidad, el expediente se remitirá por el Departamento interesado al *Ministro de Obras Públicas y Transportes*, quien lo elevará al Consejo de Ministros, previo informe sucesivo del órgano competente de la Comunidad Autónoma, que se deberá emitir en el plazo de un mes, y de la Comisión Central del Territorio y Urbanismo. El Consejo de Ministros decidirá si procede ejecutar el proyecto, y en este caso, ordenará la iniciación del procedimiento de modificación o revisión del planeamiento, conforme a la tramitación establecida en la legislación urbanística.

3. El Ayuntamiento podrá en todo caso acordar la suspensión de las obras a que se refiere el número 1 de este artículo cuando se pretendiesen llevar a cabo en ausencia o en contradicción con la notificación de conformidad con el planeamiento y antes de la decisión de ejecutar la obra adoptada por el Consejo de Ministros, comunicando dicha suspensión al órgano redactor del proyecto y al *Ministro de Obras Públicas y Transportes*, a los efectos prevenidos en el mismo.

4. Se exceptúan de esta facultad las obras que afecten directamente a la defensa nacional, para cuya suspensión deberá mediar acuerdo del Consejo de Ministros, previa propuesta del *Ministro de Obras Públicas y Transportes*, a solicitud del Ayuntamiento competente e informe del Ministerio de Defensa.

5. ...»

Se trata, como puede apreciarse, de una redacción equivalente a la del artículo 180 del texto refundido de 1976, que ya analizamos en su momento. Por tanto, el planteamiento hoy día sigue siendo el mismo que ya expusimos, pero conviene efectuar ahora algunas precisiones.

En principio, ninguna duda cabe acerca de la necesidad de que las obras o proyectos relativos a la defensa nacional cuenten con la preceptiva licencia municipal (o preceptivas, de ser más de una), ya que la competencia para otorgarlas corresponde a las Entidades Locales, de acuerdo con su legislación aplicable (artículo 243.1 del R.D. Legislativo). Por tanto, la primera consulta que habrá de efectuarse será la de las Ordenanzas del Ayuntamiento donde haya de ejecutarse la obra o el proyecto, porque cabe la posibilidad de que las mismas no la exijan al tratarse de tales obras.

Debe apuntarse que las legislaciones autonómicas reproducen la exigencia de licencia en todo caso, pero acaban remitiéndose a la competencia de los Ayuntamientos a la hora de su concesión y tratamiento, por lo que la consulta de las Ordenanzas resulta esencial (56).

En segundo lugar, cuando las obras respondan a razones de urgencia o excepcional interés público, entra en juego la regulación de los puntos 2 y 3 del artículo 244. A este respecto cabe indicar que si la conformidad al planeamiento existente, notificada por el Ayuntamiento en cuestión, se produce, ciertamente tal notificación no es técnicamente una licencia, pero puede asimilarse a ella en cuanto a sus efectos, que son los de iniciación de las obras o actuación; por lo que cabe hablar de licencia especial. Si se trata de una disconformidad, entonces la decisión compete al Consejo de Ministros, lo que equivale a decir que la «licencia» de ejecución del proyecto la concede este órgano estatal; por lo que cabe hablar de licencia alternativa. También debe resaltarse que la urgencia o excepcional interés público deben acreditarse convenientemente ante al Ayuntamiento, con justificación, hasta donde se pueda (57), de las circunstancias que concurren en la actuación que se pretende emprender.

En tercer lugar, ocioso es decir que el precepto reconoce al Ayuntamiento la facultad de suspender las obras en los casos que cita, siempre antes de que el Consejo de Ministros decida la iniciación de las mismas (en caso de disconformidad con el planeamiento). Se exceptúan las obras relacionadas con la defensa nacional (apartado 4), en que el acuerdo de suspensión debe proceder del Consejo de Ministros, a propuesta y con los informes que se citan. Por tanto cabe hablar en este caso de la existencia de «una excepción a la excepción», como atinadamente apuntaba en su momento Rodríguez-Villasante (58), con el que coincidimos en que para que sea aplicable este apartado 4 debe tratarse de obras directamente relacionadas con la defensa nacional, expresión que por tanto debe ser entendida aquí en sentido restrictivo (59).

(56) A esta misma conclusión llega FERNANDEZ FERNANDEZ, que cita el caso de la Ordenanza Especial de Tramitación de Licencias y Control Urbanístico del Ayuntamiento de Madrid, de 1997, que da el mismo tratamiento a las obras relacionadas con la defensa nacional que a las urgentes y de excepcional interés público. *Ob. citada*, página 24.

(57) Las obras relativas a la defensa nacional declaradas secretas deberán ser acompañadas, según entiendo, de tal acuerdo.

(58) RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., en *ob. citada*, página 34.

(59) En el mismo sentido, ARGULLOL MURGADAS, E., *Sobre el control urbanístico de las obras de iniciativa pública*, en *Revista de Administración Pública*, n.º 100-101, página 2.691.

Por último, interesa destacar que determinadas normas sectoriales disponen que no estarán sometidas a los actos de control preventivo municipal a que se refiere el artículo 84.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, determinadas obras o proyectos realizados por Administraciones o entidades públicas, siempre y cuando constituyan obras públicas de interés general. Así viene ocurriendo con las obras de nueva construcción, reparación y conservación que se realicen en el ámbito de un aeropuerto y su zona de servicio por el ente público «Aeropuertos Españoles» (60), con las obras de infraestructura ferroviaria que lleve a cabo el Ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (61), las obras de nueva construcción, reparación y conservación que se realicen el dominio público portuario por las Autoridades Portuarias (62), o las obras de construcción, reparación o conservación de carreteras estatales (63). Pues bien, sorprendentemente las obras efectuadas con finalidad de defensa del territorio, en expresión del Código Civil en su artículo 339, hoy defensa nacional, no han venido estando exentas de tal licencia municipal sino hasta fecha muy reciente. En efecto, ha sido la Disposición Adicional novena de la ley 53/2002, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, la que ha venido a equiparar estas obras a las anteriormente citadas, dado su innegable carácter de interés general.

Conforme a esta disposición, no están sometidas a licencia las obras de construcción, reparación y conservación realizadas, bien en zonas declaradas de interés para la defensa nacional, bien en las instalaciones militares señaladas en el artículo 8 del Decreto 689/1978, de 10 de febrero. Debe indicarse que sólo se exime de licencia a las obras públicas que afecten directamente a la defensa nacional, lo que quiere decir que la expresión «defensa nacional» debe interpretarse restrictivamente, y a estos efectos se impone al Ministro de Defensa la obligación de que señale cuáles son aquellas obras que afecten directamente a la defensa, pues solo ellas serán calificadas como de interés general, a lo efectos comentados, de lo que se deduce que el resto continuará sometido al control preventivo municipal. Y tres últimos apuntes: a) obviamente las obras que se lleven a cabo en las zonas declaradas de interés para la defensa y que estarán exentas de licencia serán las que lleve a cabo el Ministerio de Defensa o los Ejércitos, no las que lleve a cabo el propietario, aunque estén autorizadas

(60) Artículo 166 de la ley 13/1996, de 30 de diciembre.

(61) Artículo 160 de la misma Ley.

(62) Artículo 19.3 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado.

(63) Artículo 12 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras.

por tal Ministerio; b) la referencia que se hace al Decreto 689/78 creemos que se debe únicamente a que el elenco de instalaciones militares que en su artículo 8 se contiene es el más completo que conocemos, a pesar de su antigüedad; y c) se aventura difícil la catalogación de las obras que afecten directamente a la defensa nacional. Desde luego, todas las que se lleven a cabo en recintos militares gozarán de la presunción de que lo están. La dificultad de la prueba en contra, como siempre, será determinante.

4. LA NORMATIVA AUTONÓMICA VIGENTE

Las normas dictadas en los últimos años por las distintas Comunidades Autónomas para regular el régimen del suelo y el urbanismo, conforme a sus propias competencias, ninguna referencia hacen, ni a la coordinación entre el planeamiento urbanístico y la normativa sectorial de defensa, ni, mucho menos, a la necesidad o no de que el Ministerio de Defensa solicite y obtenga la licencia municipal de obras en las que lleve a cabo en los terrenos, acuartelamientos, bases o instalaciones que le pertenecen.

Sin embargo, haremos un somero recorrido por esta legislación analizando primeramente el enfoque que se efectúa en relación con la armonización entre las exigencias urbanísticas, a la hora de aprobación de los instrumentos y planes de ordenación territorial y urbanística, y los otros intereses generales de carácter sectorial; y en segundo lugar, la cuestión de la exigencia de licencia en obras y actuaciones llevadas a cabo por otras Administraciones Públicas.

Así, en lo que a la necesaria coordinación hace referencia, cabe señalar que es prácticamente general la exigencia que se contiene en las distintas leyes del suelo autonómicas, de que en la fase de elaboración de los planes, y tras el pertinente trámite de información o exposición pública, se solicite a las distintas Administraciones Públicas los informes preceptivos o necesarios, y ello con independencia del tipo de plan en cuestión. En tal sentido se pronuncian, por ejemplo, la Ley catalana 2/2002, de 14 de marzo, de normas reguladoras del urbanismo (64), la

(64) En la tramitación de los Planes Directores Urbanísticos, el artículo 81.3 dispone que «simultáneamente al trámite de información pública de un plan director urbanístico, debe solicitarse informe a los Departamentos interesados y a los organismos afectados por razón de sus competencias sectoriales ...». El artículo 83.5 reproduce esta exigencia en la tramitación de los planes de ordenación urbanística municipal y de los planes urbanísticos derivados.

Ley extremeña 15/2001, de 14 de diciembre, sobre normas reguladoras del suelo y ordenación territorial (65), la Ley de la Comunidad de Madrid 9/2001, de 17 de julio, sobre normas reguladoras del suelo (66), la Ley balear 14/2000, de 21 de diciembre, que regula la Ordenación Territorial (67), la Ley de Castilla-León 5/1999, de 8 de abril, sobre urbanismo (68), y, por no hacer más extensa esta relación, Ley de la Región de Murcia 1/2001, de 24 de abril, sobre normas reguladoras del suelo (69). Sin embargo, algunas leyes no se pronuncian sobre este extremo con la contundencia de las que hemos examinado. Así, la Ley cántabra 2/2001, de 25 de junio, de ordenación del territorio, urbanismo y suelo sólo prevé la comunicación al Delegado del Gobierno de la aprobación de los planes generales de ordenación urbana, aunque vincula tal trámite al cumplimiento de la información pública (70) la Ley asturiana 1/1987, de 30 de marzo, de Coordinación y Ordenación Territorial, sólo establece un trámite de consulta a las Administraciones con competencias sectoriales afectadas (71), y la Ley aragonesa 5/1999, de 25 de marzo, sobre urbanismo, es todavía mucho más escueta, pues únicamente prevé que se pueda denegar la aprobación definitiva de un Plan General «por falta de cumplimiento de las prohibiciones y exigencias procedimentales» (72).

La variedad es mayor, sin embargo, en lo que respecta a la exigencia de licencia para las obras públicas promovidas por el Estado. Existen leyes en

(65) En la tramitación de los planes de ordenación urbanística, el artículo 77.2.2 dispone: «La aprobación inicial del proyecto implicará el sometimiento de éste a información pública por plazo mínimo de un mes, y el requerimiento de los informes de los órganos y entidades administrativas de intereses públicos afectados, previstos legalmente como preceptivos ...», conteniendo a renglón seguido igual previsión respecto a los proyectos de plan general municipal o especial.

(66) Artículo 57 b. en el procedimiento de aprobación de los Planes Generales.

(67) Artículo 7.1 c, respecto al procedimiento de elaboración de las Directrices de Ordenación Territorial, y artículo 8.1 d), respecto a los planes territoriales insulares, que sin embargo prevé el informe de la Delegación del Gobierno, en cuanto a la Administración del Estado.

(68) Artículo 52.4.

(69) Artículo 22.3 en lo que respecta a las Directrices de Ordenación Territorial, 29.2 respecto a los Planes de Ordenación Territorial, y 135.2 respecto a los planes generales de ordenación municipal.

(70) Artículo 68.2 y 3. Por otro lado, en la aprobación de los Planes Regionales de Ordenación Territorial, el artículo 16 b, sólo prevé la posibilidad de que la Consejería competente pueda recabar de las Administraciones Públicas aquellos datos e informes sobre los que haya de versar el Plan).

(71) Artículo 30, modificado por ley 3/2002.

(72) Artículo 42.2.

las que nada se indica en relación con este extremo, como la Ley aragonesa 5/99 (73), la castellano-leonesa o la extremeña, junto a las que, como las de Madrid o Cantabria (74), se refieren con amplitud a la necesidad o no de licencia, según casos, para los proyectos y obras promovidos por la administración autonómica, y al final aplican esa misma regulación a la Administración del Estado. Por último, interesa destacar que resulta especialmente completa y precisa la regulación contenida en las Leyes catalana y murciana antes citadas, pues expresamente se dispone en ellas que los actos que se citan promovidos por administraciones y entidades públicas estarán sujetos a licencia, con las excepciones previstas en la legislación sectorial aplicable (75), remitiéndose además la Ley catalana a la legislación estatal (artículo 244 del texto refundido de 1992) en caso de obras urgentes o de interés público excepcional, lo que aunque pueda parecer innecesario, siempre resulta clarificador en una materia agobiante como el urbanismo.

5. EL PRINCIPIO DE COORDINACIÓN EN ESTA MATERIA

Si bien debe partirse en este punto de la constatación de que las competencias estatales sobre defensa nacional son exclusivas y excluyentes, como acertadamente indica Fernández-Piñeyro (76), no lo es menos que «cuando en un mismo ámbito coinciden las competencias de unas instancias centrales y autonómicas del Estado no es admisible que ninguna de ellas se arrogue un poder omnímodo o puramente discrecional» (77), pues siempre debe tenerse en cuenta en la actuación de la Administración Pública el principio de coordinación a que se refiere el artículo 103 de la Constitución.

Es cierto que cuando se trata de diferentes Administraciones Públicas surge la necesidad de determinar cual de ellas debe llevar a cabo la tarea de coordinación de las actuaciones de las demás, y una solución puede ser encomendar esa función a la Administración encargada de los intereses superiores, de entre los que deben ser coordinados, lo que no será siempre fácil de determinar, aunque en el caso que nos ocupa normalmente será

(73) Que sin embargo sí prevé los actos de edificación y uso del suelo que se promuevan por la Comunidad Autónoma, artículo 177.

(74) Artículos 161.6 y 194.6, respectivamente.

(75) Artículos 182 de la ley 2/2002, de Cataluña, y 223 de la ley 1/2001, de la Región de Murcia.

(76) FERNANDEZ-PIÑEYRO Y HERNANDEZ, E., *ob. citada*, página 313.

(77) STC 149/1991, FJ 4.º

comúnmente admitido que los intereses de la defensa nacional priman sobre los urbanísticos, algo que de todas maneras puede ser contestado por algunos.

Otra solución puede estar en conceder la coordinación a la Administración encargada de gestión de intereses de naturaleza omnicompreensiva de otros muchos intereses que, aunque afectados por la actuación de esa Administración, lo son de manera meramente parcial. Desde este punto de vista, obviamente la ordenación del territorio engloba otros muchos aspectos, tales como la defensa, los transportes, el medio ambiente, el patrimonio cultural, etc., que únicamente desde una óptica global pueden ser atendidos adecuadamente.

Esta ha sido la técnica empleada por el legislador de la Ley 6/1998 al establecer la necesidad de que la administración autonómica o local cuente, a la hora de la planificación urbanística, con el informe de la Administración General del Estado en relación con las exigencias de la defensa nacional, lo que constituye un paso importante, largamente reclamado por la doctrina, en la tarea de armonización de los intereses en juego, y de coordinación de la actuación de las Administraciones que los sirven. Pero quizás el legislador no haya profundizado todo lo aconsejable en la utilización de técnicas de coordinación, al no haber previsto la posibilidad de que la Administración urbanística pueda llegar a tener la colaboración de la estatal, en esta materia de la defensa nacional, en momentos o fases anteriores a la aprobación inicial del plan, mediante consultas con técnicos responsables del Ministerio de Defensa, que permitan llegar a «preparar el territorio» para futuras y previstas actuaciones por parte de dicho Ministerio, en cuanto esas previsiones existan y sea posible dar publicidad a su existencia. Ello podría impedir casos de actuaciones, obras y proyectos contrarios al planeamiento existente, que además acarrearían gastos de indemnización a favor de particulares interesados.

De todas maneras, importante es lo conseguido, que además ha venido a equiparar a este sector de la defensa nacional con otros que desde hacía años tenían allanado el camino de la armonización con la legislación urbanística.

VI. CONCLUSIONES

De lo expuesto cabe concluir lo siguiente:

1.º Dada la incidencia sobre el territorio nacional de intereses de diferente naturaleza, y concretamente, de los de ordenación y planeamiento

del mismo y los de la defensa nacional, se ha venido sintiendo desde antiguo la necesidad de que las legislaciones reguladoras de esos intereses se armonizaran de tal manera que se diera cumplida satisfacción a los mismos sin perjuicio de ninguno de ellos, máxime siendo distintas las Administraciones Públicas encargadas de servirlos. Esa armonización era especialmente deseada en dos aspectos: en el de la elaboración de los planes urbanísticos (planeamiento), y en el de determinación de la necesidad o no de que las obras que se efectuasen por motivos de la defensa nacional contasen con la preceptiva licencia municipal (intervención urbanística).

2.º En la primera cuestión, hasta la entrada en vigor de la ley 6/1998, sobre régimen del suelo y valoraciones, no ha existido, ni en la legislación urbanística ni en la sectorial de defensa, ninguna técnica de armonización que permitiera que los intereses de la defensa nacional se vieran atendidos y tenidos en cuenta durante el proceso de elaboración de los distintos instrumentos de planificación urbanística (salvo disposiciones de diferente alcance en normas urbanísticas anteriores a la entrada en vigor de la Constitución), por lo que los Ministerios Militares, los Ejércitos, o más recientemente el Ministerio de Defensa sólo podían intervenir en tales procesos mediante la formulación de alegaciones en el período de información pública.

3.º Sin embargo la disposición adicional primera de la citada Ley ha venido a paliar esta carencia, al disponer que cuando los instrumentos de planificación territorial y urbanística incidan sobre terrenos, edificaciones e instalaciones, o sus zonas de seguridad, afectas a la defensa nacional, deberán ser informados, respecto a esa incidencia, con carácter previo a su aprobación, por la Administración General del Estado.

Ello permite dar entrada a las exigencias de la defensa nacional en la elaboración del planeamiento urbanístico, debiendo señalarse que la obligación de solicitud de informe recae sobre la administración competente en la elaboración del plan, sea la autonómica o la local. Por otro lado, cuando la norma comentada cita «los terrenos ... afectos a la defensa nacional», se está refiriendo a: a) Bienes inmuebles que forman parte del demanio público militar, y b) Bienes inmuebles que aunque sean de propiedad particular, forman parte de las llamadas zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, reguladas en la Ley 8/1975.

4.º Respecto a la necesidad o no de que las obras y proyectos realizados por motivos de la defensa nacional cuenten con el control preventivo municipal, la Disposición Adicional novena de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, ha resuelto la cuestión en sentido negativo, dando a estas obras el mismo tratamiento que otras normativas sectoriales (carreteras, puertos,

transportes terrestres, etc.) venían dando a las obras denominadas de interés general, sean llevadas a cabo tanto por la Administración estatal como por la autonómica.

5.º Aunque con los preceptos comentados se ha dado un notable impulso a la actuación coordinada de las Administraciones Públicas en este campo, todavía podrían ampliarse las técnicas y soluciones de coordinación en el futuro, mediante el establecimiento de consultas entre las Administraciones implicadas en fases anteriores a la aprobación inicial de los planes, con la finalidad de evitar en lo posible obras y actuaciones iniciadas por el Ministerio de Defensa en contra del planeamiento vigente.

ESTUDIO CRIMINOLÓGICO DEL DELITO DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA DEL MILITAR PROFESIONAL. INTERACCIÓN DE LA PSIQUIATRÍA FORENSE

Francisco Javier Hernández Suárez-Llanos
Capitán Auditor

SUMARIO

I. Introducción. II. Breve reseña histórica. III. Justificación de la tipificación del delito: el bien jurídico. IV. Otros elementos del delito: A) El sujeto activo. B) La conducta típica. V. Una aproximación criminológica al derecho comparado. VI. Comprensión criminológica del delito de abandono de destino o residencia en España: A) Condicionamientos de estudio. B) Interpretación de las estadísticas. VII Principios de psiquiatría forense en el abandono de destino o residencia. VIII Conclusiones. Propuesta para una solución.

El delito de abandono de destino o residencia también llamado delito de abandono arbitrario, se recoge en el art. 119 del Código Penal Militar aprobado mediante Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre —en adelante CPM— que dice: «El militar profesional que injustificadamente se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de guerra, la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años» (1,2).

(1) La Ley Orgánica 13/ 1991 de 20 de diciembre, reguladora del Servicio Militar, sustituyó la dicción «El Oficial General, el Oficial o asimilado que [...]» del Código Penal Militar de 1985 por la actual «El militar profesional que[...]»

(2) Se advierte una considerable suavización en la punición de estas conductas con la reforma legal operada en 1985 toda vez que retrocediendo al Código de Justicia Militar de 1945, se castigaba más duramente, de 6 meses y un día, a 6 años, al «Oficial o Suboficial que abandonara su destino o el punto de residencia [...]», siendo indiferente para el legislador histórico, el tiempo de ausencia transcurrido.

I. INTRODUCCIÓN

Con este trabajo se pretende analizar determinados aspectos criminológicos de un delito de extraordinaria relevancia en este campo científico como ponen de manifiesto las estadísticas penales, pero pocas veces abordado por los criminalistas quizás por su especificidad implícita en la ubicación que resulta de una ley penal especial como es el CPM y que haría de su estudio, en el campo exclusivo de la criminología española, una materia casi inédita en el plano monográfico (3) propiciando una escasa familiarización del tipo penal militar por parte de nuestra doctrina. Por ello resultará oportuno para facilitar una más fácil comprensión del estudio criminológico de la figura recogida en el artículo 119 del CPM, introducir *prima facie* unas breves consideraciones acerca de las características y elementos jurídico-técnicos de este tipo penal.

Dicho esto, nos proponemos la tarea de dar una visión general de las consideraciones que merece el delito previsto en el art. 119 del CPM en una concreta e interesante rama del derecho penal, cual es la criminología. Para ello se tratará la materia desde un punto de vista histórico, se analizarán los datos estadísticos facilitados sobre el particular recurriendo tanto a las incidencias nacionales como a los obtenidos del Derecho comparado y sin olvidar jurisprudencia y doctrina científica, abordaremos las consideraciones pertinentes en torno a la adecuada prevención del delito y tratamiento del delincuente, con especial referencia a la psiquiatría forense.

Por otro lado, resulta vital para la adecuada comprensión de este estudio separar desde un primer momento el delito de abandono de destino o residencia de otras figuras próximas al art. 119:

1.º El art. 119 bis, que junto al art. 119 también penaba el abandono de destino o residencia pero a diferencia de este no era el militar profesional el sujeto activo, sino el militar de reemplazo, concediendo el art. 119 bis,

(3) Con apenas algunas excepciones de las que caben destacar el análisis del A. MILLÁN GARRIDO, quien es sin duda una de las voces más autorizadas de la doctrina en nuestro objeto de estudio, en su libro, *El delito de deserción militar*, Bosch, 1983 dedica un Capítulo para tratar unas «consideraciones criminológicas» sobre el delito de deserción o J. M. GARCIA LABAJO, quien en *Comentarios al Código penal Militar*, Cívitas, 1998 pp. 1471 y ss, destaca también determinados aspectos del delito de abandono de destino o residencia en el campo de la criminología. También QUEROL o J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, en diferentes trabajos sobre el particular, de carácter más o menos general pero sin consustanciación al apartado criminológico.

plazos más holgados para la consumación del delito (4). Ahora bien, este artículo ha sido derogado por la L.O. 3/2002.

2.º Y el art. 120, que recoge el fenómeno criminal conocido bajo el término deserción castigando tanto al militar profesional como al de reemplazo con la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión cuando se ausentare «con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares» (5). Respecto del delito de deserción, A. MILLÁN GARRIDO (6), consideró que «la deserción y la ausencia no autorizada son dos realidades criminológicamente distintas. Deserta el militar que se ausenta con intención de no seguir prestando su servicio militar, de no regresar, de permanecer indefinidamente ausente, de quedar permanentemente apartado de las FAS [...]. Se ausenta desautorizadamente, por el contrario, el militar que, conscientemente o por negligencia, no regresa al término del permiso concedido, se ausenta con el fin de realizar alguna tarea o cometido concreto, no estando autorizado. Se toma, por su cuenta, unos días de descanso para regresar después». Hay que tener en cuenta que este artículo ha sido modificado por la L.O. 3/2002 que suprimió la mención del militar de reemplazo y añadió al «militar reservista incorporado» como sujeto activo del delito.

Se trata de figuras que aún reconociendo su influencia sobre el tema que nos ocupa en marcos tales como el técnico-jurídico, el sociológico, el médico-forense y en especial y por lo que aquí interesa, el criminológico, habrán de ser sin embargo relevadas a un segundo plano (7) pues de otra

(4) Este art. 119 bis mantiene la misma pena que el art. 119 pero establece plazos más amplios: «[...] por más de quince días [...]». Ambos preceptos, art 119 y 119 bis, conforman la Sección I, que reza «Abandono de destino o residencia», del Capítulo III rubricado por «Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar» del Título VI que recoge, leal a su epígrafe, los «delitos contra los deberes del servicio».

(5) El TS en sentencia 45/1993, de 16 de diciembre, afirma que «[...] ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones, que sólo se exige en el actual art. 120, siendo éste un delito intencional, a diferencia de los otros dos antes mencionados, que son, al igual que el antiguo art. 119 (debe entenderse el vigente también) y el actual 119 bis, delitos formales en los que basta la simple ausencia o no presentación sin causa justificada por el plazo que la Ley Penal Militar señala».

(6) A. MILLÁN GARRIDO, *El delito de deserción militar*, Cit, pp. 48 y 49.

(7) Sin renunciar eso sí, a referentes comparativos que pudieran ser claves para nuestro estudio ya respecto del art. 119 bis por la cohabitación hasta tiempos recientes del militar de reemplazo con el profesional, ya por la evolución del delito del art. 119 ligada al de la deserción del art. 120 y sin los cuales y aún reconociendo que entre ambas figuras media un abismo criminológico en palabras de GARCÍA LABAJO, no podrían comprenderse algunos aspectos criminológicos y de política criminal que han llevado al legislador con la reforma legal de 1991, a diseñar el delito del art. 119 en un punto y aparte de nuestra larga evolución legislativa.

forma traicionaríamos y comprometeríamos la temática que guiaba inicialmente esta investigación en el exclusivo marco del delito de abandono de destino o residencia del art. 119. Asimismo, tampoco se abordarán las cuestiones que pudieran suscitarse en relación con el delito cometido en tiempo de guerra toda vez que las circunstancias y características ligadas al hecho de la guerra, justificarían un estudio aparte y diferente del que nos ocupa.

II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

Fieles a nuestro propósito estrictamente científico, señalaremos un breve comentario al marco histórico del que pende la actual formulación legal en cuanto que al problema criminológico pueda resultar provechoso.

Con el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888, se formula por primera vez la distinción entre el delito de desertión y el de abandono de destino o residencia cuyo diferente tratamiento criminológico y que arrancaba ya desde las Ordenanzas del siglo XVIII, radicaba en el sujeto activo y no en el bien jurídico, siendo únicamente considerado desertor el militar de clases de tropa o marinería mientras que el delito de abandono de destino o residencia sólo podía ser cometido por el mando militar consagrándose un sistema formal u objetivo que continuaría con el Código Penal de 1945, que unificó la legislación penal de los tres ejércitos, y se perpetuaría con el Código Penal de 1985.

Es decir, con el sistema formalista operado hasta tiempos no muy remotos, el delito de abandono de destino o residencia sólo podía ser cometido por los Oficiales y Suboficiales, quedando excluido el personal de tropa y marinería. Además de dicha restricción, el CPM no requería en el sujeto —Oficiales y Suboficiales— la intención de tornar al servicio de las armas a que venía obligado, sustituyendo esta exigencia subjetiva por una presunción *juris et de jure* de dicha intención. En justificación de dicha presunción, DE QUEROL Y DE DURAN, en su obra *Principios de Derecho Militar español con arreglo al Código de Justicia Militar*, de 17 de julio de 1945, consideraba: «El desertor es un soldado o marinero al que en cumplimiento de un deber general de ciudadanía, pero sin consultar su gusto, se le ha sacado forzosamente de su ambiente, de su trabajo normal y de su comarca nativa, estando bien claro que lo que pretende al desertar es romper con la vida de disciplina y sacrificio —honrosa, sin duda alguna, para que su temple moral sólo se presenta como muy penosa— que se le obliga a llevar y por la que quizá no sienta afición alguna, siendo su pro-

pósito el de recobrar su libertad anterior [...] mientras que el Oficial o Suboficial que abandonan su destino no suelen pensar en ello, sin que — por seguir un capricho o pasión temporal, acaso mal aconsejados por un despecho o un rencor de momento, quizá vencida su voluntad claudicante por un vicio que lo arrastra, o por análogos y más o menos complejos factores—, pero generalmente sin propósito de dejar definitiva y permanentemente la que ha venido siendo su profesión y medio de vida, es por lo que se habrán separado del lugar en que los reclama el deber».

Este criterio, tras la cuestión de la reforma de la justicia militar y de la elaboración de un nuevo CPM suscitadas con la vigencia de la Constitución de 1978, había de considerarse anticuado en opinión de destacado sector doctrinal (8), al tiempo que había sido abandonado por los Códigos Penales Militares extranjeros más progresistas, los cuales distinguían, teniendo en cuenta la realidad criminológica, entre ausencia sin autorización bastante y desertión, diferenciación cuyos antecedentes históricos se remontan al Derecho Romano, en el que se separaba ya conceptualmente la *desertio* y la *emansio* (9).

Hubo que esperar a la reforma operada mediante la Ley Orgánica 13/1991 de 20 de diciembre, reguladora del Servicio Militar, que implicando un giro radical a la situación legal existente hasta dicha fecha, consagró el llamado sistema espiritualista actualmente vigente con el que la diferencia entre la desertión y el abandono arbitrario radicaría en la concurrencia del elemento subjetivo consistente en la intención por parte del sujeto activo, de no regresar al Ejército y que se exigirá únicamente en el delito e desertión del art. 120 del CPM, con independencia de cualquier consideración al sujeto activo, fuera éste tropa o mando.

Paralelamente a la evolución legal significada se producirá, con el cambio del sistema objetivo o formalista a un sistema subjetivo o espiritualista, un giro en la incidencia del delito de desertión y del delito de abandono de destino o residencia que verán invertidas las estadísticas de su comisión. No hay más que referirse a la incidencia advertida por A. MILLAN GARRIDO (10) en las estadísticas referidas al periodo 1955-1979, espacio de tiempo presi-

(8) Uno de cuyos partidarios más destacados fue A. MILLAN GARRIDO quién venía considerando que el bien jurídico protegido por el tipo de desertión era el deber de prestación del servicio militar y que tal objeto podía conseguirse eficazmente mediante la adopción de una configuración subjetiva de los tipos delictivos referidos.

(9) ROYO-VILLANOVA PEREZ, en *Las fugas, con especial atención al problema de las desertiones*. Recogido en la obra de PRADOS MORENO, F., *Psicopatología del desertor en tiempo de paz*. 1988, p. 279.

(10) Ob Cit, p. 157.

dido por el anterior sistema objetivo formalista en el que las deserciones supusieron un 44,82% de los delitos militares apreciados frente al 0,63% apreciado en el periodo de tiempo transcurrido desde 1996 a 2002, como tendremos oportunidad de ver más adelante.

III. JUSTIFICACIÓN DE LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO: EL BIEN JURÍDICO

¿Que lleva al legislador a reprochar penalmente al militar el abandono de su servicio o «puesto» frente a la inexistencia de cualquier reproche jurídico-penal del abandono por parte de un trabajador de su puesto de trabajo en la vida civil? (11).

El legislador, para tipificar cualquier figura delictiva ha de determinar el bien jurídico que se busca proteger bajo diferentes consideraciones de política criminal teniendo en cuenta la norma de valoración que en el plano objetivo se proyectaría sobre la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y que siguiendo a J. CEREZO MIR daría lugar a su vez a una norma de determinación en cuya infracción consistiría el injusto (12). La tipificación de los delitos militares adquiere su sentido último en la esfera de la antijuridicidad material, antijuridicidad que se refiere a la ofensa del bien jurídico que la norma quiere proteger, a la lesión en la eficacia de las FAS, es decir, al desvalor del resultado. Esta antijuridicidad, debido a la mayor gravedad del desvalor en el plano del resultado, se separa cualitativa y cuantitativamente de la antijuridicidad derivada por ejemplo del incumplimiento contractual del trabajador mediante el abandono de puesto de trabajo, antijuridicidad que en este último caso operaría sólo en la esfera del

(11) Esta nota de severidad que caracteriza las leyes penales militares, como explica F. JIMENEZ Y JIMENEZ, en «Sentido y alcance de la actual ley penal militar española», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 75, p. 72, «no está tanto en la cuantía de las penas como en la incriminación especial y aún rigurosa de algunos actos que, desde una óptica común, pueden parecer no muy trascendentales. En relación con el delito de deserción y tras la inclusión del militar profesional en este artículo con la reforma de 1991, algunos autores llaman la atención sobre que sólo de la conducta del art. 120 se podrá derivar, como consecuencia de la intención de no seguir en la profesión militar, nada más y nada menos que una pena privativa de libertad lo que para algunos, como E. RAMON RIBAS, parece llevarnos a una situación flagrante ataque a los más elementales postulados de justicia y se amenaza a un sujeto que ya no quiere permanecer en su profesión con recluirlo en la Institución de mayor arraigo de nuestro Derecho: la cárcel».

(12) J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, parte general*, tomo II, Tecnos 6.ª ed. 1998, p. 156.

Derecho laboral (13), quedando despojada sin embargo de toda naturaleza penal.

La justificación de la tipificación del delito militar se contrae básicamente al desvalor del resultado atendida la escasa relevancia de la acción. SASTRE OLAMENDI (14) considera bajo enfoque criminológico que «El delincuente militar no es, por regla general, un criminal propiamente dicho, es un soldado sin comprensión de sus deberes profesionales, negligente, rebelde al sentimiento de la disciplina. Como todo delincuente, es un sujeto inadaptado al medio en que se desenvuelve, pero su inadaptación sólo se refiere al ambiente militar y, naturalmente, sólo en este resulta peligroso, sin que quepa olvidar tampoco que en la milicia por motivos meramente utilitarios, se castigan muchas veces infracciones que distan de ser punibles desde el punto de vista moral, pero que no obstante esto, necesitan de serlo, porque la dura condición de la vida militar y la estrechez de los deberes que pechan sobre el Ejército, pueden convertir el delito, el forzado tributo que paga el hombre a las imperiosas necesidades o a la debilidad de su naturaleza». En Francia, DUBOIS (15) comenta: «La deserción es un acto de adolescente, como lo ha sido el alistamiento, pero el reglamento militar es una ley para adultos».

Esta escasa antijuridicidad formal se manifiesta también en materia de Convenios de extradición en los que como regla general y a salvo alguna excepción (16), no se contemplará la extradición por delitos militares.

Sin embargo, ello no significa que el desvalor de la acción quede desprovisto de todo interés, pues a partir de aquí son claros los argumentos de política criminal, que bajo la consideración del menor riesgo (17) para las disponibilidades de personal de las Fuerzas Armadas que supone el art. 119, desobedecer temporalmente la obligación de presencia, frente a un mayor desvalor de la acción inherente al art. 120 o infracción del deber genérico de prestación del servicio propio del delito de deserción, revertirá en una mayor

(13) Antijuridicidad que explicaría en su caso la pérdida de los derechos retributivos en el plano de la liquidación a que daría lugar cualquier resolución contractual no imputable al trabajador.

(14) «Un ensayo sobre el Derecho Penal Militar» en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 160, (1932), ps. 104 y 105, citado por CALDERON SUSIN . en *Comentarios al Código Penal Militar*, Cívitas, Madrid, 1988, ps. 520 y 521.

(15) Citado por J. ABRIL HERNÁNDEZ, en prólogo a la obra de F. PRADOS MORENO, *Psicopatología del desertor en tiempo de paz*, cit.

(16) Convenio de extradición con Portugal de 25 de junio de 1867.

(17) Pues estaríamos ante delitos de peligro en abstracto, generando muy rara vez su comisión, una lesión materializada en la disminución del potencial bélico del Estado. Habría pues que descartar un «resultado» imputable al autor bajo una relación de causalidad pues como veremos estamos ante delitos formales.

punición de éste. Además y en el específico marco de la antijuridicidad formal o de desvalor de la acción, la menor duración de la ausencia injustificada conducirá a la antijuridicidad penal a reservar las infracciones más leves a la antijuridicidad administrativa castigando como falta disciplinaria grave o leve según que la duración de la ausencia injustificada oscile entre 24 horas y 3 días o sea inferior a 24 horas respectivamente.

Dicho lo cual, el bien jurídico protegido en el delito de abandono arbitrario del art. 119 es el deber de presencia (18), deber entendido por la jurisprudencia como disponibilidad para el servicio (19). La sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2000, dispuso que el bien jurídico protegido en el art. 119 del CPM, es la permanente disponibilidad del sujeto activo respecto de sus Mandos militares, el cual se quebranta cuando se abandona el lugar de residencia o se omite el deber de presentarse en su destino el obligado a efectuarlo, quedando fuera de control de sus superiores en el plazo establecido por la Ley penal militar.

Efectivamente, razones de política criminal han impulsado a considerar necesario describir bajo la rúbrica «delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar (20)» figuras delictivas para atajar de forma efectiva conductas que inciden negativamente en los medios personales de las FAS, conductas que ponen en peligro, a través del servicio, la eficacia del potencial bélico del Estado pues siguiendo a A. MILLÁN GARRIDO, «la antijuridicidad material se contrae, en todos los supuestos, a la lesión que dichas conductas comportan a la eficacia de las Fuerzas Armadas, que solamente es plena cuando todos los elementos del complejo aparato militar funcionan de forma exacta, incluso en los engranajes más modestos y secundarios (21)». Se trataría de proteger la intangibilidad de los recursos humanos (22) articulados para la defensa del

(18) J. M. GARCIA LABAJO, en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit, p. 1521, precisa que «el deber de presencia consiste en la disponibilidad para el servicio: esto es, el cumplimiento del deber que a todo militar compete conforme a las Ordenanzas [...] de permanecer en su Unidad, destino o lugar de residencia sin separarse de ellos, lo que equivale a estar en todo momento bajo el control de las Autoridades militares».

(19) Entre otras por las STS de 28 de mayo de 1996; de 2 de octubre de 1996; de 29 de octubre de 1996; de 21 de enero y de 2 de febrero de 2000.

(20) A diferencia del art. 119, en el que el bien jurídico protegido, como hemos dicho, es el deber de presencia en el destino o residencia; en el delito de desertión recogido en el art., 120 del CPM el bien protegido es el deber de prestación del servicio por el militar, deber más amplio y genérico que el deber de presencia que quedaría, este último, como una obligación más entre otras dentro del deber de prestación del servicio militar.

(21) En referencia a la desertión militar, A. MILLAN GARRIDO, en *El delito de desertión militar* cit, p. 55.

(22) J. M. GARCIA LABAJO, *Comentarios al Código Penal Militar* cit, p. 1482.

Estado a través del deber de presencia del militar en su destino o residencia, recursos que junto a los materiales y morales (23) habrían de considerarse indispensables para conseguir, partiendo de los altos fines encomendados a las FAS en la Constitución (24), y en palabras del artículo 10 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, «la máxima eficacia de su acción» (25).

No obstante hay que tener presente que la doctrina más autorizada (26) señala en relación con los delitos contra la prestación del servicio militar, que estamos ante un bien jurídico único y no ante un delito pluriofensivo (27). Así, estaríamos ante tipos penales militares que se estructuran con el objeto de proteger a su vez específicos valores o bienes jurídicos que no son sino concreción de bienes jurídicos más amplios como es la mencionada Defensa Nacional (28).

(23) Estos últimos, entre los que se encuentran valores como disciplina, jerarquía y unidad son también bienes jurídicos dignos de protección como afirmó el Tribunal Constitucional en Sentencia 97/1985.

(24) El art. 8 de nuestra Constitución establece en su párrafo primero que «Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional».

(25) Con este artículo de las RROO para las Fuerzas Armadas que dice textualmente: «Las Fuerzas Armadas forman una institución *disciplinada, jerarquizada y unida*, características indispensables para conseguir la máxima eficacia de su acción»; se enuncian bienes jurídicos que serán protegidos en la doble vía disciplinaria y penal. De hecho, bajo la rubrica, «Delitos contra los fines y medios de acción del Ejército», se recogían los delitos de desertión y de abandono de destino en el anterior Código de Justicia Militar de 1945.

(26) MILLAN GARRIDO, RODRÍGUEZ-VILLASANTE y CALDERON SUSIN, en *Los delitos contra la prestación del servicio militar (Comentarios a la reforma del Código Penal y del CPM por la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre)*. Bosch Editor, Barcelona, 1995.

(27) Se ha llegado en alguna ocasión a considerar como valor o bien protegido en el art. 119 la disciplina, y no obstante y como veremos el mayor consenso en la actualidad es el de considerar la obligación de presencia en el destino o residencia, en mi opinión ello no obsta considerar que aquella aunque protegida más específicamente en otros tipos penales del Texto Legal, también habría de quedar indirectamente entredicha en la conducta descrita en el art. 119. J. M. GARCIA LABAJO dice: «a la mera disponibilidad del servicio [...] se une aquí la creación de una situación de apariencia de lesión o de riesgo con respecto a otros bienes o intereses de carácter estrictamente castrense que el legislador trata también de proteger al mismo tiempo que la presencia: el valor, la disciplina, la prestación del servicio militar como obligación de ciudadanía etc [...] » en *Comentarios al Código penal Militar*, cit p. 1521.

(28) A. MILLAN GARRIDO afirma que, «casi todos los delitos afectan a los medios de acción del Ejército y, por supuesto, todos, sin excepción, lesionan o ponen en peligro los fines de las Fuerzas Armadas, ya que en tal ataque el potencial bélico reside precisamente la esencia del delito militar». *El delito de desertión militar* cit, p 52

En mi opinión en el abandono de destino del art. 119, estaríamos ante un deber de prestación del servicio irregularmente cumplido pero no incumplido pues sólo se quiebra una de las concretas obligaciones propias de ese deber de prestación: el deber de presencia, y ello es así porque de dicha conducta a diferencia de lo que ocurre en la deserción, persiste *ex ante* una razonable expectativa de que se produzca tarde o temprano la regularización de la situación del ausente en su Unidad o destino o al menos la conducta dolosa el sujeto activo recogerá esa intención o voluntad.

IV OTROS ELEMENTOS DEL DELITO

Una vez abordado el bien jurídico protegido en el art. 119 del CPM vamos ahora a hacer las oportunas consideraciones en relación al sujeto activo y a la conducta típica.

A) EL SUJETO ACTIVO

Tras la reforma de 1991, el sujeto activo consignado en el tipo recogido en el art. 119 es «el militar profesional» (29). Contando hoy nuestras FAS con un Ejército completamente profesional se entenderá por tal sujeto activo todo militar (30) sin más excepción que aquel que por encontrarse en la situación de servicios especiales, de excedencia voluntaria (con excepción de adquirir dicha situación para el cuidado de hijos o por ingreso en Centros Docentes Militares de Formación) o que por tener condición

(29) En contraposición al militar de reemplazo cuya punición da cuenta el art. 119 bis, que hoy, hay que entender en principio y a salvo los supuestos previstos por la Ley de Movilización Nacional, vacío de contenido habida cuenta la reciente extinción de la figura del militar de reemplazo en el seno de nuestras Fuerzas Armadas. Así habrá de tenerse en cuenta los casos de personal militar que se encuentren en situación de reserva tras haber finalizado la prestación del servicio militar —incluyendo los militares de empleo que habiendo tenido cumplido el servicio militar pasen a la reserva y de igual forma los alumnos de los Centros Docentes Militares de Formación que causaren baja en los mismos pues en ambos casos se equiparan a militares de reemplazo— que sea nuevamente llamado a incorporarse al servicio como consecuencia de una orden de movilización, amén del resto de la población civil que también pudiera ser llamada y que se equiparase al militar de reemplazo.

(30) Este concepto incluye el personal de la Guardia Civil, quién podrá ser también sujeto activo de este delito. Entre otras STS de 30 de marzo de 1993.

de retirado, no quedaría incurso a los efectos del art. 138 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas en el concepto de militar dibujado por el art. 8 del CPM.

J. M. GARCÍA LABAJO incide en la necesidad de diferenciar al Mando profesional del militar de reemplazo en el tratamiento criminológico y por ende punitivo en referencia al estudio de A. MILLÁN GARRIDO que decía que en el delito de deserción, el sujeto activo del delito respondía en su mayoría a personas que no lograban adaptarse a la vida militar pero que además ya había tenido graves problemas de adaptación a la vida civil (31). Efectivamente, J. M. GARCÍA LABAJO llamó la atención sobre el hecho de que aunque no existen trabajos similares con Mandos, la especial selección a la que se ven sometidos permite descartar la inadaptación a la vida militar como causa de comisión del delito de abandono de destino o residencia o de deserción. Junto a dichas consideraciones entiendo que la pauta criminológica se verá asimismo condicionada por el carácter remunerado y vocacional del servicio que presta el militar profesional frente al de reemplazo cuyo máximo condicionante se manifestará por un constreñimiento de su libertad al basar su relación con la Administración Militar en el reclutamiento forzoso, frente al compromiso voluntario del militar profesional.

Se comprende con este trascendente giro hacia unas FAS enteramente profesionales, que muchos de los motivos que juristas criminólogos y psicólogos habían destacado como relevantes detrás de la comisión de los tipos delictivos contra el deber de presencia, tales como problemas directamente derivados de la falta absoluta de interés y disposición para cumplir el servicio militar; dificultades pecuniarias o la aversión fundamentada en factores ideológicos (32), no se podrán mantener ya frente a la figura del militar profesional que habiendo decidido voluntariamente ingresar en el Ejército y tras superar un más o menos intenso proceso de selección-formación, obtendrá una remuneración económica mientras dure la prestación de su servicio.

(31) MORENO CAPARRO descubrió que el 60% de los soldados o marineros desertores estudiados habían delinquido antes de incorporarse a filas y que incluso el 20% habían sido condenados más de cuatro veces. «Aspectos psicológicos del delito de la deserción» en *Revista de Sanidad Militar*, Vol. XXXVI, Madrid (1974) ps. 21 y ss.

(32) RUDOLF WEIDINGER, *El delito de ausencia y la deserción. Motivaciones y consecuencias*, («*eigehmächtige Abwesenheit und Fahnenflucht. Motive und Folgerungen*»). Recogido en la recopilación de PRADOS MORENO, *Psicopatología del desertor en tiempo de paz*, cit, p.60.

B) LA CONDUCTA TÍPICA (33)

La jurisprudencia ha venido describiendo la conducta típica del art. 119 alrededor del concepto de ausencia (34), ausencia que comprende tanto ausentarse por más de tres días como no presentarse transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación (35). Ausencia que además habrá de ser injustificada. Por injustificada no hay que entender que no concurre causas de justificación sino que «se produce en desacuerdo con el marco normativo y reglamentario que configura el deber del militar de presencia que con el tipo penal que consideramos se pretende proteger» (36). Y por último habrá de prolongarse hasta transcurrir los plazos legales que se contarán de momento a momento (37), y su naturaleza jurídica aunque discutida, opino que consistirá siguiendo a M. J. JIMENEZ DIAZ en su condición de elemento típico de carácter temporal y objetivo que además tendrá que ser abarcado por el dolo del autor (38).

Como vimos, el art. 119 del CPM excluye la intención de desertar, pues de concurrir en la conducta típica se aplicaría el art. 120. Es este menor desvalor de la acción (39) en el delito de abandono de destino o residencia junto a la diversidad del bien jurídico protegido en uno y otro precepto, los que por motivos de política criminal van a revertir en una inferior punición del delito previsto en el art. 119 frente al art. 120.

(33) Ya se comentó que el tipo del art. 119 únicamente se diferencia del 119 bis, además de los plazos de consumación, en el sujeto activo al ser cometido este último por el militar de reemplazo, y del art. 120 (deserción) en el elemento subjetivo recogido en éste y consistente en el ánimo de sustraerse definitivamente del servicio.

(34) STS de 21 de enero de 2000, explicitó que: «el elemento objetivo del tipo consiste en la ausencia injustificada [...] por tiempo superior al legalmente establecido».

(35) Como ya adelantamos, estamos ante un delito de peligro en abstracto; de simple omisión y de carácter permanente.

(36) En palabras de la STS de 21 de enero de 2000, también de 4 de marzo de 1998; de 4 de mayo y de 27 de enero de 1999 o 7 de septiembre de 1994.

(37) Entre otras, STS de 29 de noviembre de 1994; de 15 de julio de 1999 y de 2 de febrero de 2000.

(38) M. J. JIMENEZ DIAZ, se refiere a naturaleza jurídica de los plazos recogidos en las figuras tipificadas en la legislación reguladora de la objeción de conciencia, pero extrapolables a los plazos del art. 119 del CPM, «Delitos relativos a la prestación sustitutoria; su problemática aplicación», *Cuadernos de Política Criminal* N.º 54, (1994), p. 1018. Otros como RODRIGUEZ DEVESA, opinan que «el transcurso de los plazos que la Ley previene es una mera condición objetiva de penalidad», en *Nueva enciclopedia jurídica*, Barcelona, (1955), p. 253.

(39) Que estaría integrado siguiendo a J. CEREZO MIR, por elementos ya subjetivos ya objetivos: dolo; demás elementos subjetivos del injusto; infracción de los deberes jurídicos específicos que obligan al autor en los delitos especiales; forma, modo o grado de realización de la acción y por último, y peligrosidad de la acción desde el punto de vista *ex ante*. en *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, cit. p. 154.

V. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO COMPARADO

Antes de abordar el material estadístico relativo a nuestra Jurisdicción Militar, vamos a realizar unas primeras aproximaciones al Derecho comparado, destacando que los datos estadísticos son recabados de países que tienen un sistema de infracciones de deber de presencia próximo al nuestro (40). Dichos datos han sido facilitados por las correspondientes autoridades nacionales a través de las Agregadurías Militares españolas en el extranjero.

A) ESTADÍSTICAS

a) Suiza (41)

Cuadro I
Delitos de abandono arbitrario y deserción cometidos en Suiza
(Años 1995-2000)

Año	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Abandonos	43	76	386	453	463	540
Incidencia en abandono	6,33%	14,36%	63,80%	72,36%	73,14%	72,77%
Deserciones	565	394	145	79	78	96
Incidencia en deserción	83,21%	74,48%	23,96%	12,61%	12,32%	12,93%

En Suiza los delitos de abandono arbitrario, se recogen en el artículo 82 del Código Penal Militar y representan en el periodo transcurrido desde 1995 hasta 2000 un 50,46% del total de delitos militares referidos a dicho periodo. En el mismo periodo los delitos de deserción, que se tipifican en el artículo 81 del mismo cuerpo penal suizo, representaron el 36,58%.

(40) Estos países han sido elegidos por el autor en consideración a la enumeración de sistemas legislativos espiritualistas ofrecida por A. MILAN GARRIDO en «La reforma de las infracciones contra el deber de presencia. Los delitos de deserción y ausencia arbitraria» en *Revista del Consejo General del Poder Judicial: «Derecho Penal y Procesal Militar»* Madrid (1993), p 221.

(41) Datos facilitados por la Office Federal de la Statistique Section du Droit et de la Justice.

b) Canadá (42)

Cuadro II
Delitos de abandono arbitrario cometidos en Canadá
(Años 1998-2002)

<i>Periodos (*1)</i>	<i>1998-1999</i>	<i>1999-2000</i>	<i>2000-2001</i>	<i>2001-2002</i>	<i>2002-2003</i>
Abandonos	394	162	382	431	294
Totales (*2)	1357	542	1477	1451	1546
Porcentaje	29,03%	29,89%	25,86%	29,70%	27,63%

(*1) Los periodos se corresponden con las siguientes «anualidades»: 1 de agosto de 1998 a 31 de agosto de 1999; 1 de septiembre de 1999 a 31 de marzo de 2000; 1 de abril de 2000 a 31 de marzo de 2001; 1 de abril de 2001 a 31 de marzo de 2002 y 1 de abril de 2002 a 31 de diciembre de 2002.

(*2) Número total de delitos militares cometidos en cada año.

En Canadá, el tiempo transcurrido entre el 1 de agosto de 1998 hasta el 30 de septiembre de 2002, el delito de abandono arbitrario tipificado en el artículo 90 (43) del texto legal canadiense, ha supuesto el 28,33 % del total de los delitos militares cometidos en aquel país (44).

c) Estados Unidos (45)

Cuadro III
Delitos de abandono arbitrario cometidos en EE.UU.
(Años 1997-2003)

<i>Periodos</i>	<i>1997</i>	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>	<i>2003*</i>
Abandonos	60	37	65	75	102	73	12
Totales	969	817	851	889	1042	1017	153
Porcentaje	6,19%	4,52%	7,63%	8,43%	9,78%	7,17%	7,84%

* Hasta el 1 de marzo de 2003

(42) Cifras obtenidas de las publicaciones de *Summary Trials Reporting. Office of the Judge Advocate General* en «<http://www.forces.gc.ca/jag/office/publications/default.e.asp>», facilitadas asimismo por la Agregaduría de Defensa de la Embajada de España en Ottawa.

(43) Recogido bajo la denominación *absent without licence*.

(44) No disponemos de cifras relativas al delito de desertión canadiense que se castiga en el art 88 de su Código Penal Militar, sin embargo cabe destacar que dicho precepto establece una presunción legal de que la ausencia por más de 6 meses se entenderá desertión salvo que se pruebe lo contrario.

(45) Estadísticas facilitadas por la Agregaduría de Defensa de la Embajada de España en Washington.

El delito equivalente al abandono de destino o residencia en los EE.UU. sería el allí conocido como AWOL —Absent Without Leave—, contemplado en el Art. 86 del Código de Justicia Militar —Uniform Code of Military Justice— y representa el 7,36% en los 7 últimos años del total de delitos militares cometidos en dicho periodo (46).

d) Reino Unido (47)

A diferencia de lo que ocurre en las FAS españolas, las FAS británicas tienen tres «Códigos penales y disciplinarios» distintos, uno para cada Ejército (Mar, Tierra y Aire), aunque está en estudio la elaboración de un único «Código» común.

Cuadro IV
Delitos de abandono arbitrario cometidos en UK por la Royal Navy*.
(Años 1998-2000)

<i>Periodos</i>	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>
Abandonos	29	34	57
Totales	259	189	197
Porcentaje	11,19%	17,98%	28,93%

* Se emite una diligencia al 7.º día de ausencia, excepto que ya se tenga conocimiento del hecho con antelación en cuyo caso será emitida antes de ese plazo. Tras su emisión el acto será considerado formalmente como AWOL (48).

(46) Al igual que en España la diferencia con el delito de desertión estriba fundamentalmente en la intención de no volver nunca más a las Fuerzas Armadas, si bien nadie es considerado desertor hasta transcurridos 30 días de ausencia sin autorización (AWOL). Ello explicaría la diferencia en los porcentajes referidos a este país en comparación con los de otros Estados, pues las ausencias que hubieren superado dicho periodo de 30 días se contarían como desertiones no siendo reflejados en el cuadro, debiendo presumir que de incluir las desertiones, los porcentajes se incrementarían significativamente.

(47) Estadísticas facilitadas por la Consejería de Defensa de la Embajada de España en Londres.

(48) No se incluyeron los abandonos arbitrarios de la Royal Marines al no estar completo el historial de todos los juicios existentes, según estadísticas facilitadas por la Consejería de Defensa de la Embajada de España en Londres.

Cuadro V
Delitos de abandono arbitrario cometidos en UK por el Ejército de Tierra*.
(Años 1997-2000)

<i>Periodos</i>	<i>1997</i>	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>
Abandonos	1357	1419	1673	1834
Totales	4312	4579	3731	4659
Porcentajes	31,47%	30,98%	44,84%	39,36%

* En el Ejército de Tierra, una persona es declarada AWOL cuando han transcurrido un determinado número de días sin que por causa justificada haya acudido a su puesto de trabajo, destino o servicio. El 6.º día de ausencia se le envía un apercibimiento, si aún así tampoco ha comparecido al servicio tras 21 días, se convocará una comisión de investigación para esclarecer la causa de ausencia, tras lo que se emitirá un informe al vigésimo noveno día de ausencia, que resolverá si declarar o no formalmente a la persona AWOL. Esta declaración tendrá efectos retroactivos desde el primer día (49).

Cuadro VI
Delitos de abandono arbitrario cometidos en UK por el Ejército del Aire*.
(Años 1997-2000)

<i>Periodos</i>	<i>1997</i>	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>
Abandonos	24	32	35	28
Totales	1099	1352	1620	1313
Porcentajes	2,18%	2,36%	2,16%	2,13%

* Llama la atención los bajos porcentajes reflejados en el Ejército del Aire británico, antes bien la tabla no especifica los diferentes tipos de AWOL. Una persona es declarada AWOL si no acude a un servicio para el que se le ha nombrado en un día concreto, sin embargo tras 23 días de ausencia, una comisión de investigación puede declararle «ilegalmente ausente».

El delito equivalente al abandono de destino o residencia en el Reino Unido sería el allí conocido como AWOL —Absent Without Leave—, y representa el 19,36% en la Royal Navy, el 36,66% en el Ejército de Tierra y 2,20% en el Ejército del Aire en los 7 últimos años del total de delitos militares cometidos en dicho periodo en cada Ejército.

(49) Estas estadísticas reflejan todos los expedientes abiertos, incluidos los de faltas leves.

e) Alemania (50)

Cuadro VII
Delitos de abandono arbitrario cometidos en Alemania.
(Años 1997-2002)

<i>Periodos</i>	<i>1997</i>	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>
Abandonos	2	3	10	7	3	5
Totales	89	103	105	95	76	110
Porcentaje	2,24%	2,91%	9,52%	7,36%	3,94%	4,54%

El delito equivalente al abandono de destino o residencia en Alemania que al igual que los demás delitos militares se valora como infracción del Código de la Ley Penal Militar en el art. 15, representa el 5,08% en los 6 últimos años del total de delitos militares cometidos en dicho periodo. Se observa un porcentaje netamente inferior al registrado en otros países si bien hay que tener en cuenta que se trata de cifras muy relativas toda vez que sólo se registraron las infracciones cometidas por el personal profesional de las FAS alemanas a los que habría que sumar anualmente unos 5.000 a 7.000 casos de sospecha de «abandono de destino o residencia», que son cometidos casi exclusivamente por soldados que se encuentran realizando el servicio militar obligatorio, lo que ahonda en dicha consideración (51).

f) Austria (52)

Cuadro VIII
Delitos de abandono arbitrario cometidos en Austria.
(Años 1999-2001)

<i>Periodos</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>
Abandonos (*1)	9	8	8
Totales (*2)	654	577	662
Porcentajes	1,37%	1,38%	1,20%

(*1) Referido al número de delitos con exclusión de las faltas.

(*2) Referido al número de delitos y faltas militares.

(50) Estadísticas facilitadas por la Consejería de Defensa de España en Bonn.

(51) Los delitos militares de ausencia llegaron a suponer un grave problema en Alemania especialmente a partir de los años 60, siendo objeto de especial atención por parte

Si bien, de los datos proporcionados por las autoridades de Austria se colige una mínima incidencia del abandono de destino en relación con los totales, 1,31%, hay que tener en cuenta que las cifras expresadas en relación con los delitos totales se refieren al número de denuncias presentadas, siendo notablemente inferiores el número de delitos y faltas militares totales sentenciadas, —278 para el año 1999 y 165 para el año 2000, no disponiendo de los datos referidos en este punto para el año 2001—, y en especial, que las cifras facilitadas en relación a los abandonos arbitrarios se refieren a delitos, mientras que las cifras facilitadas en relación con los totales se refiere tanto a los delitos como las faltas, desconociéndose para quien suscribe hasta que punto pudieran estar estas últimas, «infladas», con ocasión de su inclusión de las faltas no penales.

B) CONCLUSIONES

Habiendo tomado como base para reunir los datos estadísticos que anteceden, periodos de tiempo que oscilan entre 1995 y 2003, los porcentajes relativos al concreto delito de abandono arbitrario en los diferentes países en los que se han recabado las informaciones, varían notablemente destacando desde el 1,31% de abandonos arbitrarios que ha supuesto en Austria de la delincuencia militar en este país, hasta el 50,46% de Suiza.

Sin perjuicio de considerar la dificultad en obtener conclusiones fiables en relación con los países que presentaron los porcentajes más bajos debido a que los datos obtenidos están condicionados por diferentes extremos, véase Austria (53) y en especial Alemania en la que, como dijimos,

del Comisario Parlamentario de la Defensa mediante informe del año 1973 en que indicaba que «el problema, en sentido numérico, es el más importante de todas las infracciones militares[...] Me parece urgente [...] el contribuir a la solución de este problema, ya que los gastos ocasionados en personal y material por los diferentes Organismos civiles y militares en investigaciones y procedimientos judiciales y disciplinarios son de trascendental importancia. Tan importante como estos gastos son las circunstancias que acompañan a estos delitos, que, debido a su gran publicidad, pueden producir hacia la opinión pública una gran desconfianza hacia las FAS.»»

(52) Estadísticas facilitadas por la Consejería de Defensa de España en Bonn.

(53) Entre los que destaca la inclusión en ocasiones de las infracciones no penales para cuantificar el número total de infracciones, cuando para determinar el número de infracciones constitutivas de abandonos arbitrarios, las Autoridades nacionales sólo facilitaron las cifras referidas a delitos de dicho carácter, sin incluir las infracciones no penales de abandono arbitrario (véase Austria)

al dato del 5,08% de incidencia habría que sumar anualmente unos 5.000 a 7.000 casos de sospecha de «abandono de destino o residencia»; hay que reconocer la importancia de la comisión del delito de abandono arbitrario en los países de nuestro entorno sociocultural (54). Se hace patente en definitiva el creciente número de delitos militares de ausencia arbitraria en la fenomenología criminal extranjera, incremento que se observa especialmente revelador en países como Suiza, Estados Unidos o Reino Unido, provocando gran preocupación en tanto constituye un grave atentado contra el mantenimiento del orden y la disciplina militar en las FAS de los diferentes países (55).

VI. COMPRENSIÓN CRIMINOLÓGICA DEL DELITO DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA EN ESPAÑA

A) CONDICIONAMIENTOS DE ESTUDIO

Nuestro estudio, que partirá de las estadísticas (56) obtenidas y relativas al delito que nos ocupa, estará sin embargo condicionada en tres sentidos:

1.1. Por un lado habrá de tenerse en cuenta el problema del fraude (57), factor a tener en cuenta, si consideramos que en no pocas ocasiones, las conductas investigadas y sentenciadas bajo la modalidad penal del art. 119 del CPM, se cometieron inicialmente con intención de sustraerse definitivamente de las obligaciones militares, es decir, con la voluntad de

(54) Aunque referida a la desertión, A. MILLÁN GARRIDO, dejó constancia de la incidencia de esta ausencia en la década de los años sesenta referida a países de nuestro entorno, con porcentajes tales como el 41,12% de Bélgica, el 60,15% de Alemania o el 66,67% de Francia respecto del total de las infracciones militares, en *El delito de desertión militar*, cit, p.156.

(55) El Comisionado para la Defensa en Alemania ha subrayado en diferentes informes anuales dicha circunstancia. RUDOLF WEIDINGEN, en *El delito de ausencia y la desertión. Motivaciones y consecuencias*, cit, p. 51.

(56) Obtenidas de «Estadística de Jurisdicción Militar», Imprenta Nacional del B.O.E. Madrid (datos correspondientes a los años 1996; 1997 y 1998) y la «Memoria elevada al Gobierno de Su Majestad presentada al inicio de los correspondientes años judiciales por el Fiscal General del Estado», Imprenta Nacional del B.O.E. Madrid (datos correspondientes a los años 1999; 2000 y 2001).

(57) Al que ya hizo referencia A. MILLÁN GARRIDO, *El delito de desertión militar* cit, p. 156.

desertar del art. 120, cosa muy difícil de demostrar y consecuentemente no se podrá aplicar el art. 120 (58).

Sin embargo, este es un problema de prueba, propio de los sistemas espiritualistas y que se plantearía bajo los problemáticos condicionantes de tener que indagar en la psique del delincuente (59). No obstante y advirtiendo de que amplio sector de la doctrina rechaza de plano dicho obstáculo probatorio (60), se han propuesto recursos de diversa naturaleza para paliar significativamente el obstáculo probatorio que presenta esta figura del art. 119 y que habría de excluir el ánimo de desertar. A MILLAN diferencia los Ordenamientos que normativamente ya prevén soluciones basadas en circunstancias objetivas para mitigar estas dificultades de prueba y que tienen como denominador común la duración de la ausencia (61), de las legislaciones sin tales precisiones normativas destacando entre otras la norteamericana en la que es la jurisprudencia la que dibujando un cuerpo de doctrina a través de la interpretación del «Código Uniforme de Justicia

(58) Como ocurre en aquellos supuestos en que el militar imputado por el delito previsto en el art. 119, imputación que se mantendrá mientras no existan indicios suficientes de la intencionalidad de no regresar a su Unidad, tras sustraerse a la acción de la justicia, es sin embargo habido y puesto a disposición del Juez Togado correspondiente, quien tras requerirle para que se reincorpore a su Unidad al objeto de regularizar su situación, toma conciencia el imputado de la trascendencia de su comportamiento delictivo, y decide regularizar su situación en su Unidad aún cuando con anterioridad había adoptado la determinación de sustraerse definitivamente de toda relación con sus obligaciones militares.

(59) Nuestra jurisprudencia por lo general considera acreditada la intención de sustraerse permanentemente de las obligaciones militares únicamente en los supuestos de reconocimiento expreso y terminante de dicho extremo y así lo demuestran reiteradas STS como las de 26 de febrero de 2001; STS 32/1998 de 7 de julio o de 24 de noviembre de 1999. En esta última, el TS consideró que «esa intención de incumplir de forma definitiva el deber de presencia y la prestación del servicio militar resulta suficientemente acreditada, tanto por sus expresas manifestaciones en el acto de la vista, como por las que igualmente realizara ante el Juzgado Togado [...], y por la carta que dirigiera al Jefe de su Unidad como expresamente se declara en los hechos probados de la sentencia recurrida».

(60) A. BERNA DE FERREIRO en comentarios al libro de A. MILLAN GARRIDO; RODRIGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L. Y CALDERÓN SUSÍN, «Los delitos contra la prestación del servicio militar» *REDEM* N.º 66 (1995) p. 470, comenta en relación a la introducción del sistema espiritualista o subjetivo en nuestro sistema, que «No parece obstáculo para su estimación como sistema más adecuado el de las dificultades probatorias que comporta toda referencia a elementos anímicos».

(61) Así ocurre por ejemplo con la legislación canadiense que presume la intención de desertar en quien sin autorización ha permanecido ausente por un periodo superior a seis meses, o la de Israel que establece la presunción salvo prueba en contrario en veintidós días consecutivos.

Militar» norteamericano, aprecia intención de desertar bajo diversos criterios interpretativos (62).

También corresponde a este apartado referirse al problema de las bajas médicas y en particular la utilización irregular de los procedimientos administrativos articulados para la tramitación de bajas por enfermedad y que en no pocas ocasiones se sospecha que pudieran ser utilizadas fraudulentamente para ausentarse de las Unidades, dando lugar con frecuencia a la incoación de diligencias preparatorias al objeto de investigar la posible comisión del delito recogido en el art. 119 del CPM. Lo cierto es que este problema que ha venido siendo de especial preocupación por su alta incidencia en los últimos años, ha sido mitigado en cierta medida por la Instrucción 169/2001, de 31 de julio, por la que se dictan normas sobre la determinación y el control de las bajas temporales para el servicio por causas psicofísicas del personal militar profesional, cuyo apartado 6.1 exige que las bajas temporales de tiempo previsible o efectivo superior o igual a un mes será preceptivo un dictamen de la sanidad militar. El tipo del art. 119 del CPM exige que la ausencia esté injustificada, no pudiendo derivarse respuesta penal alguna en los casos en que se produce una ausencia aún prolongada si se presenta la documentación médica acreditativa de haber o estar padeciendo una baja médica suscrita por facultativo. Sin embargo, no son pocos los casos en los que se produce una ausencia de la Unidad sin previo aviso y sin darse razón de dicha ausencia hasta mucho tiempo después con la subsiguiente aparente impunidad. En tales casos y de quedar acreditada la enfermedad justificativa de la ausencia, se podrá no obstante dirimir en sede disciplinaria le eventual responsabilidad en que pudiera incurrirse, si se demuestra la vulneración de las normas reguladoras de la tramitación de las bajas médicas .

1.2. Un segundo condicionante se plantea en consideración al momento «crítico» en que se elabora este trabajo toda vez que el sistema mixto de composición de nuestras FAS con tropa de reemplazo ha tocado

(62) A. MILLÁN GARRIDO, «La reforma de las infracciones contra el deber de presencia: los delitos de deserción y ausencia arbitraria» en *Revista del C.G.P.J. Derecho Penal y Procesal Penal Militar*, Madrid, (1993), p. 96 hace acopio de numerosos ejemplos, así además de la larga duración de la ausencia, la jurisprudencia norteamericana tiene en cuenta otras circunstancias como la venta del uniforme, la adquisición de billetes para un lugar lejano, el arresto o localización a considerable distancia de su destino, su descontento con las Fuerzas Armadas, la previa amenaza de desertar, el estar arrestado o los preparativos (operaciones bancarias, provisión de dinero y ropa) etc. en cambio, dice, deben estimarse como pruebas contrarias al ánimo de desertar un servicio prolongado sin tachas o la permanencia en la taquilla de los efectos y enseres del sujeto o su ausencia bajo los efectos de bebidas alcohólicas o estupefacientes.

a su fin con la desaparición del servicio militar obligatorio en el año 2001, dando en el presente momento sus primeros pasos en una nueva etapa con un Ejército enteramente profesional, por lo que habrá que esperar un tiempo prudencial para poder llegar a conclusiones del todo fiables.

1.3. Por último, las Memorias elevadas al Gobierno por el Fiscal General del Estado correspondientes a cada año se facilitaron sin distinción de que los delitos militares fueran cometidos por personal profesional o por personal de reemplazo (63), con inevitable perjuicio para la interpretación de los datos estadísticos relativos a los delitos de abandono de destino o residencia cometidos en España en los últimos años si consideramos las peculiaridades criminológicas propias del militar de reemplazo (64) cuyo estudio escapa a esta investigación, toda vez que el delito previsto en el art. 119 del CPM sólo puede ser cometido por el militar profesional. Además tampoco se hace distinción entre los delitos cometidos por tropa y marinería sea esta profesional o de reemplazo y los cometidos por Mandos, si bien y aún sin disponer de estadísticas en este sentido, es sabido que la incidencia en la comisión del delito de ausencia arbitraria del art. 119 del CPM por los Mandos es considerablemente reducida, como lo demuestra que el Tribunal Militar Central cuya competencia se extiende respecto de los procedimientos penales militares que se instruyan por delitos del CPM cometidos cuando el inculcado ostente empleo igual o superior a comandante, sólo ha conocido en tres ocasiones desde el año 1995 hasta nuestros días (65).

B) INTERPRETACIÓN DE LAS ESTADÍSTICAS

En cuanto a nuestro país, la simple ausencia de un tratamiento separado de los delitos del art. 119 respecto de los del art. 119 bis en las publi-

(63) Solo tenemos la proporción en el contingente total de tropa de reemplazo respecto de la cuantía total de efectivos en cada año:

Años	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Reemplazo	71,27%	63,96%	57,39%	33,91%	22,87%	12,18%

pero ello no permitirá aventurar la obtención de conclusiones fiables sobre el particular habida cuenta que no se puede llegar a ninguna consideración fiable haciendo aproximaciones porcentuales con las cifras obtenidas para decidir la incidencia del número de delitos cometidos por el soldado profesional y por el de reemplazo.

(64) Un recurso humano proveniente de diferentes clases sociales y variadas áreas geográficas de todo el país del que dimos oportuna cuenta y que va a ir siendo llamado a filas, debiendo incorporarse obligatoriamente con los diferentes llamamientos bajo pena de incurrir en diversas figuras delictivas.

(65) Dos casos correspondieron al año 1995 y uno al año 1997.

caciones nacionales de estadísticas judiciales otorga la razón A. MILLÁN GARRIDO quien ya en su libro *El delito de deserción militar* prevenía que «en España el escaso rigor en la elaboración de las estadísticas penales militares hace muy difícil cualquier consideración criminológica... (66)», aseveración que hacemos nuestra en relación con el delito de abandono de destino o residencia del art. 119 del CPM. Los condicionamientos de estudio tratados en el anterior epígrafe y su repercusión que comporta de por sí, dificultades para la correcta interpretación de los datos que a continuación se relacionan, ahonda en dicha consideración.

Los datos vienen referidos a los procedimientos iniciados por dicho delito en los últimos 7 años que la publicaciones de estadísticas judiciales han recogido al tiempo de elaborarse este trabajo (67), periodo que comprende los años que van desde 1996 hasta 2002.

Cuadro IX
Delitos de abandono arbitrario cometidos en España.
(Años 1996-2002)

Año	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Art. 119 y 119 Bis	467	529	526	554	656	825	593
Total (*1)	980	1023	914	929	990	1170	914
Incidencia	47,65%	51,71%	57,54%	59,63%	66,26%	70,51%	64,87%

(*1) Referido al número total de delitos militares —ora abandonos arbitrarios, ora de otra clase previstos en el CPM— cometidos en cada anualidad.

Los datos reflejados nos sugieren las siguientes consideraciones:

1.^a El abandono de destino o residencia es la figura delictiva más relevante en el ámbito de la Jurisdicción Militar. En el periodo recogido el abandono de destino o residencia supone una media del 59,73% de los procedimientos iniciados por delitos militares (68).

2.^a Se observa asimismo un incremento constante de la tasa de procedimientos iniciados por la comisión de delitos de abandono de destino o residencia, promediada en un 4,67% anual. Se aprecia por lo tanto un sen-

(66) Ob. citada P. 156.

(67) Al tiempo de elaborar este trabajo, la última Memoria elevada al Gobierno por el Fiscal General del Estado es la correspondiente al año 2002 (año 2003).

(68) En concreto, en el año 2002 el delito de abandono de destino o residencia fue el más frecuentemente cometido (593) con una enorme diferencia respecto de los que le siguen en número: contra la Hacienda Militar (64), insulto a Superior (63), desobediencia (57) y abuso de Autoridad (33), únicas figuras delictivas que vienen a superar en el citado año los 20 casos iniciados durante el mismo.

sible incremento en la incidencia de este delito en nuestras Fuerzas Armadas que oscila entre un 47,65% y un 70,51% correspondientes a los años 1996 y 2001 respectivamente, lo que llama la atención especialmente si hablamos de un periodo de tiempo relativamente corto: 7 años.

3.^a Se pone de manifiesto, y así lo han destacado las diferentes Fiscalías Jurídico-Militares, que, aunque habrá que esperar a la evolución en los próximos años, la desaparición del servicio militar obligatorio no parece llevar consigo una drástica reducción de los delitos contra el deber de presencia dada la paralela reducción del personal militar de reemplazo que ha ido experimentando en dicho periodo (1996-2001) (69).

4.º No obstante lo anterior, los datos si dejan constancia de que en el último año estadístico, año 2002, se quiebra la mencionada tendencia de incremento progresivo advertida en los años anteriores y en especial y como hemos indicado, en el año 2001. La significativa disminución de las cifras obtenidas (523) respecto de las correspondientes al año anterior (825), ha de explicarse en principio por la ya aludida reducción del contingente militar correspondiente a la tropa y marinería, con ocasión de la consolidación de la desaparición del servicio militar obligatorio, sin perjuicio de mantener la provisionalidad con que aún han de contemplarse en este momento los datos analizados.

5.^a Aún siendo el delito de abandono de destino o residencia el núcleo de esta investigación, y como quiera que el delito de deserción aún realidad criminológica distinta, reviste una especial influencia en la investigación criminológica de los delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar ya destacada a lo largo de este trabajo, dejamos también constancia de su incidencia en el mismo periodo 1996-2002:

Cuadro X
Delitos de deserción cometidos en España
(Años 1996-2002)

Año	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Art. 120	11	14	2	5	3	3	6
Total	980	1023	914	929	990	1170	914
Incidencia	1,12%	1,36%	0,21%	0,53%	0,30%	0,25%	0,65%

En el periodo recogido el delito de deserción supone una media del 0,63% de los procedimientos iniciados por delitos militares.

(69) La Memoria Fiscal del año 2002, resalta el dato de que son más los militares profesionales de tropa y marinería que cometen estos delitos que los militares de reemplazo.

VII. PRINCIPIOS DE PSIQUIATRÍA FORENSE EN EL ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA

En 1962 G.HOUCHON, intentó interpretar los mecanismos de las fugas bajo una óptica criminológica más tradicional —desde E. de GREEF—. Así distingue tres tipos de procesos: uno de crisis-deserción, que es el resultado de un desequilibrio de adaptación al ambiente militar en un individuo que idealiza su hogar más allá de toda objetividad; un segundo proceso de verdadera madurez criminal en individuos fugados habitualmente antes de ser soldados, y, finalmente, un proceso de reacción explosiva, descrita en particular por A. M. ROSE —1951— en *Los infantes del Ejército americano*, durante la campaña italiana en la Segunda Guerra Mundial (70).

A mediados de los años setenta, J. MORENO CHAPARRO (71), consideró en su estudio sobre los aspectos psicosociológicos de la deserción desarrollado en pacientes de tropa y marinería del Hospital Militar Gómez Hulla, que el desertor «posee una personalidad inmadura, con deficiente capacidad para emitir juicios éticos, deficitariamente estructurada y con escasa tolerancia a las frustraciones» (72). En cuanto a las circunstancias ambientales en que se desenvuelve el desertor, dicho autor dice que «en la mayoría de los casos es irregular y hostil, tiene un evidente carácter social primitivo, con déficit afectivos irreparables, lo que provoca una falta de maduración personal, donde el desarrollo de la voluntad es escaso y la disminución de modelos de conducta troqueladores provoca una costumbres paleopsíquicas o al menos una conciencia psicoatávica, primitivo-instintivas, con intereses a nivel fisiológico grosero».

Con posterioridad, en la esfera psicopatológica del desertor, destacan las tablas elaboradas en el informe de PRADOS MORENO, GOMEZ CAMPANERO y GÓMEZ MÚGICA (73), que en relación a un estudio llevado a efecto en relación con personal interno en la Prisión militar de Alcalá de

(70) P. JUILLET y P. MOUTIN en *Aspectos de la psiquiatría Militar*.

(71) *Aspectos psicosociológicos de la deserción* cit, P. 21 y ss. El desertor, continúa, presenta una tendencia a la comisión de actos de matiz consultivo y su integración a la sociedad es por ello difícil e incompleta.

(72) En este estudio se significó que el 56% de los desertores investigados tenían antecedentes penales.

(73) PRADOS MORENO, GOMEZ CAMPANERO y GÓMEZ MÚGICA, «Estudio preliminar sobre la morbilidad mental en los desertores del servicio militar en tiempo de paz, realizado en la Prisión militar de Alcalá de Henares (Madrid) en el periodo de cuatro años, de febrero de 1979 a febrero de 1983» en la obra de FERNANDO PRADOS MORENO, *Psicopatología del desertor en tiempo de paz*. cit, p.181 y ss.

Henares que cumplían penas por delitos de deserción (74), en el periodo transcurrido entre 1979 y 1983, recogen como diagnósticos médico-psiquiátricos más frecuentes, los de personalidad sociopática y reacción de adaptación contando con 54 diagnósticos el primero y 49 el segundo y suponiendo un 13,50% y un 12,24% respectivamente del total de diagnósticos estudiados (75). En dicho trabajo se llega a la conclusión que el diagnóstico psiquiátrico más frecuente en los desertores es el de «trastorno de la personalidad» que supuso un 32,06% dentro de los cuales se incluyen los casos de personalidad psicopática —con un 58,90% dentro de dichos trastornos— y los casos de neurosis de carácter —con un 31,50%—.

A los estudios considerados hasta aquí, podemos añadir, el realizado por L. LLAQUET y M. QUIROGA (76) entre los años 1982 y 1984 —en la esfera de la nosología psiquiátrica y conflictividad en el medio militar— quien concluye que entre los soldados con patología psíquica que desertan, la alteración psicopatológica que con más probabilidad van a presentar será un trastorno de la personalidad, y la menos probable, una psicosis (77).

La interacción de la psiquiatría forense en el delito de abandono de destino o residencia, merecen distintas valoraciones para los mencionados investigadores. Así, J. MORENO CHAPARRO considera que tanto en sus estadísticas como en su experiencia la frecuencia de trastornos mentales graves de desertores es mínima, por lo que el informe pericial psiquiátrico sólo es necesario en contadas ocasiones y no debe convertirse en petición rutinaria de las Autoridades judiciales añadiendo que para solicitarlo debe haber al menos una «sospecha» razonable de la «anormalidad» del desertor. Por el contrario, PRADOS MORENO, GOMEZ CAMPANERO y GÓMEZ MÚGICA, en su obra citada, concluyen que ha sido diagnosticado de enfermedad mental un 35,71% del número total de desertores reclusos, lo que supone a su juicio que tras la deserción en tiempo de paz hay que buscar siempre una enfermedad mental subyacente en la que el hecho de la deserción es sólo un síntoma y sugieren a los magistrados y abogados defenso-

(74) Que era delito equivalente a los de abandono arbitrario y deserción actuales.

(75) Seguirían el retraso mental discreto con un 11,21% de incidencia y la neurosis del carácter con un 7,20%..

(76) LLAQUET y QUIROGA, en su «Retrato robot del soldado con patología psíquica que deserta», significan que presentará un deficiente desarrollo de la personalidad en casi dos tercios de los casos y en casi una cuarta parte de los casos padecerá una debilidad o retraso mental. [Incluido en la recopilación citada de F. PRADOS MORENO, p. 205.]

(77) LLAQUET y M. QUIROGA en «Retrato robot del soldado con patología psíquica que deserta», cit, p.204.

res en los juicios por deserción, soliciten ante la menor duda, un estudio psiquiátrico del desertor (78).

Se aprecia sin embargo, mayor coincidencia en señalar los trastornos de la personalidad como factor criminógeno de particular interés en la deserción en tanto que estados psicopatológicos predelictuales mayoritarios y aunque en menor medida, el desertor psicótico.

Hasta aquí, hemos tratado con datos correspondientes a estudios que se hicieron en los años 70 y 80 —no contamos con estadísticas más actuales— al tiempo que proceden de muestras poco numerosas por lo que queda fuera de lugar buscar significaciones estadísticas si los consideramos aisladamente con independencia de los demás estudios. Además los estudios que se han llevado a cabo se han referido casi siempre a militares de clase de tropa y marinería de reemplazo, y dado el tiempo en que han sido realizados —cuando era el sistema formalista u objetivo, el que presidía nuestro sistema de ausencias delictivas— se refirieron al delito de deserción y no al abandono arbitrario según la configuración típica que revestía bajo dicho sistema —que como hemos visto difiere a la estructura típica que caracterizan tales delitos militares en la actualidad—. Sin embargo, y aunque no disponemos de estadísticas en tal sentido, nos vemos en el deber de señalar aún de manera conjetural, que las conclusiones de la más reciente psiquiatría forense convenidas para los delitos contra los deberes de presencia coinciden en señalar que el trastorno adaptativo (79) es el de mayor incidencia en el delito de abandono arbitrario, mientras que el trastorno de la personalidad (80), de mayor gravedad que el anterior es el que se presenta más frecuentemente en el delito de deserción. Todo ello conduce a concluir los siguientes extremos:

(78) En «Estudio preliminar sobre la morbilidad mental en los desertores del servicio militar en tiempo de paz, realizado en la Prisión militar de Alcalá de Henares (Madrid) en el periodo de cuatro años, de febrero de 1979 a febrero de 1983» cit, p 199.

(79) Según el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, año 1995 (DSM-IV), la característica esencial del trastorno adaptativo es el desarrollo de síntomas emocionales o comportamientos en respuesta a un estresante psicosocial identificable. Los síntomas debe presentarse durante los tres meses siguientes al inicio del estresante. La expresión clínica de la reacción consiste en un acusado malestar, superior al esperable dada la naturaleza del estresante, o en un deterioro significativo de la actividad social o profesional (o académica). P. 639.

(80) Definido por el DSM-IV como un patrón permanente e inflexible de experiencia interna y de comportamiento que se aparta acusadamente de las expectativas de la cultura del sujeto, tiene su inicio en la adolescencia o principio de la edad adulta, es estable a lo largo del tiempo y comporta malestar o perjuicios al sujeto. P. 64.

- En la deserción —art. 120 CPM— la patología más común será el trastorno de la personalidad y en menor medida trastorno psicótico que se ubicaría en el peldaño de mayor gravedad y menor incidencia (81).

- En el abandono de destino o residencia —art. 119 CPM— el trastorno adaptativo aparecerá con mayor frecuencia, y en menor medida, el trastorno de personalidad. Ocasionalmente podrán concurrir ambos trastornos a la vez (82).

Como se puede comprobar, en la comisión del delito de abandono de destino o residencia se esconde frecuentemente una severa dificultad de adaptación para quienes lo cometen y así se deduce también de los datos epidemiológicos aportados por diferentes investigadores destacando especialmente MORENO CHAPARROS quien advierte (83) la importancia manifiesta de la delincuencia anterior —antecedentes penales—, alcanzando en el trabajo de dicho autor al 56% de los casos totales de deserción, o el 70% y 69% de delincuencia familiar y personal respectivamente advertidos por DUBOIS; RICKELINCK y otros en sus investigaciones sobre cien expedientes de informes periciales médico-legales efectuados en Francia, lo que denota una relevante falta de capacidad de adaptación social previa de la que resultará valorable la estancia en la cárcel como un factor en la deserción.

VIII. CONCLUSIONES: PROPUESTAS PARA UNA SOLUCIÓN

En resumen, entiendo que la evolución legislativa de los últimos años y en especial la introducción del sistema espiritualista ha significado siempre un paso adelante, pues motivos claros de política criminal han demandado ya desde tiempos remotos un tratamiento jurídico adecuado a las evidentes realidades criminológicas que separan el delito que ha sido objeto de este análisis del delito de deserción.

Es de destacar que el delito de abandono de destino o residencia, según los últimos sondeos no ha sido cometido con mayor frecuencia por el mili-

(81) J. ABRIL HERNÁNDEZ recalcó que franceses y españoles coinciden en la baja cifra de psicóticos desertores (3,7% y 4,2%, respectivamente), cit. p. 15.

(82) El DSM-IV dice «puesto que los trastornos de la personalidad son acentuados frecuentemente por el estrés, no se suele establecer el diagnóstico adicional e trastorno adaptativo. Sin embargo, si en respuesta a un estresante aparecen síntomas que no son característicos del trastorno de la personalidad, puede ser apropiado el diagnóstico adicional del trastorno adaptativo», [p. 641].

(83) CHAPARRÓ, Ob Cit, p.26.

tar de reemplazo como podría pensarse sino por el militar profesional, lo que conllevaría colegir que de no actuarse en el futuro ya mediante medidas disuasorias preventivas ya mediante incentivos (84) que conjuren una más que supuesta falta de motivación favorecedora de ausencias antijurídicas, no ayudan a pensar que las estadísticas vayan a sufrir en el futuro cambios considerables.

En cuanto a la interacción de la psiquiatría forense en el estudio criminológico del delito de abandono de destino o residencia del art. 119 de nuestro CPM, hemos podido comprobar que en un importante porcentaje de los casos estudiados en las investigaciones apuntadas más arriba, concurre un estado predelictual condicionado por una personalidad psicopatológica que nos llevará a hablar de auténticas conductas de inadaptación para referirnos a los comportamientos descritos en el art. 119 del CPM (85). Esta falta de adaptación social se reflejará aún de forma más acentuada como inadaptación a la vida militar lo que nos llevará a referirnos al punto relativo a los sistemas de selección-formación utilizados para integrar el contingente de nuestras FAS (86).

Considero, no obstante lo anterior, que la «crisis adaptativa» habrá de manifestar en las actuales FAS profesionales menor significación frente a la que revestía durante la etapa del extinto servicio militar obligatorio, toda vez que el militar profesional se verá sometido a un proceso selectivo y formativo en las correspondientes Academias Militares en las que la capacidad adaptativa se pondrá a prueba y el estado psicosociológico del pos-

(84) HELMUT SCHUMACHER, en Alemania, se ha referido en este sentido al incremento de sueldos considerando que aunque las consecuencias de esta medida no pueden ser supervaloradas ni pueden ser la panacea para la solución definitiva de este problema tan importante, es obvio que un incremento de sueldo más razonable podría ser una medida eficaz para reducir el número de estos delitos de ausencia. Entiendo sin embargo que el problema remunerativo puede jugar un papel ante el problema de la falta de interés para asumir el compromiso contractual con las FAS en el campo del reclutamiento pero no tendrá apenas virtualidad en la lucha contra el abandono de destino injustificado, especialmente una vez consolidado el carácter enteramente profesional de FAS.

(85) DUBOIS, RICKELING, TESONNEAU y otros aducen: «su no adaptación se traducirá frecuentemente con cometer el acto, y lo más fácil y pasivo, por un lado, es la desertión, porque piensas no poder recibir ninguna ayuda de los militares, todos vistos como enemigos, u. por otro lado, porque, más profundamente, las persecuciones que se inician les confiere una identidad singular y les permite satisfacer tendencias autopunitivas».

(86) MORENO CHAPARRO en *Aproximación psicosociológica a los criterios de aptitud y exclusión en las FAS*, III Simposium de Psiquiatría Militar, Hospital Militar de Valladolid, 1980, cree demostrada la influencia de los acontecimientos vitales como factores determinantes de la adaptación del individuo al Servicio Militar, «lo que nos llevaría, [...] a criterios de selección no basados exclusivamente en la bipolaridad salud-enfermedad, sino «adaptabilidad no adaptabilidad», con la consiguiente valoración de criterios no sólo clínico-médicos, sino también psicológicos y sociológicos».

tolante influirá a la hora de poder superar los procesos académico-formativos para ingresar como militar profesional, conllevando estos la necesidad de adaptación, en palabras de MORENO CHAPARRO (87), a un nuevo entorno afectivo —compañeros—, un nuevo nivel de exigencias vitales, en el orden más puramente físico de ejercicios, actividades de riesgo, nuevas conductas psicomotoras, etc. —Unidad—, y a la vez enfrentándose con un nuevo modelo de autoridad y con las situaciones transferenciales que la disciplina genera —disciplina—.

Si bien la incidencia comentada del trastorno adaptativo en este delito obligará a seguir teniendo en cuenta el problema de la adaptación en las conclusiones deducidas en el presente trabajo. P. JUILLET y P. MOUTIN (88), diferenciaron entre individuos mal adaptados (89) en los que su inadaptación se manifestaba bien sea por diagnóstico médico, somático o psiquiátrico —aptitudes suicidas, crisis, etc.— bien sea por actitudes de oposición individuos bien adaptados —pasividad, indisciplina, etc.—, e individuos bien adaptados durante un tiempo, a veces relativamente largo, antes que pudiera sobrevenir el desequilibrio, con frecuencia brutal y precedido, aquí también, de manifestaciones menos importantes de inadaptación al colectivo militar. Lógicamente, en su mayoría y por las razones indicadas, los casos que interesan a este trabajo serían los segundos habida cuenta los procesos de formación mencionados más arriba para el ingreso en las FAS. Los procesos que desencadenarían en estos casos los mecanismos indicados pueden ser de lo más variado: amenaza o imposición de un arresto especialmente cuando este se produce próxima a la finalización del compromiso por el militar profesional de tropa y marinería; un permiso denegado, etc. Por ello y ya en una primera aproximación a la profilaxis criminal debería llevarse un control especial de los alumnos o postulantes al ingreso como militar profesional, en las Academias y Centros de formación militares, en el aspecto relativo a las dificultades específicas de adaptación al nuevo medio militar al objeto de atajar problemas que pudieran presentarse en el futuro sobre el particular.

Por otro lado, no son nuevas las apelaciones que la doctrina viene haciendo a la importancia de evitar en el plano preventivo, índices tan significativos desde el punto de vista médico-psiquiátrico en la incidencia del delito de abandono de destino o de residencia, especialmente en

(87) «Acontecimientos vitales como determinantes de la adaptación del individuo al servicio militar».

(88) En ob. cit.

(89) Respecto de estos, añade, «Es muy frecuente que precedan a la deserción ausencias irregulares, de corta duración, y que constituyan un verdadero índice de predilección».

el momento de la selección de personal en las FAS (90), conduciendo, como indican LLAQUET y QUIROGA, a proponer que se adecuen los medios en la selección (91), a fin de detectar precozmente aquellas desviaciones de la personalidad que tienen mayores probabilidades de descompensarse, generando conflictividad mayor (92). La información sobre las investigaciones relevantes de carácter sociopsicológico no sólo habrán de jugar un papel en el momento de fijar los parámetros en la selección de personal militar, sino también en un momento posterior, pues los Mandos no reciben prácticamente ningún tipo de información sobre tales investigaciones, aún cuando ello podría ser de gran valor para resolver los numerosos problemas relacionados con los delitos contra los deberes de presencia.

También es este momento cuando el conocimiento por parte del Mando de los problemas humanos de sus subordinados adquiere carta de naturaleza. SCHUMACHER (93), aboga por mejorar las relaciones entre superiores y soldados, introduciendo factores formativos que aumenten la cohesión del grupo, aumento de la formación sobre misiones del Ejército y, a los Mandos, sobre las causas de los delitos de ausencia. Esta faceta de la lucha preventiva contra esta forma delictiva complementará la utilidad de la rigurosidad en disciplina y sanciones.

(90) Respecto de los trastornos de la personalidad, el vigente cuadro de exclusiones, recogido por el Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las FAS, distingue en los niveles más elevados de conflictividad psicopática los identificados con las siglas P4 y P5 que incluirían «los trastornos mentales o de la personalidad de grado medio y evolución crónica o con secuelas que determinen dificultades moderadas y persistentes de la actividad sociolaboral. La aptitud está limitada a destinos y funciones que no impliquen decisiones autónomas, actuando bajo supervisión» (P4), y «los trastornos mentales o de la personalidad de suficiente intensidad y persistencia como para determinar graves y persistentes dificultades en la actividad sociolaboral. Podría determinar la no aptitud para el servicio», (P5).

(91) A. MILLÁN GARRIDO, ya destacó que la prevención del delito va íntimamente unida a la selección del elemento personal de las FAS, selección que habría de ir dirigida a eliminar a todos aquellos individuos cuya integración en el Ejército no resulte conveniente atendidas sus circunstancias individuales y sociales, siendo fundamentales, aduce el citado autor, los antecedentes penales, los índices psiquiátricos, criterios sicométricos, fundamentalmente un test de personalidad, y la propia bibliografía y situación actual del futuro soldado. *El delito de desertión militar* cit, p. 163. Y consideró como factor criminógeno primario en el delito de desertión, «la inadaptación a la vida militar, proveniente casi siempre de una personalidad sicopatológica, en la que la adaptación social general suele ser asimismo defectuosa». Ob Cit, p.171.

(92) «Retrato robot del soldado con patología psíquica que deserta», cit, p.204.

(93) Citado por J. ABRIL HERNÁNDEZ, en prólogo a la ob. cit. de F. PRADOS MORENO, p.14.

Otro factor a tener en cuenta para poder explicar tan acentuado fenómeno criminal, es que en muchas ocasiones el militar, especialmente de clase de tropa o marinería, va a desconocer que esta forma de comportamiento, es una conducta punible que puede traer consigo graves consecuencias de carácter judicial, conducta que como ya indicamos no acarrearía mayores consecuencias en la vida civil a tenor de la escasa antijuridicidad formal inherente al delito militar y que explicaría la decisión de desertar con la posterior regularización voluntaria del delincuente en su Unidad una vez que se ve incurso en un procedimiento judicial, por ello, considero de enorme relevancia garantizar al personal militar un conocimiento suficiente de la gravedad de un abandono de destino y en especial de residencia por más de tres días, con el fin de que no pueda haber ningún género de duda en este sentido.

También cabe destacar en el plano preventivo, la frecuente desnaturalización del «efecto disuasorio de la pena» debida a la nociva sensación de aparente impunidad que provocan en las Unidades las escasas condenas cumplidas con ocasión de la comisión de los delitos del art. 119 del CPM, a lo que hay que añadir que la larga duración de los procesos judiciales provocarán que incluso en caso de que se cumpla finalmente la condena, la medida perderá su efecto ejemplarizante de cara a la disciplina y por ende de cara a la prevención de nuevos delitos de ausencia (94). Para impedir la referida situación contamos con la inestimable ayuda del Derecho disciplinario, el cual, aplicado con suficiente rigidez paliaría mediante el efecto disuasorio de la sanción en gran medida la mencionada aparente impunidad y es aquí, en el campo de la aplicación de las sanciones disciplinarias, donde jugaría un importante papel la lucha preventiva contra las infracciones de ausencia tanto disciplinarias como penales pues garantizando una baja incidencia en la comisión de las faltas disciplinarias de ausencia mediante el citado «efecto disuasorio» se redundará también en una menor incidencia respecto de la comisión del delito de ausencia arbitraria.

En este sentido, queremos hacer notar que el carácter profesional y remunerado que caracteriza el vínculo del militar profesional con las FAS abre el abanico de medidas que pueden ser utilizadas para luchar contra esta forma tan relevante de delincuencia militar, destacando por su influencia disuasoria la inmediata suspensión remunerativa de quien se ausenta injus-

(94) A. MILLÁN GARRIDO, comenta: «Es factor profiláctico comprobado la disciplina, que actúa como freno a estados psicopatológicos propicios a la deserción. En este sentido, cualquier falta disciplinaria debe ser corregida de inmediato. La impunidad favorece la indisciplina y, como señala COLÁS, conduce inevitablemente al delito militar». En *el delito de deserción militar* cit, p.165.

tificadamente una vez transcurrido determinado plazo de tiempo, lo que evitaría situaciones de flagrante impunidad de militares, que permaneciendo fuera de todo control por parte de su respectiva Unidad continúan percibiendo sus haberes durante un periodo excesivamente prolongado, con los perjuicios inherentes a la ejemplaridad y disciplina en las Unidades.

Por último, queremos advertir que si bien no se han aportado en este trabajo datos estadísticos en la esfera del Derecho disciplinario militar, las precisiones que se han vertido en el mismo son de aplicación en su gran mayoría a la problemática del estudio de la infracción disciplinaria contra los deberes de presencia, sus causas y repercusiones pues como indica A. MILLÁN GARRIDO (95) «la ausencia arbitraria sólo es delito sino a partir de cierta entidad, lo que normalmente se determina en las legislaciones señalándose un plazo de gracia hasta cuyo término el hecho únicamente constituye un ilícito disciplinario». Por ello las faltas disciplinarias de ausencia ofrecen un indudable carácter criminógeno de idéntica realidad que el delito de ausencia arbitraria.

Agradecimientos:

Al Area de Consejeros del Ministerio de Defensa y en especial a los Titulares de las Consejerías de Defensa de Suiza, Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, Alemania y Austria en el periodo 2002/2003 por los datos estadísticos facilitados.

Al Teniente Coronel Médico Psiquiatra D. Francisco Javier Ramón Harne por su colaboración en la materia forense.

(95) En *el delito de deserción militar*, cit, p. 49.

LA AMBIGUA NATURALEZA DE LO DISCIPLINARIO EN EL DERECHO MILITAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Rodrigo de Lorenzo Ponce de León
Teniente Auditor

SUMARIO:

1.- Introducción. 2. Panorámica histórica del Derecho Penal y Disciplinario Militar en los Estados Unidos de América. 3. El estrato normativo y la ambigüedad de lo disciplinario. 4. Conclusiones.

«La disciplina es el alma de un ejército: hace que unos pocos sean formidables, procura el éxito al débil y la estima a todos».

General George Washington, 1759*

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo es resultado de abordar el difícil deslinde que existe entre lo penal y lo disciplinario en el Derecho Militar de los países anglosajones; línea de investigación que, hace de ello ahora algún tiempo, nos sugirieran las páginas que el General Consejero Togado

* TSOURAS, P.G., *WARRIORS' WORDS: A DICTIONARY OF MILITARY QUOTATIONS*, Arms and Armour Press, New York, U.S.A., 1994, pág. 139.

(q.e.p.d.) don Francisco JIMÉNEZ JIMÉNEZ dedicara al Derecho Penal Militar Comparado en su breve pero sustanciosa *INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL MILITAR* (1) y sobre la que recientemente (aprovechando ahora los conocimientos adquiridos entonces hemos tenido ocasión de abundar, aunque desde un planteamiento mucho más exhaustivo, en nuestra monografía *EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA* (2).

De todas las especialidades jurídicas, la disciplinaria y la penal son, sin duda alguna, las más frecuentes a que todo jurista, militar o no, en contacto con el Derecho Militar debe enfrentarse a lo largo de su carrera profesional. Ya sea desde la órbita del asesoramiento al mando o en la instrucción de procedimientos disciplinarios; desde el ejercicio de la jurisdicción; o en la importantísima tarea de defensa de derechos e intereses en procedimientos de una u otra índole; poseer conocimientos amplios y actualizados ha de ser no solo motivo de celo constante sino deber inexcusable por la enorme incidencia que ambos ordenamientos, expresión del «*ius puniendi*» público, tienen en el ámbito de las libertades y garantías individuales propias de un Estado de Derecho.

Por esta razón, y porque insistiendo una vez más en lo dicho en nuestra monografía (3), creemos merecido rescatar al Derecho Militar del tra-

(1) JIMÉNEZ JIMÉNEZ, F., *INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL MILITAR*, CIVITAS, Madrid, 1987; en cuya página 68 podemos leer, a propósito de la quiebra de los límites entre uno y otro campo en las diversas legislaciones, lo siguiente: «...en los países anglosajones no existe acción disciplinaria porque (...) sobre todo en los supuestos de «minor offense» (faltas penales) la posibilidad del «non-judicial punishment» (castigo no judicial) se otorga al Jefe militar. Pero, inversamente, siempre se concede al acusado el derecho a solicitar su enjuiciamiento por un tribunal militar». En igual sentido cabe citar a RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., autor del Prólogo a otra de las escasísimas obras que existen en nuestro país sobre Derecho Militar británico, de ahí su gran valor e interés, de referencia: *DISCIPLINA Y FUERZAS ARMADAS*, tomo 41, 2 vols., Halbury's Law of England; en cuya página X leemos: «En el sistema británico, además, no existe una clara distinción entre infracciones penales y disciplinarias (artículo 69 del Army Act inglés) que, en principio pueden ser corregidas por el Comandante, dejando a salvo siempre el derecho del condenado [sic.] a ser juzgado por un Consejo de Guerra»; así como en la página XII donde también se lee: «La denominación de DISCIPLINA Y FUERZAS ARMADAS no debe llevarnos a engaño, pues en Derecho Militar inglés lo penal es también disciplinario, al no existir el deslinde propio del Derecho militar continental».

(2) Monografía leída y defendida por el autor durante la asistencia al XII Curso de Formación de Oficiales de la Escala Superior impartido por la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, año 2001/02. Un ejemplar de la misma quedó depositado en los fondos de la citada Escuela y desde aquí animamos a todo aquel que tenga interés en su lectura o consulta no deje de hacerlo, transmitiendo cualquier sugerencia directamente al autor en: Rodrigodelorenzo@yahoo.com.

(3) *EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR...* op. cit. pág. 2.

dicional abandono que lo caracteriza en España (4), es por lo que juzgamos y esperamos que las siguientes líneas sean de utilidad para todos aquellos relacionados con su aplicación en nuestra Patria. Si a dicho abandono secular añadimos, además, la cuasipermanente vigilia científica que existe para su estudio desde una perspectiva comparada (5), la labor se convierte en doblemente meritoria por muy humilde que esta sea.

En nuestro caso, salvando las adversidades derivadas de la escasez de fuentes científicas —en gran medida compensada por la generosa ayuda y apoyo que hemos recibido desinteresadamente por parte del auditor de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos (USAF-*Judge Advocate General's Corps*) Comandante don Gregory W. Kruse y, asimismo, de doña Elena Arranz y de don Luis Sanz; del Comité Permanente Hispano-Americano todos ellos—, hemos centrado la atención en el Ordenamiento *punitivo* militar de los Estados Unidos de América, por ser un exponente fiel de la

(4) Nos sumamos a la opinión que en este sentido se manifiesta en el prólogo a la obra de ROJAS CARO, J., *DERECHO PROCESAL PENAL MILITAR*, ed. BOSCH, Barcelona, 1991, pág. 8, que califica a dicho manual como «...único completo y bien sistematizado», así como a esta disciplina «...una especialidad no muy cultivada»; o en el prólogo a la obra de HIGUERA GUIMERÁ, J.F., *CURSO DE DERECHO PENAL MILITAR ESPAÑOL. Parte General*, ed. BOSCH, Barcelona, 1990, pág. 16, en que se señala que dicho manual «...viene a tratar una materia bien olvidada en nuestra España», así como que «...el Derecho penal militar ha sido bastante descuidado por la Universidad española», o que se trata de «...la promoción científica de una ciencia por hacer».

Por la autoridad de su prestigio no podemos dejar de citar, sumándonos a su opinión, a RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *DERECHO PENAL ESPAÑOL. PARTE ESPECIAL*, Gráficas Adonais, Madrid, 1980, en cuya página 1243 y con ocasión de referirse a los debates parlamentarios de reforma del antiguo Código de Justicia Militar de 1945 puede leerse: «...toda la materia estuvo presidida por la tradicional ignorancia del Derecho Militar».

(5) Lamentablemente así ocurre y cualquiera que haya pretendido realizar estudios de Derecho militar comparado en España habrá padecido el ayuno característico de su dogmática científica, aun a pesar de intentos verdaderamente alentadores como los llevados a cabo individualmente por autores como JIMÉNEZ JIMÉNEZ, ROJAS CARO, HIGUERA GUIMERÁ o MILLÁN GARRIDO los cuales incluyen siempre reseñas dedicadas al Derecho Militar de otros países en sus obras; o la constante labor de impulso y promoción de esta especialidad llevada a cabo por la propia *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR* desde su fundación en 1956; o en el monumental *COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL MILITAR*, de varios autores, editado por CIVITAS en 1988 y que bien merecería una segunda edición actualizada y ampliada con la prolífica jurisprudencia de la Sala V del Tribunal Supremo de Justicia; labor, como queda dicho, interesante en todos sus aspectos pero insuficiente en un país como España que, precisamente, fue pionera en la implantación de la figura del Auditor militar.

Estamos decididamente, con toda su carga de ironía, con RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO cuando califica al Derecho Penal militar de «*ciencia oculta*» con ocasión de su recensión a la obra ya aludida de JIMÉNEZ JIMÉNEZ, F., *INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL MILITAR*, en artículo aparecido en *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR* núm. 51, 1988, pág. 451.

tradición jurídica anglosajona, circunscribiendo el objeto de estudio a la especial naturaleza de sus instituciones disciplinarias y prescindiendo, en gran medida, de examinar aspectos materiales o adjetivos en detalle. Para cualquier ampliación o abundamiento de esas características, remitimos gentilmente a la consulta de nuestra aludida monografía o a las obras y normativa referenciadas a lo largo del presente artículo.

Agradecemos anticipadamente a esta nuestra Revista —que nos consta precursora y mantenedora de la tradición militar *iuscomparatista*—, el espacio cedido para el presente artículo y aguardamos, con verdadera ilusión, la aparición de ulteriores trabajos que, probablemente con más autoridad y acierto pero no con mayor entusiasmo, contribuyan a situar esta rama jurídica en el lugar en que por su importancia le corresponde.

2. PANORÁMICA HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL Y DISCIPLINARIO MILITAR EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

El nacimiento de esta rama del Derecho en la joven república norteamericana, como ocurre con el resto de su novísimo Ordenamiento jurídico, data del siglo XVIII y se halla estrechamente relacionado con el proceso revolucionario iniciado a raíz de las resoluciones adoptadas por los delegados de las colonias británicas del Nuevo Mundo en el II Congreso Continental reunido en Filadelfia de mayo a octubre de 1775. Proceso que, inspirándose en los principios e ideales del republicanismo liberal y democrático de la Ilustración, llevará a la formación definitiva del Estado a través de la Declaración de Independencia en 1776, la aprobación de los «Artículos de la Confederación» en 1777, la posterior firma del Tratado de Paz con Gran Bretaña en 1783 y la adopción, finalmente, de la Carta Constitucional en 1789.

Si bien las deliberaciones iniciales del Segundo Congreso Continental en 1775 no incluían la emancipación de las colonias (6) frente a la Corona, pues tradicionalmente las asambleas locales habían cuestionado la autoridad del Parlamento británico pero no la del monarca. Sin embargo, la obstinación del rey Jorge III en mantener los *Decretos Coercitivos* —orde-

(6) Las Colonias Unidas de Norteamérica (denominación que utilizarán hasta la proclamación de la independencia en 1776) asistentes al Congreso fueron Massachusetts, Pennsylvania, Nueva York, Connecticut, Nueva Jersey, Rhode Island, Nueva Hampshire, Virginia, Maryland, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Georgia y Delaware. Nota del autor.

nanzas que restringían severamente las prerrogativas de las colonias—, llevó a los asistentes al Congreso a dotarse de un ejército para hacer valer sus reivindicaciones frente a la metrópoli. El 23 de junio, cuarenta y cuatro días después de iniciado el Segundo Congreso, los delegados asignaron a un comité compuesto por cinco miembros la tarea de redactar una declaración para ser proclamada en Boston por el general George Washington, designado representante de las colonias en calidad de comandante en jefe del Ejército Continental, nombre este último adoptado por los colonos para diferenciarlo del ejército británico (7). Que el Congreso Continental estaba preparando un levantamiento revolucionario a gran escala se explica, además, por el hecho que los delegados habían mandado organizar en octubre una fuerza naval y un mes después, el Cuerpo de *Marines* (8). El Ejército Continental no era un ejército al uso tradicional europeo pues lo integraban «minuteros» (*minutemen*) (9) así como profesionales de la guerra reclutados en todos los rincones del Viejo Continente y aventureros, equipados y pertrechados, iniciada ya la Guerra de Independencia, con la ayuda militar española y francesa aportada por las monarquías borbónicas reinantes en ambos países.

La organización de estas fuerzas, embrión de lo que después habrá de convertirse en el Ejército federal, llevó a los revolucionarios reunidos en Filadelfia a incluir entre sus primeros decretos la promulgación de un texto legislativo sobre régimen y disciplina militar, el 30 de junio de 1775, con el título de «Artículos de Guerra» (*Articles of War*). El 29 de julio, un bostoniano graduado en Derecho por la Universidad de Harvard, su nombre era William Tudor, será elegido primer consejero letrado (*Judge Advocate*) de las citadas fuerzas, a imagen y semejanza del Auditor militar existente ya en otros ejércitos europeos y cuya figura era «...*de pura y rancia cepa española*» (10). Posteriormente, el 28 de noviembre

(7) MOYA, J., *UNA EMPRESA LLAMADA ESTADOS UNIDOS*, De La Torre, Madrid, 1994, pág. 113.

(8) MOYA, J., op.cit., pág. 118.

(9) Los campesinos y trabajadores asalariados habían inventado un modelo de guerrillas de milicianos a los cuales solo había que darles la señal de ataque e inmediatamente dejaban el sembrado y el taller para tomar las armas y acabar con el enemigo, estos eran los «*minutemen*»; ver MOYA, J., op. cit., págs. 110 y 118; en relación al carácter popular y revolucionario del Ejército Continental también puede consultarse GORDON, S.W., *LA REVOLUCIÓN NORTEAMERICANA*, ed. MONDADORI, Barcelona, 2003, págs. 114-131.

(10) En cita efectuada por MILLÁN GARRIDO, A., en el Prólogo por él suscrito a su obra *ORDENANZAS MILITARES*, ed. TRIVIUM, Madrid, 1993, pág. 10; el cual la toma, a su vez, de SALCEDO Y RUIZ, A., *SUBSTANTIVIDAD Y FUNDAMENTO DEL DERECHO MILITAR*, discurso leído en el acto de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Tipografía del Sagrado Corazón, Madrid, 1913, pág. 51.

serán adoptadas las «Reglas para el Régimen de la Marina de las Colonias Unidas» (*Rules for the Regulation of the Navy of the United Colonies*) siguiendo las pautas de los «Artículos de Guerra» ya vigentes para el Ejército. La denominación será cambiada un año más tarde por la de «*Articles for the Government of the Navy*» y una de cuyas características fundamentales era la disposición de un régimen de disciplina castrense más severo de lo que era, quizás, norma habitual en las fuerzas terrestres (11). Se trata, en todo caso, de los primeros textos conocidos en la historia del Derecho militar de los Estados Unidos aunque, ciertamente, daten de época preconstitucional y procedan de una asamblea popular de carácter revolucionario.

Estas primerísimas normas de justicia y disciplina por las que habían de regirse las fuerzas armadas revolucionarias respondían irónicamente, dadas las actitudes que animaban a los independentistas, al modelo británico de «Artículos de Guerra» (*Articles of War*) (12) los cuales, por cierto, habían sido su principal fuente de inspiración. El dato relevante, en lo que aquí interesa, fue la recepción mimética de los usos y prácticas tradicionalmente seguidos por los ejércitos de Su Majestad cuyo origen se remontaría, a su vez, a los tiempos de dominio romano, sajón y normando sobre las islas británicas. En todo caso, los principios básicos de los «*Articles of War*» y de los «*Articles for the Government of the Navy*» descansaban en conceptos axiomáticos propios de la época: jerarquía y obediencia ciega; «...*muy lejos todo ello de los principios igualitarios patrocinados por los revolucionarios norteamericanos*» (13).

A lo largo del siglo XIX permanecerán vigentes ambos textos normativos sin grandes modificaciones, siendo su nota dominante: «...*la exaltación del castigo, la obediencia ciega y el sentido del honor y temperamento de los mandos para el mantenimiento de la disciplina*» (14). La Guerra de Secesión (1861-1865), motivada, en síntesis, por el recelo de los estados del Sur hacia el creciente protagonismo del gobierno federal en la defensa de las libertades ciudadanas, poco impacto produjo en el Ordenamiento punitivo castrense. Se trataba de una época en que, reflejo del tra-

(11) COOKE, J.S., *FIFTIETH ANNIVERSARY OF THE UNIFORM CODE OF MILITARY JUSTICE*, artículo publicado en *MILITARY LAW REVIEW* núm. 165, sept. 2000, págs. 1-20.

(12) Denominación cuyo origen se remonta al Derecho histórico nórdico y en concreto, al «*Code of Articles*» dado a sus huestes por el rey Gustavo Adolfo de Suecia en 1621. Ver IMMEL, S.M., *DEVELOPMENT, ADOPTION, AND IMPLEMENTATION OF MILITARY SENTENCING GUIDELINES*, artículo publicado en *MILITARY LAW REVIEW* núm. 165, sept. 2000, pág. 163.

(13) COOKE, J.S., cit., pág. 4.

(14) COOKE, J.S., cit., pág. 4 (nota 5).

dicional temor norteamericano al «bonapartismo» (15), los ejércitos se nutrían básicamente de mandos procedentes de las milicias estatales y la clase militar se encontraba aislada y debilitada en una sociedad en que «...*muy pocos eran los que cuestionaban o sentían interés por la Justicia militar*» (16).

La principal novedad de este periodo histórico, en lo que aquí importa, será que a partir de 1895 los reglamentos ejecutivos dictados por el Presidente en aplicación de las leyes militares, dada su condición de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, comenzarán a denominarse: «*Manual for Courts-Martial*» (Manual para *Consejos de Guerra*) (17); denominación tradicional que se ha mantenido vigente hasta nuestros días.

El advenimiento del siglo XX supone un giro copernicano en la historia política y militar de los Estados Unidos cuyas consecuencias se han

(15) Los colonos americanos de los siglos XVII y XVIII legaron a las generaciones posteriores una tradición militar enraizada en la fe que un ejército permanente constituía una traición a la libertad individual y era una amenaza constante al normal desenvolvimiento del régimen parlamentario. Esta política «antimilitarista» tuvo sus consecuencias a penas seis meses después de la revolución, cuando el Congreso redujo el Ejército Continental a un total de 80 oficiales y soldados. El continuado recelo frente al «hombre a caballo», vigente en el pensamiento político e intelectual norteamericano hasta bien entrado el siglo XX, quedó reflejado en la Constitución de 1789 donde se atribuye al Congreso el poder de declarar la guerra, ratificar tratados de paz, otorgar empleos militares, controlar el gasto militar y ejercer la potestad legislativa sobre las fuerzas terrestres y navales (Artículo 1.º); a la vez que se nombra Comandante supremo de las Fuerzas Armadas al Presidente, con la facultad de designar asesores militares que le auxilien en la conducción de las operaciones militares y se le atribuye la potestad reglamentaria sobre las fuerzas militares (Artículo 2.º); y al propio tiempo existe una fuerza militar semiprofesional y permanente conocida como Milicia o Guardia Nacional, a disposición del gobernador de cada estado en tiempo de paz, que fue establecida en 1791, junto con el derecho de los particulares a poseer armas de fuego, a través de la II Enmienda al texto constitucional. Tal era el recelo de los redactores de la Constitución a concentrar el potencial militar de la nación en un solo poder y la creencia en el derecho de los ciudadanos a constituir milicias organizadas y a poseer armas de fuego como reducto de defensa personal. Para un estudio más detallado consultar BREZESINSKI, Z. y HUNTINGTON, S., *PODER POLÍTICO U.S.A.-U.R.S.S.*, vol. II, ed. Guadarrama, Madrid, 1970, págs. 454-500.

(16) COOKE, J.S., cit. pág. 5 (nota 5 cont.).

(17) Aunque la traducción literal sería «Manual para *Cortes-Marciales*» porque en los países anglosajones con esta denominación es con la que se conoce al genuino órgano de la Justicia militar en la tradición histórica: el Consejo de Guerra. Sin embargo, esta última resultará más familiar al lector hispano pues nuestro Derecho la adoptó a partir de la Ordenanza militar francesa de 1667, obra de Luis XIV, en donde se utilizaba la de «*Conseil de Guerre*» y es, además, la expresión que en similares circunstancias emplean autores como ROJAS CARO, J., en op. cit. *DERECHO PROCESAL...*, pág. 42, y MILLÁN GARRIDO, A., en op. cit. *ORDENANZAS...*, pág. 10. Véase, además, FERNÁNDEZ SEGADO, F., *LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA PERSPECTIVA HISTÓRICA* artículo publicado en *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR* núms. 56/57, 1990/91, Tomo I, pág. 25.

hecho notar hasta nuestros días. La herencia de los restos de nuestro imperio colonial y la intervención decisiva de la *American Expeditionary Force* en ayuda de los Aliados durante la I Guerra Mundial (1914-1918) marcarán definitivamente el nuevo *status* de la nación como potencia mundial. En 1917 trece soldados de raza negra fueron condenados a la pena capital con ocasión de un motín que habían protagonizado. La pena fue ejecutada a penas celebrado el consejo de guerra y ello provocó una fuerte conmoción pública. El caso tuvo amplio eco en la prensa y dio lugar a la introducción de un recurso de apelación contra las sentencias que resultaran con pronunciamiento de pena capital o cadena perpetua con la particularidad, además, que ninguna sentencia podía ser ejecutada sin aprobación del Auditor General del Ejército (*Judge Advocate General*) (18).

Del periodo de entreguerras (1919-1939) resulta interesante destacar la reforma llevada a cabo en los «*Articles of War*» mediante la Ley de Defensa Nacional (*National Defense Act*) de 4 de junio de 1920 y la promulgación de una edición revisada del «*Manual for Courts-Martial*» en 1928. Ambas novedades eran consecuencia de las numerosas experiencias obtenidas durante la guerra con el despliegue masivo de tropas en el Frente occidental. Datando, como hemos dicho, el *Manual* original de 1895 (19) este no respondía ya a las necesidades de un ejército que abandonaba su tradicional función de vigilante de fronteras para convertirse en un instrumento de política exterior (20).

La entrada de los Estados Unidos en la II Guerra Mundial (1939-1945) tras el ataque sorpresa llevado a cabo por Japón el 7 de diciembre de 1941 a la base naval de Pearl Harbour, situada en el territorio norteamericano del Archipiélago de Hawai (21), reavivará de nuevo el interés de la opinión pública por el régimen de disciplina en los ejércitos y por la Justicia militar. Alrededor de dieciséis millones de hombres y mujeres fueron movili-

(18) COOKE, J.S., art. cit. págs. 5 y 6 (nota 5).

(19) Fecha aportada por BARRY, K. J., en *MODERNIZING THE M.C.M. RULE-MAKING PROCESS: A WORK IN PROGRESS*, artículo publicado en *MILITARY LAW REVIEW* núm. 65, sept. 2000, pág. 244.

(20) Hasta entonces la política exterior de Washington se había centrado exclusivamente en el Caribe, estando subrayada por las continuas intervenciones militares y por las inversiones en el sector agroindustrial. La República Dominicana y Haití estuvieron ocupadas por las tropas norteamericanas hasta 1924 y 1934, respectivamente, y a Nicaragua se enviaron los *marines* en varias ocasiones desde 1927 hasta 1931. Ver MOYA, J., en op. cit. pág. 461 y nota 19 al pie de la misma.

(21) MOYA, J., op. cit. pág. 551.

zados durante la conflagración (22) y a lo largo de los años que esta duró se celebraron cerca de dos millones de consejos de guerra (23).

El fin de las hostilidades en 1945 con la victoria de las Fuerzas Aliadas y la división política de Europa en bloques antagónicos al Este y al Oeste convertirán a los Estados Unidos, con un despliegue militar en el exterior sin precedentes, en el «...guardián de la libertad en el mundo» (24).

Dentro de la inmediata posguerra destaca la Ley de Defensa Nacional (*National Defense Act*) de 1946 por la que se concedió al gobierno del presidente H. S. Truman la potestad para organizar la Agencia Central de Inteligencia (*Central Intelligence Agency*) y el Consejo de Seguridad Nacional (*National Security Council*), siendo este último un órgano consultivo presidencial sobre asuntos de seguridad nacional y estrategia de defensa exterior. En el año 1948 se crea la Fuerza Aérea como ejército con identidad propia y se establece el Ministerio de Defensa (*Department of Defense*). En ese mismo año se promulga la Ley Elston (25) (*Elston Act*) mediante la cual se modifican numerosos preceptos de los «*Articles of War*» y que habrá de ser un anticipo de la adopción posterior de un texto normativo uniformado para las Fuerzas Armadas. En efecto, en 1949 se introduce en el Congreso la tramitación como proyecto de ley de un texto de Código Uniforme de Justicia Militar (*Uniform Code of Military Justice*) que será aprobado finalmente, tras encendidos debates, y sancionado por el presidente H. S. Truman el 5 de mayo de 1950. Su entrada definitiva en vigor, junto con una versión actualizada del «*Manual for Courts-Martial*», tendrá lugar simultáneamente el 31 de mayo de 1951. Siendo registrado en las colecciones legislativas federales como *Public Law* núm. 81-506, Título 50 (Capítulo 22) *United States Code*.

(22) Aunque en fenómenos históricos masivos de estas características es difícil aportar cifras absolutas, nos quedamos con un término medio entre los 15.000.000 de personas movilizadas que cita MOYA, J., op. cit. pág. 559 y los 16.000.000 de efectivos que aporta COOKE, J.S., en art. cit. pág. 6.

(23) COOKE, J.S., art. cit. pág. 6, e igual cifra señala MOORMAN, W.A., en *FIFTY YEARS OF MILITARY JUSTICE: DOES THE UNIFORM CODE NEED TO BE CHANGED?* artículo publicado en *THE AIR FORCE LAW REVIEW* vol. 184, 2000, pág. 187, quien, a su vez, cita como fuente a COX, W.T., *THE ARMY, THE COURTS, AND THE CONSTITUTION: THE EVOLUTION OF MILITARY JUSTICE* artículo publicado en *MILITARY LAW REVIEW* vol. 118, 1987, págs. 10-13.

(24) En expresión de COOKE, J.S., art. cit. pág. 7.

(25) La Ley Elston recibió tal denominación por haber sido su impulsor Charles Elston, congresista por el estado de Ohio, y suscitó no pocos debates en el Senado. Aunque una mayoría de senadores propuso modificar asimismo los «*Articles for the Government of the Navy*» esta moción no prosperó y aun habría que esperar algunos años para que ello fuera así. Ver COOKE, J.S., art. cit. pág. 7 (nota 20).

El Código aprobado, con el que los Estados Unidos se incorporaban definitivamente a la corriente codificadora del Derecho punitivo castrense (26) tenía por objeto «...unificar, consolidar, revisar y codificar los «Articles of War», los «Articles for the Government of the Navy» y las leyes disciplinarias del Servicio de Guarda Costas» (27). Su adopción supuso una ruptura definitiva con el pasado al aceptarse, de modo axiomático, que «...el mantenimiento de la disciplina sólo es posible mediante una recta administración de la justicia y que ésta exige, en gran medida, la introducción para el ámbito militar de muchas de las garantías inherentes a los procedimientos penales de naturaleza común» (28).

En el orden jurisdiccional las consecuencias fueron, esencialmente, la asunción de todas las garantías derivadas de la XIV Enmienda al texto constitucional; introducida en 1868 y relativa al derecho de todo acusado a un proceso regulado por la ley (*due process of law*) (29); así como la integración definitiva de la Jurisdicción militar en la Jurisdicción federal ordinaria mediante el establecimiento del Tribunal de Apelaciones para las Fuerzas Armadas (*U.S. Court of Appeals for the Armed Forces*) (30). Este órgano jurisdiccional, integrado por magistrados civiles que son nombrados por el Presidente de la Unión con el consentimiento del Senado, no está obligado a conocer necesariamente cuantos asuntos le sean sometidos

(26) Hasta entonces, como ha quedado dicho en otro lugar, cada ejército se regía por sus propias leyes penales y disciplinarias aunque recogidas en un solo cuerpo normativo, hecho cierto que no discutimos. Sin embargo, no será hasta ahora en que reciba la denominación formal de «código» y su aplicación se haga universal a las Fuerzas Armadas y el Servicio de Guarda Costas. Respetuosa y cortésmente discrepamos de cierto sector de la doctrina que emplea el término «Código» —así, con mayúscula— para referirse indistintamente a las leyes punitivas militares de los Estados Unidos desde sus comienzos en 1775. No será, insistimos, hasta la década de los 50 del siglo XX en que se verifique dicho aserto. En este sentido véase RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., *ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN DIVERSOS PAÍSES*, artículo publicado en *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR* núm. 53, 1989, pág. 60 (nota 11) y, del mismo autor, Prólogo a la obra *DISCIPLINA Y FUERZAS ARMADAS...* op. cit. pág. VII. Nota del autor.

(27) Preámbulo de la Ley de 5 de mayo de 1950 por la que se aprueba el Código Uniforme de Justicia Militar.

(28) COOKE, J.S., art. cit. pág. 8.

(29) COOKE, J.S., art. cit. pág. 8; ver también la XIV Enmienda a la Constitución de 1789 por la que se consagra el derecho a un proceso regulado por ley. Nota del autor.

(30) Para un estudio sobre la organización y competencias de este Tribunal de justicia, originalmente denominado Tribunal de Apelaciones Militares (*U.S. Court of Military Appeals*), consultar ABRAHAM, H.J., *THE JUDICIAL PROCESS*, 6.^a edición, Oxford University Press, New York, U.S.A., 1993, págs. 145-148.

a debate pues ejerce sus funciones discrecionalmente (31) siempre que la condena impuesta incluya la baja definitiva en las Fuerzas Armadas (*Bad conduct discharge*) y el interesado no haya podido de otro modo impugnar la sentencia con éxito ante las máximas instancias de apelación existentes en el seno de cada ejército, esto es, ante los Tribunales Militares de Apelación Criminal (*Military Courts of Criminal Appeal*).

En materia de régimen disciplinario las novedades producidas con la entrada en vigor del nuevo Código (32), en relación a lo que hasta ahora había sido el régimen prescrito en los «*Articles of War*» (33), se traducen en un desplazamiento de la ubicación articular y sistemática del mismo. En efecto, lo que hasta entonces había sido Artículo 104, intitulado «Potestad Disciplinaria de los Comandantes» (*Disciplinary Powers of Commanding Officers*) e incluido en el Capítulo XVI bajo la rúbrica de «Normas Misceláneas» (*Miscellaneous Provisions*) —capítulo subsidiario en cuyo seno se regulaban materias tan dispares e inconexas como reclamaciones por daños de índole civil (*Redress of injuries to property*), lectura de leyes penales (*Articles to be explained*) o recursos de agravio personal (*Complaints of wrongs*)—, pasa ahora a ser Artículo 15 de la Parte III, la cual lleva por título: «Castigo No Judicial» (*Non-Judicial Punishment*).

También alcanzó la reforma a la duración máxima de las sanciones, extendiéndose de una a dos semanas (...*not to exceed two consecutive weeks*) y se atribuye, al margen de su imposición como sanción genuinamente punitiva, el carácter de medida correctiva (*corrective measure*) a la amonestación (*admonition*) y la reprimenda (*reprimand*). Medidas (*measures*) ambas que el mando podrá imponer en los estrictos límites del deber (*in the strict line of his duty...*) como medio para estimular la eficacia de

(31) Existen supuestos excepcionales en que el referido tribunal debe conocer del recurso necesariamente y se trata de aquellas sentencias en que se imponga la pena de muerte o cuando el apelante sea el Auditor General (*Judge Advocate General*) de cada ejército, así como a petición del condenado cuando se fundamente en una *buena causa* sobrevenida (*petition of the accused for good cause shown...*) siempre que en cualquiera de estos casos se hubiera agotado previamente la instancia ante el Tribunal Militar de Apelación Criminal (*Military Court of Criminal Appeal*) correspondiente. Nota del autor.

(32) La edición consultada es la original, esto es, la que figura como Apéndice núm. 2 (*Act of 5 May 1950*) al «*Manual for Courts-Martial*» de 1951. Esta edición, a disposición del público en la biblioteca de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos (Madrid), carece en su contraportada de referencia alguna en cuanto a editor o lugar de impresión. Creemos, no obstante, que se trata de una edición divulgativa de carácter oficial. Nota del autor.

(33) Edición original consultada: TILLOTSON, L.S., *THE ARTICLES OF WAR Annotated*, The Military Service Publishing Co., Harrisburg, Pennsylvania, U.S.A., 1944. Este ejemplar comentado de los «*Articles of War*», de indudable interés por su valor histórico, se halla a disposición del público en la biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Nota del autor.

sus subordinados (...to create and maintain efficiency) según la *Regla* 128, Apartado C, del Capítulo XXVI del «*Manual for Courts-Martial*» vigente entonces.

De sendas modificaciones se colige que el legislador pretendía conceder mayor protagonismo a lo disciplinario, entendido como un régimen estrictamente administrativo al margen de lo judicial, en detrimento de lo penal debido a la necesaria lentitud de los Consejos de Guerra. Aseveración que fundamentamos en el hecho constatado del desplazamiento de algunas sanciones (amonestación y reprimenda) al ámbito de las simples medidas de corrección administrativa (*corrective measures*) con una finalidad más propensa a la instrucción que al castigo (...more analogous to instruction than to punishment) y que nos atrevemos a hacer sin ánimo de prejuzgar la naturaleza ambigua de lo disciplinario por las razones que más adelante veremos.

Dentro del amplio periodo de vigencia que habrá de tener el «*Uniform Code of Military Justice*» (UCMJ), desde la década de los 50 hasta el presente, se pueden distinguir tres etapas claramente diferenciadas. La primera abarca el periodo 1951-1969 y estaría caracterizada por la Guerra de Corea (1950-1951), la lucha de las minorías raciales por la igualdad civil y la represión de actividades subversivas por el senador Joseph McCarthy. Dentro de esta etapa tendrá lugar la promulgación por el Presidente (34) de un nuevo «*Manual for Courts-Martial*» (MCM) actualizado conforme al UCMJ y aprobado por *Executive Order* (35) núm. 10.214, de 8 de febrero de 1951. Esta nueva versión del MCM habrá de entrar en vigor, coincidiendo con el UCMJ, el 31 de mayo de igual año. El nuevo *Manual* empleaba un lenguaje técnico acorde con la nueva legislación, cuyo contenido

(34) El Artículo 36 del UCMJ habilita al Presidente de la Unión para que dicte las normas reglamentarias necesarias en orden al desarrollo de los preceptos contenidos en el Código siempre que estas respondan a los principios comúnmente aceptados del Derecho (*principles of Law*) y a la práctica seguida por los tribunales federales del orden penal. Nota del autor.

(35) Las *executive orders* son normas de rango reglamentario dictadas por el Presidente de la república dentro del privilegio constitucional de velar por el cumplimiento de las leyes o en su calidad de Comandante supremo de las Fuerzas Armadas. Se ignora cuándo fue firmada la primera de estas ya que en 1807, cuando el Departamento de Estado comenzó a numerarlas, se situó arbitrariamente la primera en 1806 siendo Presidente Thomas Jefferson. Ver TOINET, M.F., *EL SISTEMA POLÍTICO DE LOS ESTADOS UNIDOS*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1994, pág. 133. Por su parte, el *BLACK'S LAW DICTIONARY* define la entrada *executive order* como toda orden o reglamento aprobado por el Presidente o aquella Autoridad en quien delegue, con objeto de interpretar, implementar o dar efecto administrativo a un precepto contenido en un tratado internacional, la Constitución o en la ley. Nota del autor.

debía desarrollar, pero ocurría que «...en casos de duda u omisión tendía a adoptar las viejas formas y usos derivados de los «Artículos de Guerra» (36). El Tribunal de Apelaciones para las Fuerzas Armadas (*U.S. Court of Appeals for the Armed Forces*) habrá de invalidar durante los primeros años numerosos preceptos del MCM por su incompatibilidad con el UCMJ. Quizás la decisión más importante fue la adoptada en 1957 para el caso *United States vs. Rinehart* en que se invalidó un precepto del *Manual* por el que se autorizaba a los componentes de los Consejos de Guerra a consultar sus acotaciones al Código durante las deliberaciones, «...así de estricto era el Tribunal en su empeño de modular los procedimientos militares a imagen y semejanza de los procedimientos penales comunes» (37). Sin embargo, en otras ocasiones ocurría que el UCMJ ofrecía un mayor elenco de garantías individuales que aquellas recogidas en la legislación común. Tal era el caso de la *lectura de derechos al detenido* consagrada en el Artículo 31 del Código bajo la rúbrica «Prohibición relativa a la autoinculpación compulsiva» (*Compulsory self-incrimination prohibited*). El Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*U.S. Supreme Court*) extenderá dicha garantía al ámbito de la detención policial común (estatal o federal), a partir de 1967 en la decisión adoptada para el caso *Miranda vs. Arizona*. En adelante, será comúnmente conocida en el foro estadounidense con el sobrenombre de «Advertencia Miranda» («*Miranda warnings*»).

La promulgación en 1968 de la Ley de Justicia Militar (*Military Justice Act*), la cual entrará en vigor el 1 de agosto de 1969; la adaptación presidencial del MCM; y los límites impuestos a la competencia de la Jurisdicción militar por el Tribunal Supremo (*U.S. Supreme Court*) en la sentencia *O'Callahan vs. Parker* (38); cierran definitivamente esta primera etapa de implantación del UCMJ.

La segunda etapa comprende desde 1969 hasta 1987. Este periodo histórico se significa en los Estados Unidos por el desafortunado intervencionismo militar en el sudeste asiático —en parte inducido por el expansionismo comunista en Laos, Camboya y Vietnam—; el estancamiento de la Guerra Fría y la carrera armamentística con la antigua Unión Soviética;

(36) COOKE, J.S., art. cit. pág. 11.

(37) COOKE, J.S., art. cit. pág. 11.

(38) Dentro de las amplias competencias de la Jurisdicción militar, la sentencia *O'Callahan vs. Parker* consagró la doctrina de la «relación con el servicio» (*service connection*) atribuyendo a la Jurisdicción federal ordinaria el conocimiento de los delitos comunes cometidos por militares fuera de recintos militares siempre que no guardasen relación con el servicio («...non-service connected») y tuvieran lugar en el territorio de los Estados Unidos en tiempo de paz («...in the United States in peacetime»). En este sentido ver ABRAHAM, H.J., en op. cit., pág. 148.

y las revueltas estudiantiles contra la guerra y el orden político-económico (39). La Ley de Justicia Militar de 1968 introduce reformas importantes al ampliar las funciones de los Oficiales auditores en los Consejos de Guerra atribuyéndoles cometidos, en algunos casos, de jueces militares (40). De 1975 a 1978 el Tribunal de Apelaciones para las Fuerzas Armadas (*U.S. Court of Appeals for the Armed Forces*) dictó numerosas decisiones limitando las competencias de los Consejos de Guerra, ampliando las garantías individuales e incrementando las competencias de los jueces auditores militares (41). En 1980 el presidente James Carter promulgará un nuevo *Manual* destinado a regular los medios de prueba válidamente admitidos en los consejos de guerra: el «*Manual for Military Rules of Evidence*», siendo aprobado mediante *Executive Order* núm. 12.198, de 12 de marzo. Hasta entonces los medios de prueba habían sido regulados en sede de los distintos «*Manual for Courts-Martial*» de forma particularizada para los Consejos de Guerra pero ahora se perseguía la armonización con la legislación federal común (*Federal Rules of Evidence*) en un cuerpo normativo aparte. Posteriormente, en 1983, será promulgada una nueva Ley de Justicia Militar (*Military Justice Act*) ampliándose las garantías individuales en los procesos al arbitrarse, por vez primera, un recurso de apelación ante el Tribunal Supremo frente a las sentencias dictadas, en vía de recurso igualmente, por el Tribunal de Apelaciones para las Fuerzas Armadas. Hay que resaltar la importancia del momento histórico por cuanto que hasta la fecha el Alto Tribunal solo había intervenido en los procedimientos militares con carácter incidental en materia de recursos de «*habeas corpus*» o de garantías constitucionales como máximo interprete del texto constitucional (42). A partir de ahora la máxima instancia jurisdiccional de la república se incorpora al sistema de justicia castrense como un órgano más, junto con los Tribunales Militares de Apelación Criminal existentes en cada ejército y el Tribunal de Apelaciones para las Fuerzas Armadas. En 1984, en virtud a los cambios operados por la citada Ley de Justicia Militar, el presidente Ronald Reagan adoptará un nuevo *Manual* mediante *Executive Order* núm. 12.473, de 1 de agosto.

Eran tiempos donde prevalecía el conservadurismo de la Administración republicana y así en 1987, en la decisión adoptada para el caso *Solo-*

(39) MOYA, J., op. cit. págs. 579-608.

(40) La ley contemplaba la posibilidad que fuese un Oficial auditor en funciones de juez togado, nombrado por el Auditor General del ejército correspondiente, quien presidiese los Consejos de Guerra especiales o generales. Ver COOKE, J.S., art. cit. pág. 14.

(41) COOKE, J. S., art. cit. pág. 15.

(42) ABRAHAM, H.J., op. cit. pág. 147.

rio vs. United States, el Tribunal Supremo afirmará, en contra de anteriores decisiones (43), la competencia de la Jurisdicción militar para el conocimiento de los delitos comunes cometidos por militares fuera de recintos militares, guarden o no relación con el servicio, dado el carácter militar del acusado.

La tercera y última etapa cronológica que cabe estudiar de este medio siglo de vigencia del UCMJ abarcaría desde 1988 hasta nuestros días. El contexto sociopolítico en que se desenvuelve este periodo histórico es de sobra conocido por todos. La caída del Muro de Berlín y el colapso de la Unión Soviética; el fin de la Guerra Fría; las nuevas formas de amenaza exterior y, muy especialmente, el terrorismo internacional; son causas todas ellas que aconsejan revisar la doctrina militar tradicional y con ello, adaptar el marco jurídico en que los ejércitos del siglo XXI han de desarrollar su labor. En el orden estrictamente jurídico se puede definir esta etapa como la de la madurez y estabilidad (*maturity and stability...*) (44) del sistema establecido por el UCMJ. A salvo cambios meramente accesorios introducidos en este como la ampliación de la competencia de los Consejos de Guerra de tipo especial (45); la exigencia de fianzas en la instancia (46); o la admisión del valor probatorio en juicio de ciertos medios de base científica (47) o recogidos en soporte informático (48); es un hecho constatado que el legislador de 1950 alumbró con acierto un Código ejemplar y perdurable.

En la sentencia dictada en 1994 por el Tribunal Supremo para el caso *Weiss vs. United States* se establece: «...*La dedicación con la que este Tribunal ha estudiado las demandas deducidas ante el mismo demuestra, una vez más, que los hombres y mujeres que integran las Fuerzas Armadas no renuncian a sus derechos cuando ingresan en el Servicio. La decisión que con esta fecha adoptamos se asienta sobre un sistema más sensibilizado con el derecho a un proceso garantista que el que ha prevalecido históri-*

(43) La sentencia *Solorio vs. United States* devuelve a la Jurisdicción militar el conocimiento de los delitos comunes cometidos por militares fuera de recintos militares, aun no guardando relación con el servicio, en función al carácter aforado de la persona («...*given the accused's status as a person subject to the Code and not of the offense charged*»). Nota del autor.

(44) COOKE, J.S., art. cit. pág. 16.

(45) Reforma introducida en 1994 mediante *Public Law* núm. 103-337.

(46) Reforma introducida en 1996 mediante *Public Law* núm. 104-106.

(47) Posibilidad admitida por sentencia del Tribunal Supremo dictada en 1996 para el caso *United States vs. Scheffer*.

(48) Por sentencia del Tribunal Supremo dictada en 1996, en el caso *United States vs. Maxwell*, se admitió la eficacia probatoria en juicio de pruebas obtenidas en *internet*.

camente cuando la justicia era impartida sin la participación de personal cualificado en cuestiones jurídicas».

En definitiva, sólo nos resta decir, a modo de epílogo histórico, que la entrada en vigor del UCMJ hace ya más de medio siglo fue un *evento sísmico* (49). El esquema de justicia y disciplina heredado de los viejos «*Articles of War*» y de los «*Articles for the Government of the Navy*» otorgaba demasiado poder al Mando y muy pocas garantías al justiciable. El nuevo Código «...resolverá estos problemas procurando equilibrar la autoridad conferida al que manda con las garantías individuales del que debe obedecer y con el poder otorgado a los llamados a juzgar las infracciones de unos y otros» (50).

3. EL ESTRATO NORMATIVO Y LA AMBIGÜEDAD DE LO DISCIPLINARIO

Para el análisis en torno a la controvertida naturaleza de lo disciplinario en el Derecho Militar vigente actualmente en los Estados Unidos de América hemos manejado, esencialmente, la edición oficial del «*Manual for Courts-Martial*» coordinada, revisada y comentada a cargo del «Comité Conjunto de Justicia Militar» (*Joint-Service Committee on Military Justice*) (51). Dicha edición, del año 2000, contiene el «*Manual for Courts-Martial*» de 1984 —el cual se halla actualmente en vigor—, con todas las modificaciones operadas en el mismo hasta la fecha y con un

(49) En expresión de COOKE, J.S., art. cit. pág. 17.

(50) COOKE, J.S., art. cit. pág. 17.

(51) En 1968 se constituyó dentro del Departamento de Defensa un órgano técnico de carácter consultivo al que se encomendó la tarea de coordinar, canalizar, estudiar y, en su caso, proponer aquellas reformas normativas que fueran necesarias para mantener actualizado el marco jurídico propio de la Justicia militar. Este órgano comenzó denominándose «Comité Permanente para el Mantenimiento del *Manual for Courts-Martial* al Corriente» (*The Standing Committee on Keeping the Manual for Courts-Martial Current*) pero en 1972 cambió su denominación a la de «Comité Conjunto de Justicia Militar» «*Joint-Service Committee on Military Justice*» también conocido bajo el acrónimo: «JSC», y sus facultades se ampliaron a la recomendación y elaboración de propuestas de cambio, incluso, al propio Código Uniforme de Justicia Militar, así como a la dirección de cuantos trabajos e informes afectasen régimen penal y disciplinario de las Fuerzas Armadas. Se compone de un representante del Auditor General de cada ejército, de otro del Asesor Jurídico del Departamento de Transportes (en representación del Servicio de Guarda Costas), de un representante sin derecho a voto del Tribunal de Apelaciones para las Fuerzas Armadas y de un representante del Departamento de Defensa. En la actualidad su organización y funcionamiento se halla regulado por la *Directiva* del Departamento de Defensa núm. 5500.17, de 8 de mayo de 1996. Ver BARRY, K.J., *MODERNIZING THE MCM...* art. cit. págs. 244-246.

apéndice normativo en donde se encuentran la Constitución federal, el Código Uniforme de Justicia Militar y un sinnúmero de normas reglamentarias y protocolos en un formato que permite su fácil manejo incluso en las situaciones más adversas, esto es, aquellas en que se desenvuelven los ejércitos en campaña. En el orden dogmático y a falta de un cuerpo de doctrina, aquí en España, dedicado al estudio pormenorizado del Derecho Militar en los Estados Unidos de América hemos recurrido, entre otros, a artículos aparecidos en revistas especializadas o en obras colectivas (52); a comentarios de especialistas incluidos en sede de los textos normativos manejados (53); y ante la duda surgida en la traducción de los textos, a cualquiera de los numerosos manuales y diccionarios que existen en nuestra Patria (54).

3.1. ANTECEDENTES DE UNA POLÉMICA INAGOTABLE

Profundizar en el estudio de lo disciplinario en el Derecho Militar es tanto como hacerlo en la interminable polémica en torno a su naturaleza

(52) Al margen de la inestimable utilidad que para la elaboración de la síntesis histórica del presente artículo hemos encontrado en la *MILITARY LAW REVIEW*, editada por «The Judge Advocate General's School» (equivalente norteamericano a nuestra Escuela Militar de Estudios Jurídicos); debemos citar, muy especialmente, por su gran ayuda para la sección «ANTECEDENTES DE UNA POLÉMICA INAGOTABLE», sendos artículos de colaboración a cargo del General Consejero Togado don Antonio MOZO SEOANE: *ILÍCITO PENAL E ILÍCITO DISCIPLINARIO EN EL DERECHO MILITAR* (comentario al Artículo 6 del C.P.M.) aparecido en *COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL MILITAR*, VV. AA., ed. CIVITAS, Madrid, 1988, págs. 178-196 y *SOBRE LA NATURALEZA DEL DERECHO DISCIPLINARIO: REFERENCIA ESPECIAL AL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR* aparecido en *LA JURISDICCIÓN MILITAR*, VV. AA., C.G.P.J., Madrid, 1992, págs. 289-308; y por su valor, como punto de partida para cualquier estudio de estas características, GARCÍA BALLESTER, P., *LOS PRINCIPIOS DE LA DISCIPLINA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR COMPARADO*, artículo publicado en *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR* núm. 37, 1979, págs. 93-181.

(53) Comentarios a algunos preceptos del «*Manual for Courts-Martial*» suscritos por el «*Joint-Service Committee on Military Justice*» e incluidos en un apéndice específicamente denominado: «No Normativo», de la edición del MCM manejada.

(54) En cualquier estudio de Derecho Comparado los diccionarios bilingües y técnicos resultan, en ocasiones, tan imprescindibles como las fuentes normativas analizadas, de por sí redactadas en lengua extranjera y conforme a usos generalmente ajenos en lo cultural y en lo técnico. En nuestro caso hemos utilizado y recomendamos: BLACK, H.C., *BLACK'S LAW DICTIONARY*, 5.^a edición, ed. WEST PUBLISHING CO., St. Paul, Minnesota, U.S.A., 1979; ALCARÁZ VARÓ, E., *INGLÉS JURÍDICO: TEXTOS Y DOCUMENTOS*, ed. ARIEL Derecho, Barcelona, 1994; ALCARÁZ, VARÓ, E. y otros *INGLÉS JURÍDICO NORTEAMERICANO*, ed. ARIEL Derecho, Barcelona, 2001; y BORJA, A., *EL TEXTO JURÍDICO INGLÉS Y SU TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL*, ed. ARIEL Derecho, Barcelona, 2000.

penal o administrativa. Por muy distintas que puedan resultar ciertas prácticas, usos o costumbres entre los sistemas jurídicos angloamericano y continental es lo cierto, sin embargo, que existe una comunidad de principios, infracciones y sanciones entre todos los Ejércitos de nuestra área cultural. No está en nuestro ánimo terciar en la *vexata questio* de referencia ni ofrecer soluciones a pretendidos problemas de Derecho interno que, en estudios como este, a menudo se prestan al exotismo anecdótico. Sin embargo, estimamos necesaria una cierta recapitulación sobre el estado del debate doctrinal con el propósito de permitir a cada uno, dentro del posicionamiento *ad hoc* que se adopte, concebir una idea ajustada sobre la naturaleza de esta rama jurídica en el Ordenamiento militar de los Estados Unidos de América.

Refiere MOZO SEOANE (55) la cuestión sobre la discutida naturaleza de las instituciones disciplinarias, aquí en la Europa continental, a un proceso histórico inacabado y permanentemente redivivo en el seno de la doctrina y, por ende, a menudo reflejado en el seno mismo de los Ordenamientos (56) cuyo desenvolvimiento estaría marcado por una sola cuestión: sus relaciones con el Derecho penal. Este proceso histórico, caracterizado por la eterna disputa entre dos tesis que se retroalimentan dialécticamente, arrancarían desde un planteamiento de por sí ambiguo que prejuzga la solución que pretenda adoptarse: el Derecho disciplinario no es más que una «rama desgajada» del Derecho penal (57) luego entre ambas esferas no existe, por tanto, más que una diferencia de grado o *cuantitativa*.

La reacción doctrinal a la supuesta comunidad de origen fue la de afirmar la independencia, también dogmática, del Derecho disciplinario respecto del penal desembocando en la llamada tesis *cuantitativa*: ambos órde-

(55) MOZO SEOANE, A., en art. cit. *ILÍCITO PENAL...* pág. 182 y art. cit. *SOBRE LA NATURALEZA...* pág. 291.

(56) Aunque en nuestra Patria la cuestión parece definitivamente zanjada desde que en 1985 el legislador decidiese romper con nuestro Derecho histórico al atribuir a las faltas de disciplina carácter netamente administrativo, en opinión de ROJAS CARO, J., *DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR*, ed TECNOS, Madrid, 1990, págs. 32-34. Sirva de botón de muestra, no obstante, el *ambiguo* Artículo 20 del Código Penal del Ejército de 17 de noviembre de 1884, en que se establecía: «Las correcciones que impongan las Autoridades o Jefes militares no se considerarán penas, por más que sean de la misma naturaleza que las establecidas en esta Ley». El precepto en cuestión será prácticamente transcrito por la legislación militar posterior llegando, caso del Artículo 207 del derogado Código de Justicia Militar de 1945, a ser Derecho positivo en nuestro Ordenamiento hasta la entrada en vigor del vigente Código Penal Militar en 1986. Nota del autor.

(57) NIETO, A., en su artículo *PROBLEMAS CAPITALES DEL DERECHO DISCIPLINARIO*, aparecido en *REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA* núm. 63, 1970, pág. 56.

nes protegen respectivamente intereses de diversa naturaleza (cualitativamente diferenciados). El Derecho disciplinario tutelaría un interés meramente interno, sin trascendencia social fuera del ámbito en que opera y su «modesto» objeto estaría constituido por la relación de servicios subyacente entre el destinatario del mismo —llámese militares, reclusos, alumnos de centros docentes públicos, etc.— y la Administración pública. De ahí que el Derecho administrativo sea la sede «natural» de esta rama jurídica. Inicialmente PAUL LABAND fundamentará el poder disciplinario en planteamientos «*iusprivatistas*» como la relación de poder establecida entre el Estado y sus servidores donde se ventilarían intereses estrictamente particulares de carácter contractual entre ambos. Con posterioridad OTTO MAYER, GEORG JELLINEK o SANTI ROMANO avanzarán en la independencia dogmática del Derecho disciplinario con el recurso a la teoría de las «*relaciones especiales de sujeción*» que legitimarían, ya con un título netamente jurídico-público, el poder disciplinario sobre los que entran en una relación de servicios con el Estado. En definitiva, tesis que basándose en una diferencia cualitativa de intereses justificaría la existencia de poderes específicos en uno y otro caso: poder sancionador general punitivo del Estado (Derecho judicial penal), poder sancionador general de la Administración (Derecho administrativo sancionador) y, dentro de este último, poder particular disciplinario sobre ciertas categorías de personas (Derecho administrativo disciplinario). Siendo la consecuencia de ese fraccionamiento de poder una reducción de las garantías de los ciudadanos pues frente a la rigidez del principio de legalidad penal, el principio de legalidad administrativa —particularmente, disciplinaria— aparecería mucho más relajado en méritos a la «*relación especial de sujeción*» que, uniendo de modo específico al ciudadano con el Estado, explicaría la «*supremacía especial*» del Poder público. En el seno de la doctrina española defienden la caducidad de esta tesis por obsoleta autores como MOZO SEOANE (58) mientras que otros como MILLÁN GARRIDO (59) mantienen su vigencia únicamente para el régimen disciplinario, a diferencia del régimen sancionador propio de la Administración, porque «...*su fundamento está, precisamente, en la relación especial de sujeción que media entre la institución —en este caso, la militar— y sus miembros*».

Frente a la superposición entre lo penal y lo administrativo generado por lo disciplinario y a fin de corregir los problemas constitucionales que

(58) MOZO SEOANE, A., en art. cit. *SOBRE LA NATURALEZA...* pág. 295.

(59) MILLÁN GARRIDO, A., en el Prólogo a la 1.^a edición de la colección legislativa *JUSTICIA MILITAR*, ed. ARIEL Códigos, 2.^a ed., Barcelona, 2002, pág. 62 *in fine*.

ello encierra surgirá un movimiento de reacción conocido como *proceso de jurisdiccionalización* que abarca un doble frente:

Sustantivo: reclamando la incorporación al ámbito de las sanciones disciplinarias de los principios y garantías penales.

Adjetivo: reconociendo la potestad disciplinaria de la Administración pero arbitrando cauces de control jurisdiccional sobre la actividad sancionadora.

Con todo, la evolución natural de esta corriente doctrinal ha desembocado, de nuevo, en el mismo punto de partida al considerarse que las diferencias vienen a ser únicamente de grado, del mayor o menor desvalor que se le atribuya al ilícito que en cada caso se trate, reduciéndose las diferencias a la gravedad de la conducta y a la consecuencia jurídica que acarrea, que en el ámbito penal tienen «...*un plus infamante*» (60). Sin embargo, no se trataría de simple *cantidad* porque el bien jurídico protegido no es el mismo en cada caso sino *cualitativamente* distinto: la nota común entre ambos ilícitos sería que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico pero no coincidente sino distinto en muchos casos. Esta es la tesis defendida actualmente en el seno de la doctrina española, entre otros, por OCTAVIO DE TOLEDO (61).

A modo de recapitulación, podemos decir que en la Europa continental este ha sido el devenir histórico de la polémica transmutabilidad de lo disciplinario entre lo penal y lo administrativo. Prevalciendo, en la realidad normativa (62) y dogmática (63) de nuestros días, definitivamente las tesis *administrativistas* y ello sin perjuicio de la protección penal y jurisdiccional que a todo ello corresponde por imperativos constitucionales. En definitiva, se defiende lo disciplinario al Derecho administrativo, principal-

(60) En expresión de MOZO SEOANE, A., art. cit. *ILÍCITO PENAL...* pág. 184.

(61) OCTAVIO DE TOLEDO, E., en su obra *LA PREVARICACIÓN DEL FUNCIONARIO PÚBLICO*, Madrid, 1980, pág. 267.

(62) En efecto, en España ese ha sido el criterio seguido por el legislador desde 1985. Véanse los tres vértices sobre los que descansa la veracidad de dicho aserto en nuestro Ordenamiento: Artículo 6 del Código Penal Militar (L.O. 13/1985, de 9 de diciembre); Artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar; y Artículo 1 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Nota del autor.

(63) MILLÁN GARRIDO, A., en el Prólogo a la colección legislativa cfr. *JUSTICIA...*, pág. 63, escribe lo siguiente con ocasión de comentar el régimen disciplinario militar implantado en España en 1985: «*De esta forma, se introducía, en nuestro régimen sancionador militar la total y definitiva delimitación de los ámbitos penal y disciplinario, siguiendo con ello un criterio propuesto por la doctrina, asumido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en el plano positivo, generalizado en los Ordenamientos de los países de nuestro entorno*».

mente y por razones de política legislativa (64), pero sometiendo el ejercicio de la potestad sancionadora a control jurisdiccional y brindando protección penal a los bienes en uno y otro caso afectados.

3.2. EL ESTRATO NORMATIVO

Sorprenden al jurista formado en la escuela continental del Derecho dos aspectos característicos de las fuentes reguladoras de lo disciplinario militar en los Estados Unidos. En primer lugar, en contra de lo que constituye rasgo común de los sistemas jurídicos de inspiración anglosajona, el absoluto predominio de las normas escritas tradicionales: leyes (*statutes, acts...*) y reglamentos (*executive orders, proclamations, regulations, directives, instructions...*) en detrimento del Derecho de producción judicial. En efecto, es un hecho cierto el arraigo que en el sistema jurídico norteamericano tiene la Jurisprudencia como fuente del Derecho (*Common Law*) por influencia de la antigua metrópoli inglesa. Sin embargo, dicha premisa resulta válida para la mayor parte del Derecho privado (*Private Law*) no ocurriendo así con las distintas ramas que integran el Derecho público (*Public Law*). En este último campo existe un predominio absoluto de las fuentes legislativas y reglamentarias, bien sea por la necesidad de preservar las garantías individuales de los ciudadanos, bien sea por la prohibición constitucional que veda a los órganos jurisdiccionales entrar a regular materias que, en todo caso, se hallan reservadas a otros Poderes públicos (65). Ello entiéndase sin perjuicio del valor atribuido a las decisiones de las altas instancias judiciales como fuente adjetiva que ayuda a cincelar el resto del Ordenamiento conforme a la Carta Constitucional, cuya trascendencia ya ha quedado patente en la síntesis histórica del presente artículo. En segundo lugar, en contra del rígido carácter atribuido al principio de legalidad en el sistema continental, en el Derecho disciplinario militar estadounidense este principio aparece mucho más relajado al hallarse integrado por un universo de normas de carácter legal y reglamentario que se

(64) Estamos con ROJAS CARO, J., en op. cit. *DERECHO DISCIPLINARIO...*, pág. 47, en que dichas razones de política legislativa no pueden ser otras que la necesaria preponderancia que para esta rama del Derecho tiene la disciplina. Lo que a su vez explica el carácter eminentemente ético del Derecho disciplinario militar, toda vez que «...su objetivo primordial no es tanto el restablecimiento del orden jurídico quebrantado sino salvaguardar el prestigio y la dignidad corporativa, así como garantizar la correcta y normal actuación del personal en la doble vertiente del eficaz funcionamiento del servicio y de que su actividad se desarrolle siempre en el marco que fija la ley».

(65) En opinión de ABRAHAM, H.J., en op. cit. págs. 15-16.

superponen y complementan unas a otras en función al particular reparto de poderes que en relación a lo militar y a las Fuerzas Armadas —así como al carácter presidencialista de esta república—, resulta operado por la Constitución de 1789. Fenómeno este que repudiando quizás la conciencia de cualquier jurista formado en los rígidos principios y dogmas del moderno Estado de Derecho según lo concibe la dogmática constitucionalista europea, obedecería, no obstante, a causas políticas y sociales muy particulares que ya han quedado señaladas en otro lugar (66).

Esta pluralidad de fuentes de muy diverso rango que de un modo u otro inciden en la regulación de lo disciplinario podrían ser clasificadas, a fin de esquematizar su estudio, en tres niveles o estratos:

Primarias: Constitución de 1789 y Código Uniforme de Justicia Militar de 1950; de carácter legislativo.

Secundarias: «Manual para Consejos de Guerra» de 1984; de carácter reglamentario y emanado directamente de la Presidencia de la República.

Terciarias: Reglamentaciones del Ejército, la Armada, el Cuerpo de *Marines*, la Fuerza Aérea o el Servicio de Guarda Costas; de carácter reglamentario y emanadas de las Autoridades que integran el Ministerio de Defensa o el de Transportes (67).

Lejos de hacer un análisis pormenorizado sobre el contenido de todas y cada una de estas normas, cuyo estudio ya consta en nuestra aludida monografía, centremos ahora la atención en la formulación de los aspectos materiales y adjetivos de Derecho disciplinario y el modo en que cada uno de estos ámbitos normativos incide en su regulación.

En la Constitución encontramos formuladas diversas disposiciones tanto en lo relativo a las fuentes propiamente dichas como a las garantías ciudadanas. En cuanto a las fuentes la Sección 1.^a del Artículo 1.^o atribuye al Congreso la potestad legislativa del Estado (*All legislative Powers...*), sin perjuicio de la potestad igualmente legislativa atribuida a cada estado que conforma la Unión en materias que les son propias, y en la Sección 8.^a de dicho

(66) Vid. *supra* nota 15.

(67) El Servicio de Guarda Costas (*U.S. Coast Guard Service*) tiene una doble dependencia tanto del Departamento de Defensa como del Departamento de Transportes según el cometido que en cada caso se le encomiende en las tareas de vigilancia del litoral o de apoyo a otras autoridades en la lucha contra el contrabando, el narcotráfico o la inmigración ilegal. En todo caso y en lo que aquí interesa, se trata de una fuerza sometida a disciplina militar y al Código Uniforme de Justicia Militar, sus componentes poseen categoría y empleos militares, y sus instalaciones y navíos tienen asimismo la condición de militares. Fuente: *Memorandum of Understanding* de 24 de octubre de 1967 entre los Departamentos de Justicia y Transportes sobre persecución de delitos aforados o comunes cometidos por el personal del Servicio de Guarda Costas.

precepto se faculta al Congreso para dictar las normas que sean necesarias para el régimen y gobierno de las fuerzas terrestres y navales (...to make Rules for the Government and Regulation of the land and naval forces). Asimismo, en cuanto a las garantías individuales, estas se hallan formuladas en lo que tradicionalmente ha sido denominado «*The Bill of Rights*» (68) y que formando parte del texto constitucional, sin embargo, no figuraba en el texto original ratificado por los estados en 1789 sino que fueron introducidas con posterioridad, a partir de 1791, en forma de enmiendas. De todas estas, la Cuarta se ocupa de la inviolabilidad del domicilio; la Quinta consagra el derecho a un proceso regulado por ley y a la existencia de acusación formal (*indictment*) para la exigencia de responsabilidad criminal salvo en los casos que surjan en las fuerzas navales o terrestres en caso de guerra o emergencia pública; la Sexta recoge garantías procesales de todo tipo como el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, a ser informado de los cargos que integran la acusación o a contar con asistencia letrada; y la Octava prohíbe la exigencia de fianzas desproporcionadas, las multas excesivas y las penas crueles o insólitas (*cruel or unusual punishment*). El «*Uniform Code of Military Justice*» es la principal fuente de Derecho disciplinario militar por su valor normativo al tratarse de una ley promulgada por el Congreso de la Unión. El actual Código entró en vigor el 31 de mayo de 1951 simultaneando su vigencia con el «*Manual for Courts-Martial*» destinado a complementarlo aunque fue aprobado, como ya dijimos líneas atrás, por Ley de 5 de mayo de 1950. Integran el Código ciento cuarenta y un artículos distribuidos en doce subcapítulos (69), siendo de general aplicación para todos los Ejércitos y el Servicio de Guarda Costas.

(68) La Constitución de los Estados Unidos fue redactada en 1787 y ratificada finalmente por la totalidad de los estados en 1789. Sin embargo, no será hasta 1791 en que el Congreso de la Unión logre sortear las reservas de algunos estados mediante la introducción de un documento adicional llamado «*The Bill of Rights*», documento en el que se incluían una serie de limitaciones importantes a los poderes del Estado sobre los individuos en forma de enmiendas. Por eso a estas diez primeras enmiendas se las conoce como la primera carta o declaración de derechos de la era moderna. Ver NEUBORNE, B., *AN OVERVIEW OF THE BILL OF RIGHTS*, ed. Morrison A.B., 1997, pág. 83. A mayor abundamiento, ver GORDON, S.W., en op. cit. *LA REVOLUCIÓN...*, págs. 108-113 y 189-225, donde se recogen interesantes aspectos sobre el proceso constituyente de los Estados Unidos de América; desde la legalidad instaurada por el Congreso tras la aprobación en 1777 de los «*Artículos de la Confederación*» y su ratificación por los estados en 1781, hasta la redacción de un texto constitucional (su objeto era superar una simple confederación de repúblicas independientes en beneficio de una república nacional con identidad jurídica propia), por la Convención de Filadelfia en 1787 y su posterior ratificación por los estados en 1789.

(69) En el Código Legislativo Federal (*U.S. Code*), compilación oficial de leyes federales codificadas, el UCMJ ocupa por sí solo el «Capítulo 47», de ahí que este se halle subdividido, a su vez, en subcapítulos y estos en artículos. Nota del autor.

Se ocupa principalmente de la materia disciplinaria, en este Código, el «Subcapítulo III» en donde bajo la rúbrica de «Castigo No Judicial» (*Non-Judicial Punishment*) (70) e integrado este, a su vez, por un único pero extenso precepto: el «Artículo 15»; se regulan aspectos esenciales como: *los titulares de la potestad disciplinaria «no judicial»* (Aptdo. A); *la competencia subjetiva y la extensión máxima de las sanciones* (Aptos. B y C); *la suspensión y la remisión de la sanción* (Aptdo. D); *la impugnación de la sanción impuesta* (Aptdo. E); y *sendas cláusulas relativas a la posibilidad de sancionar los hechos como infracción penal con posterioridad a su sanción «no judicial», así como a los poderes normativos delegados en favor del Presidente de la Unión* (Aptos. F y G). Asimismo, la formulación del catálogo de infracciones disciplinarias de carácter «no judicial» o parte substantiva especial de Derecho disciplinario se encuentra regulada dentro del Subcapítulo X (arts. 77 a 134) en donde bajo la rúbrica de «Artículos Punitivos» (*Punitive Articles*) contempla el Código disposiciones penales de carácter general así como infracciones penales y disciplinarias colocadas indistintamente «...sin orden ni criterio que permita colegir cuál sea el bien jurídico protegido» (71).

En torno a esto último y al especial modo en que a partir de dichos preceptos se infiere cuales de estos tipos constituyen falta susceptible de ser sancionada administrativamente, particularidad que más adelante vemos, quizás sea este uno de los argumentos de mayor relevancia para afirmar, como ya hiciéramos líneas atrás siguiendo a RODRÍGUEZ-VILLA-

(70) En un principio resultaría más acertada, quizás, la traducción libre como «Castigo Administrativo» o como «Represión Administrativa» pues, a simple vista, es de lo que en realidad se trata: de regular el ejercicio de una potestad resueltamente administrativa. Sin embargo, semejante aseveración llevaría a la errónea creencia de hallarnos ante un orden disciplinario —el de las faltas de mayor entidad— con naturaleza propia e inintercambiable con lo penal; lo cual resultaría inexacto, como más adelante se verá, por el carácter eventualmente penal y por ello mismo «judicializable» del tipo de infracciones para el que ha sido configurado. De ahí, juzgamos, que el legislador emplee semejante circunloquio huyendo de la expresión «Castigo Administrativo» (*Administrative Punishment*), a fin de no sacralizar la naturaleza de las faltas sobre las que recae, y utilizando, en su lugar, la más ajustada de «Castigo No Judicial». Nota del autor.

(71) En este sentido ver JIMÉNEZ JIMÉNEZ, F., en op. cit. *INTRODUCCIÓN...*, en cuya pág. 126 y con ocasión del estudio de las fuentes del Derecho Penal Militar norteamericano, en concreto del UCMJ, puede leerse: «...contiene en sus artículos 77-134 disposiciones penales de carácter general y el catálogo de delitos militares colocados en orden asistemático sin orden o criterio que permita colegir, como en gran parte de los Códigos sucede, cuál sea el bien jurídico protegido». En igual sentido ver ROJAS CARO, J., en op. cit. *DERECHO PROCESAL...*, en cuya pág. 42 se lee: «La materia penal se encuentra recogida en los arts. 77 a 134 que contienen disposiciones de carácter general y los tipos delictivos colocados en orden asistemático».

SANTE Y PRIETO, que en Derecho Militar anglosajón «...lo penal es también disciplinario, al no existir el deslinde propio del Derecho Militar continental» (72).

El «*Manual for Courts-Martial*» tiene, aun a pesar de su rango reglamentario, una singular importancia en la regulación de lo disciplinario y ello es debido a la especial significación que en el Ordenamiento constitucional de este país tiene la Presidencia de la República. Comprendiendo el alcance de esto último se habrá comprendido, en gran medida, el equilibrio de poderes y el sistema presidencialista de gobierno vigente en los Estados Unidos desde 1789. Aunque *prima facie* la Constitución atribuye la potestad legislativa del Estado al Congreso de la Unión con carácter exclusivo (Sec.1.^a, Art. 1.^o) (73), sin embargo, el Presidente «...simboliza el interés nacional contra el mal de los intereses locales característicos del Congreso; es lo único unificador de la nación, desligado de los intereses particulares, más capaz que los demás responsables políticos de resolver democráticamente los problemas a los que el país se ve confrontado» (74). Entre los poderes constitucionales del Presidente se hallan los de formular recomendaciones al Congreso sobre las medidas a adoptar en interés de la Unión (Sec. 3.^a del Art. 2.^o); ser el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas (Sec. 2.^a del Art. 2.^o); y velar por la ejecución de las leyes de la república (Sec. 3.^a del Art. 2.^o).

Históricamente, en el campo del Derecho Militar de Estados Unidos, los *Manuales* presidenciales han sido dictados con fundamento en la pro-

(72) Aunque este autor lo predica, en principio, del Derecho Militar inglés en la pág. XII del Prólogo a la op. cit. *DISCIPLINA...*, pero entendemos que igual predicamento cabe hacer *mutatis mutandis* respecto al Derecho Militar de los Estados Unidos por la enorme influencia que desde su nacimiento aquel ha ejercido sobre este. Nota del autor.

(73) Aun a pesar de lo que cierto sector de la dogmática «iusconstitucionalista» norteamericana se empeña en sostener, a través de la doctrina de la «autoridad inherente», a favor del reconocimiento de un vestigio de potestad legislativa presidencial en los amplios poderes de veto legislativo atribuidos al Presidente en sus tres modalidades: normal, puntual y selectivo. Sin embargo, la propia literalidad del texto constitucional (*All legislative powers...*) así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos son concluyentes al excluir del ejercicio de la potestad legislativa a cualquier otro órgano constitucional que no sea el Congreso de la Unión o, en su caso, los parlamentos estatales. Ver en este sentido la importante sentencia dictada para el caso *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer* en que fue anulada la incautación, por decisión presidencial, de una industria de fundición de acero al constituir una «...usurpación del poder legislativo». En igual sentido ver ABRAHAM, H.J., op. cit. *THE JUDICIAL...*, págs. 17-19; así como ROSSITER, C., *THE AMERICAN PRESIDENCY*, New American Library, New York, U.S.A., 1968, pág. 272; y para un estudio del derecho de veto presidencial ver TOINET, M.F., en op. cit. *EL SISTEMA POLÍTICO...*, págs. 137-138.

(74) TOINET, M.F., en op. cit. *EL SISTEMA POLÍTICO...*, pág. 136.

pia habilitación constitucional (Art. 2.º) así como en las sucesivas habilitaciones contenidas en las leyes promulgadas para los ejércitos. Tal era el caso del Artículo 337 de los «*Articles of War*» en su formulación original de 1775 y, posteriormente, del Artículo 38 en su redacción de 1916 (75). Similar habilitación normativa se halla recogida actualmente, con carácter general, en el Artículo 36 del UCMJ.

Consta el MCM de cinco «Partes»: un Preámbulo, las «*Reglas para los Consejos de Guerra*», las «*Reglas sobre Medios Probatorios*», los «*Artículos Punitivos*» y por último, el «*Castigo No Judicial*». Se ocupan del régimen disciplinario en el MCM la «*Parte V*» bajo la denominación: «*Procedimiento para el Castigo No Judicial*» (*Non-Judicial Punishment Procedure*) y ésta, a su vez, se halla subdividida en ocho apartados: Disposiciones Generales (*General*); titulares de la potestad disciplinaria (*Who may impose nonjudicial punishment*); derecho del infractor a solicitar la vía judicial (*Right to demand trial*); procedimiento no judicial (*Procedure*); sanciones no judiciales (*Punishments*); suspensión, atenuación, remisión y revocación de la sanción impuesta (*Suspension, mitigation, remission, and setting aside*); recursos contra la sanción impuesta (*Appeals*); y por último, forma de las actuaciones y anotación de las sanciones no judiciales (*Records of nonjudicial punishments*). A su vez, la «*Parte IV*» del MCM se dedica al catálogo de infracciones penales y disciplinarias bajo la rúbrica de «*Artículos Punitivos*» con la misma asistematicidad que ya predicáramos del UCMJ, describiendo una por una las infracciones típicas recogidas en el Código y deteniéndose en aquellos conceptos dudosos o aludiendo a decisiones del Tribunal Supremo y de las altas instancias jurisdiccionales militares. Por último, añadir que el MCM es asimismo de obligada y general aplicación en todos los Ejércitos, incluida la semiprofesional Guardia Nacional, y el Servicio de Guarda Costas.

La tercera esfera normativa reguladora de lo disciplinario militar, dentro de la tríada de fuentes que nos hallamos examinando, estaría constituida por las reglamentaciones promulgadas en el seno de cada ejército y que no aportando grandes novedades sustanciales inciden, sin embargo, en aspectos básicos de su regulación definiendo conceptos tangenciales a la disciplina misma como son: la formulación de los conceptos de «*disciplina*» y de «*cadena de mando*», los deberes del militar y sus derechos, las pautas para el ejercicio del mando, los grados de la jerarquía, *etc.*

(75) WINTHROP, W., *MILITARY LAW AND PRECEDENTS*, 1920, reimpresión del original.

En un país como los Estados Unidos, cuyo sistema de gobierno descansa en gran medida en el equilibrio de poder entre el Congreso de la Unión y la Presidencia de la República, no es cuestión baladí la enorme proliferación de reglamentos que abundan en todos los órdenes de vida de la nación (76). Enumerar todas estas reglamentaciones en lo que afecta a la Administración militar desbordaría los propósitos concisos de este artículo y, además, aparecen ya referenciadas muchas de ellas en nuestra repetida monografía. De todas estas destacamos, no obstante, por su enorme importancia la *Army Regulation* 600-20, de 15 de julio de 1999, sancionada por el Secretario del Ejército y que derogó, a su vez, la anterior de 30 de marzo de 1988. La misma consta en su estructura de un preámbulo, siete capítulos, seis apéndices y un glosario de términos y definiciones.

En su Preámbulo se declara expresamente que aquellos de sus preceptos por los que se establecen pautas de conducta tienen carácter punitivo (*are punitive...*) y que «...su infracción dará lugar a la acción disciplinaria o criminal que proceda conforme al UCMJ».

En el Capítulo 1.º se define el mando; las características de su ejercicio; la instrucción y el liderazgo sobre los subordinados; los niveles de la jerarquía, distinguiéndose hasta cuatro manifestaciones diferentes: según categoría o empleo, por el tipo de mando que se ejerce, por la categoría retributiva que se posee y por la asimilación de personal perteneciente a otros ejércitos extranjeros.

En el Capítulo 3.º se definen los cometidos y responsabilidades del Suboficial y aunque se afirma su función esencial en el mantenimiento de la disciplina, sin embargo, no se le reconoce potestad disciplinaria de carácter punitivo (*do not have authority to impose nonjudicial punishment...*).

El Capítulo 4.º lleva por título «Disciplina Militar y Conducta» (*Military Discipline and Conduct*) y es quizás, en lo que aquí interesa, de trascendental importancia al consagrar principios básicos de la disciplina

(76) En este sentido ver ABRAHAM, H.J., en op. cit. *THE JUDICIAL...*, pág. 17, en donde se subraya la importancia creciente de los reglamentos durante las últimas décadas y especialmente en aspectos como sanidad, educación o fuerzas armadas. En parecidos términos ver TOINET, M.F., en op. cit. *EL SISTEMA POLÍTICO...*, págs. 141 y 185-187, en donde se significa la enorme proliferación de reglamentos en los Estados Unidos: «A pesar de las tentativas de desreglamentación por parte de J. Carter y R. Reagan, 49.000 textos reglamentarios (entre federales y locales) fueron publicados por el Federal Register en 1984». Asimismo, en abundamiento de lo dicho por estos autores, resultan de interés: STIGLER, G.J., *THE CITIZEN AND THE STATE: ESSAYS ON REGULATION*, University of Chicago Press, Illinois, U.S.A., 1975; y WILSON, J.Q., *THE POLITICS OF REGULATION*, Basic Books, New York, U.S.A., 1980.

como su concepto y fundamento; el principio de obediencia; las normas de cortesía entre los miembros de la Fuerzas Armadas; la conducta profesional; el ejercicio de la autoridad militar, en donde se establece taxativamente que los medios para corregir las faltas de disciplina, por orden de importancia, abarcan desde la simple medida de corrección administrativa (*administrative corrective measures*) para las infracciones insignificantes hasta, con carácter punitivo, la vía disciplinaria para las infracciones leves, a las que se reserva el castigo no judicial (*nonjudicial punishment*), y la vía judicial penal para las infracciones de importancia (*trial by court-martial*).

Los Capítulos 5.º, 6.º y 7.º trazan, a grandes rasgos, las políticas del Departamento en materia de actividades políticas y sindicales del personal en servicio activo, intimidad y orientación sexual de los componentes de las Fuerzas Armadas, así como derechos y deberes de los militares, declarándose especialmente punible disciplinaria o criminalmente la infracción de cualquiera de estos preceptos conforme al UCMJ o el MCM, e instando al Mando a que adopte una actitud resolutive y firme ante dichas infracciones.

Por último, en el ámbito del Ejército (*U.S. Army*) también resulta de importancia la reglamentación denominada *FIELD MANUAL 27-1*, de 13 de enero de 1992, sancionada por el Secretario del Ejército y que derogó, a su vez, la anterior de 12 de junio de 1987. Se intitula «Guía Legal para Mandos» (*Legal Guide for Commanders*) y como su nombre original indica, se trata de un *manual de campaña* (77) que versa sobre aspectos relativos a Derecho penal y disciplinario militar, redactado en un lenguaje sencillo para no juristas y dirigido a mandos intermedios (*Company Grade Officers*) y Suboficiales. Su estructura se compone de un preámbulo, tres partes generales divididas, a su vez, en diez capítulos y tres apéndices en que se recogen formularios y un glosario de términos y abreviaturas.

De los aspectos que más nos interesan, destacar la definición que de la disciplina se establece en su Preámbulo: «*Predisposición mental que lleva al cumplimiento de la orden recibida aun a pesar de las consecuencias adversas que entrañe su ejecución*».

En la «Parte 1.^a» se describen las fuentes del Derecho punitivo militar: el «*Uniform Code of Military Justice*», el «*Manual for Courts-Martial*» y las «*Army Regulations*»; se significa el protagonismo de los mandos en la

(77) Al tratarse de un *manual de campaña* su función primordial es la de ilustrar y orientar a los Mandos en torno a cuestiones elementales de Derecho Militar. Sin embargo, hemos considerado pertinente una sucinta referencia al mismo no tanto por su contenido normativo como por su valor didáctico, a falta de otras fuentes alternativas, en el estudio de los principios e instituciones de Derecho disciplinario militar norteamericano. Nota del autor.

instrucción y adiestramiento de sus subordinados, en la preservación de la disciplina y la moral, así como en la salvaguarda de los derechos de estos (Capítulo 1.º); se examina detenidamente la organización, funcionamiento y composición de los Consejos de Guerra (Capítulo 2.º); y se analiza la represión de las infracciones (Capítulos 3.º, 4.º y 5.º). La «Parte 2.ª» se intitula «Derecho Administrativo» y en ella se estudian aspectos relacionados con las infracciones insignificantes, a las que se califica de «no punitivas» (*non punitive*) y a las que se asignan medidas de corrección administrativa (*corrective measures*), así como las causas o motivos que dan lugar a la separación administrativa del servicio (*Administrative separations*). Por último, la «Parte 3.ª» está dedicada a definir los deberes y responsabilidades del Mando respecto a sus subordinados, la tramitación de las quejas y peticiones formuladas por estos y recoge, asimismo, un catálogo de los derechos y deberes del profesional de las Fuerzas Armadas. Todo lo cual viene a ser un compendio de lo ya estatuido en la *Army Regulation 600-20* que examináramos líneas atrás.

3.3. LA AMBIGÜEDAD DE LO DISCIPLINARIO

Como hemos visto, en el Derecho Militar de los Estados Unidos de América lo disciplinario no constituye una especialidad jurídica con sustancia propia y autónoma de lo penal aunque la disciplina, en tanto que bien jurídico, goce de protección penal y administrativa simultáneamente. Sus preceptos e instituciones aparecen regulados en un universo de fuentes y normas de diverso rango y naturaleza que difuminan lo disciplinario entre lo penal y lo administrativo, y dentro de este último, entre lo punitivo o sancionador, lo estrictamente deontológico y la simple medida de corrección. Al propio tiempo, la línea divisoria entre uno y otro campo no descansa tanto en criterios formales de ubicación sistemática como, en gran medida, en la voluntad del presunto infractor a responder de su conducta, bien directa y administrativamente ante el Mando sancionador, bien penal y judicialmente ante un Consejo de Guerra. Semejante aserto viene fundamentado en sus notas características cuyo alcance y contenido examinamos a continuación.

3.3.1. Los distintos tipos de falta y su tratamiento normativo

Las faltas de origen disciplinario reciben en el Ordenamiento militar de los Estados Unidos un tratamiento sumamente heterogéneo conforme a

su gravedad o específica naturaleza. En su seno coexisten faltas que por su entidad tienen carácter *punitivo* y son sancionadas, bien en vía judicial mediante el genuino órgano jurisdiccional militar en la tradición histórica: el Consejo de Guerra (*Court-Martial*) (78) (aplicándose Derecho penal e imponiéndose, llegado el caso, una pena), bien en vía administrativa mediante el llamado «Castigo no judicial» (*Nonjudicial punishment*) (79) imponiéndose (a través de un procedimiento administrativo), la sanción directamente por el Mando o Comandante del infractor. Al propio tiempo existen faltas *no punitivas* que por su inintencionalidad o escasa relevancia llevan aparejada la aplicación de una simple medida de corrección administrativa (*administrative corrective measure*) (80). Por último, existen determinadas circunstancias o condiciones sobrevenidas al ingreso en el servicio activo que por su incompatibilidad con los principios y la ética militar (en definitiva, con la disciplina misma) hacen incompatible la pre-

(78) Según el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en opinión manifestada en las sentencias dictadas para los casos *Grafton vs. United States* y *Hiatt vs. Brown*, los «*Courts-Martial*» o Consejos de Guerra son «...tribunales legalmente constituidos con jurisdicción para conocer de aquellos asuntos que sean de su competencia y cuyos fallos no pueden ser apelados ante los tribunales ordinarios fuera de aquellas excepciones previstas en la ley». La única particularidad reside en el título constitucional de unos y otros pues así como los tribunales federales ordinarios traen causa del Artículo 3.º de la Constitución, dedicado por entero al Poder Judicial, sin embargo, los tribunales militares hallan acomodo constitucional en el Artículo 1.º y, más concretamente, en los poderes del Congreso para regular el régimen y gobierno de las fuerzas terrestres y navales. Tanto en uno como en otro caso el Tribunal Supremo se sitúa en la cúspide de todos ellos como máxima instancia jurisdiccional de la república. Por otro lado señalar que no obstante lo dicho, la Jurisdicción militar en los Estados Unidos carece de competencia en materias de Derecho privado ni aun apareciendo relacionadas con la comisión de un delito y así la extensa *Regla* 201 del MCM establece que los Consejos de Guerra no podrán efectuar pronunciamiento alguno de naturaleza civil («...*have no power to adjudge civil remedies*») como es el caso de *indemnización por daños, cobro de créditos impagados, declaraciones de dominio o restitución de objetos incautados durante la instrucción de un sumario*. Normalmente este tipo de acciones siguen los cauces administrativos del Artículo 139 del UCMJ (*redress of injuries to property*). En este sentido ver ABRAHAM, H.J., en op. cit. *THE JUDICIAL...*, págs. 143 y ss., así como ROJAS CARO, J., en op. cit. *DERECHO PROCESAL...*, pág. 42.

(79) En efecto, el Apartado 1 (Subapartado B) de la Parte V del MCM delimita expresamente el «Castigo no judicial» (*Non-judicial punishment*) respecto a las medidas de corrección administrativa (*corrective measures*) de las que, a tenor del precepto, lo distinga su carácter punitivo, así como respecto a la pena impuesta por un Consejo de Guerra (*criminal sentence*) de la que lo distingue su carácter netamente administrativo. Nota del autor.

(80) Constituyen un género mixto de falta semejante a lo que en el Ordenamiento español se contempla como falta disciplinaria de carácter leve y aquellas otras de escasísima entidad para cuya represión basta con el «*ius corrigendi*» o *deber genérico de corrección* atribuido a todo militar, previstas por los artículos 7 y 26 de la L.O. 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Nota del autor.

sencia en filas de aquellos en que concurren y dan lugar, por tanto, a su separación administrativa (*Administrative separations*) (81) de las Fuerzas Armadas.

La variedad de parcelas del Derecho disciplinario militar norteamericano y el mosaico de infracciones a que da lugar no es un fenómeno exclusivo del sistema jurídico anglosajón, mas, al contrario, habría que situarlo en el contexto de la política criminal adoptada actualmente por la mayoría de los países occidentales. Siguiendo a RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (82) podemos decir que «...*la descriminalización y la despenalización son dos notas destacadas de la política criminal de nuestros días consecuencia del principio de intervención mínima y de la humanización del Derecho penal. Se erradican así de las leyes penales los delitos de «bagatela», reduciéndolos a ilícitos civiles o administrativos o incluso convirtiéndolos en conductas lícitas*». Aunque esta última aseveración habría que matizarla en el supuesto que estamos estudiando dado que resultaría solo parcialmente válida para las faltas disciplinarias punitivas y ello debido a la naturaleza esencialmente «pacionada» de la acción disciplinaria en el Derecho militar norteamericano. Por esta razón deferimos el estudio de las faltas punitivas para las siguientes subsecciones, centrándonos a continuación y a grandes rasgos en las faltas *no punitivas* y en las causas de *separación administrativa* del servicio.

Por lo que se refiere a las faltas «no punitivas» su represión no obedece tanto a un *poder* o *potestad* como a un *derecho-deber* inherente al ejercicio del mando, de ahí que sus consecuencias no tengan la consideración normativa de castigo (*punishment*) sino de medida (*measure*) orientada a promover la eficacia y rendimiento de los subordinados.

En efecto, el Apartado 1.G de la «Parte V» del MCM está especialmente dedicado a deslindar el «castigo no judicial» de las «medidas de corrección administrativa» que se declaran, además, expresamente dirigidas a promover *la eficacia, el buen orden y la disciplina*. Se trata de medidas tales como: los consejos (*counseling*), las amonestaciones (*admonitions*), las reprimendas (*reprimands*), las exhortaciones (*exhortations*), las desaprobaciones (*disapprovals*), las críticas (*criticisms*), las censuras (*censures*), las reprobaciones (*reproofs*), los reproches (*rebukes*), la instrucción

(81) Similares a lo que en el Derecho patrio constituyen causas que dan lugar a la imposición de sanción disciplinaria extraordinaria, previstas por el Artículo 17 de la L.O. 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Nota del autor.

(82) En el Prólogo a la obra de ROJAS CARO, J., cit. *DERECHO DISCIPLINARIO...*, pág. 23.

complementaria (*extra military instruction*), la revocación administrativa de privilegios (*administrative withholding of privileges*), la reducción del grado retributivo (*reduction in pay grade*) o, entre otras, la reasignación de un nuevo grado de maestría profesional (*MOS reclassification*). Y por su parte, la *Regla 306* del citado texto contempla la adopción de simples medidas de corrección administrativa como una de las opciones posibles para proceder, junto con el enjuiciamiento por un Consejo de Guerra; la acción no judicial del Artículo 15 del UCMJ o el simple archivo de lo actuado; una vez concluida toda actuación informativa ordenada por el Mando.

La regulación material y adjetiva de estas medidas se halla dispersa entre el propio MCM —se limita a deslindarlas del procedimiento penal ante un Consejo de Guerra así como del procedimiento «no judicial»—, y otras normas como la *Army Regulation 600-20* y el *Field Manual 27-1*. En la *AR 600-20* (Apartado 3-2 del Capítulo 3) se enuncia como una de las funciones básicas de todo Suboficial la de asistir al Mando en la administración de las correcciones no punitivas (*nonpunitive corrective actions*) así como la de aplicarlas por sí mismo sobre sus inmediatos subordinados señalándose, además, que estas nada tienen que ver con las sanciones de carácter no judicial. Y asimismo (Apartado 4-6 del Capítulo 4) se recomienda a los cuadros de mando la adopción preferente de las simples medidas de corrección en lugar de acudir al procedimiento no judicial cuando ello sea posible, pero advirtiendo expresamente que en ningún caso se debe recurrir a estas medidas para «...*disimular o evitar los rigores y garantías derivados del procedimiento no judicial*».

Por último, en el *Field Manual 27-1* se recoge y enuncia con detalle una por una estas medidas correctivas así como las conductas típicas sobre las que recaen. De ello se ocupa el Capítulo 7 bajo el epígrafe de «Directrices Generales» (*Guidelines for Corrective Actions*) en el que destacan comportamientos típicos como: la falta de interés en la preparación o adiestramiento personal, a la que se asigna la medida de «consejos y orientaciones» (*counseling*); conducir desordenadamente por el recinto de la base o acuartelamiento, a la que se asigna la retirada del pase de vehículo particular (*administrative withholding of privileges*); no guardar una apariencia personal limpia y aseada, a la que se asigna la medida de «realización de ejercicios complementarios» (*corrective training*); o la ausencia injustificada del destino de una a veinticuatro horas, a la que se anuda la «propuesta negativa *revocable* para el reenganche» (*bar to reenlistment*). Medidas, todas ellas, que si bien no implican ningún género directo y específico de privación o restricción de libertad, o

de lesión patrimonial para el infractor —fuera de las vicisitudes que exija su cumplimiento— incluyen, sin embargo, coerciones lo suficientemente severas como: *tener vetado el acceso al economato de la base, el desarrollo de ejercicios de instrucción militar en horas fuera de servicio, el recargo de servicios mecánicos, la repetición de ejercicios gimnásticos un número determinado de veces*, y otras muchas que, en la mayoría de los casos, nacen y se mantienen en el seno de la costumbre de cada Cuerpo o servicio (*custom of service*). Siguiéndose en estos casos, para el castigo del infractor, un procedimiento carente de tecnicismos y predominantemente oral.

En cuanto a las causas o motivos que dan lugar a la *Separación Administrativa* del servicio, su regulación se halla contenida tanto en el *Field Manual 27-1* como en las numerosas normas reglamentarias a las que este, a su vez, remite en cada caso. Siguiendo a ROJAS CARO, en el estudio que para supuestos semejantes en la legislación española hace de este tipo de causas, nos atrevemos a afirmar que habría que tildarlas precisamente de eso, de causas, condiciones, hábitos o circunstancias «...*porque no son verdaderamente faltas o infracciones caracterizadas por una acción u omisión autónomas*» (83). Las causas de separación previstas por el *Field Manual 27-1* son numerosas y de muy variado origen no siendo este lugar para detenernos en su estudio. Estas abarcan, en todo caso, desde la mala conducta habitual (*misconduct*); la condena por un tribunal ordinario (*conviction by civilian court*); el desempeño insatisfactorio de las funciones del puesto o destino (*unsatisfactory performance*); el alistamiento fraudulento (*fraudulent entry*) o el alcoholismo, entre otras; sustanciándose su represión a través de un procedimiento contradictorio cuyos rasgos característicos son la asistencia letrada al expedientado, bien por letrado civil o militar según los casos, así como la existencia de Consejos Asesores que deben orientar a la Autoridad competente para decretar la separación en cada supuesto particular. Estos Consejos han de estar integrados, se insiste en el *Field Manual 27-1*, por miembros vocales del mismo empleo, sexo, raza o credo religioso que el expedientado según sea la causa que motiva la separación y su dictamen no es vinculante. Algunas de estas causas tienen un marcado origen disciplinario, otras no, con semblanzas, otras, a las que en nuestro Derecho histórico daban lugar a la constitución de tribunal de honor.

(83) ROJAS CARO, J., en op. cit. *DERECHO DISCIPLINARIO...*, pág. 221.

3.3.2. Las faltas punitivas y su atípica regulación

Ya hemos hecho referencia en otro lugar a la asistematicidad del UCMJ al abordar las faltas y los delitos, carencia de la que adolece igualmente el MCM. En efecto, el Artículo 15 del UCMJ al abordar el «castigo no judicial» sólo establece que las faltas penales (*minor offenses*) (84) podrán sancionarse conforme a sus preceptos, esto es, de acuerdo con las numerosas prescripciones de orden material y adjetivo desarrolladas en el mismo pero sin aportar una definición particular sobre lo que deba entenderse por infracción de tal carácter ni, en consecuencia, aportar un catálogo exhaustivo de todas estas.

Para determinar cuándo nos hallamos ante una falta «penal» y por tanto, decidir su posible sanción administrativa mediante el procedimiento del «castigo no judicial» debemos acudir al Apartado 1 de la Parte V del MCM, en donde encontramos la definición del término «*minor offense*» y cuyo contenido reproducimos a continuación por su singular importancia: «*Podrá imponerse el castigo no judicial sobre aquellas acciones u omisiones que constituyan «minor offense» según la Parte IV de este Manual (85). El que una infracción sea menor o no depende de varios factores: la naturaleza de la misma así como las circunstancias que rodean su comisión; la edad, empleo, destino, hoja de servicios y experiencia profesional del infractor; así como la pena que le correspondería a la infrac-*

(84) No nos atrevemos a traducir el término «*minor offense*» como delito «leve» o «menos grave». Primero, porque sería contrario a los principios de la tradición penal española expresada en el siguiente aforismo: *son delitos las infracciones que la Ley castiga con penas graves y faltas las que la Ley castiga con penas leves*. El legislador español sólo ha recurrido a la clasificación tripartita a meros efectos procesales, dejando a salvo la excepción de los Códigos de 1848 y 1870 que lo hacían a imagen y semejanza de los franceses de 1791 y 1810. Segundo, porque tratándose de términos de precisión técnica la simple traducción literal resultaría inexacta y podría llevar a conclusiones equivocadas. Hemos optado por entender la expresión «*minor offense*» como sinónimo de falta penal, en oposición a delito como infracción a la que la Ley reserva pena más severa. A mayor abundamiento, el UCMJ dentro de la asistematicidad que le caracteriza utiliza indistintamente el término «*offense*» para referirse a todas las conductas típicas descritas en sede de los «Artículos Punitivos» (arts. 77-134), criterio que igualmente sigue el MCM (Parte IV). Ambos textos normativos coinciden, no obstante, en designar «*minor offense*» a aquellas conductas que aun tipificadas como «*offense*» pueden, sin embargo, ser sancionadas administrativamente por la levedad de su «pena». En relación a la clasificación trimembre de las infracciones penales y su incidencia en el Derecho español, para un mejor entendimiento de lo dicho, véase RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL* Civitas, Madrid, 1978, págs. 205-207.

(85) La Parte IV del MCM está dedicada al desarrollo y hermenéutica de los artículos 77-134 del UCMJ, es decir, a los «Artículos Punitivos» o parte substantiva penal. Nota del autor.

ción de ser enjuiciada ante un Consejo de Guerra de tipo general (86). Comúnmente, una infracción es menor cuando la máxima pena que le corresponda no incluya la separación del servicio (87) o privación de libertad por periodo superior a un año (88). La decisión, en todo caso, para determinar si una infracción es menor o no corresponde discrecionalmente al Mando sancionador pero una sanción impuesta en vía no judicial, en la creencia que los hechos revisten el carácter de «minor

(86) El Subcapítulo IV, artículos 16-21, del UCMJ y la Parte II del MCM regulan la composición, funcionamiento y competencias de los distintos tipos de Consejos de Guerra. Estos se clasifican en sumarios, especiales o generales según la gravedad del delito, de la pena a imponer y del número de miembros que lo constituyen. Los de tipo general son los que mayores atribuciones tienen. Los de tipo sumario (*summary proceedings*), por el contrario, son la alternativa a los de tipo general (Regla 1303 del MCM) y se reservan para el enjuiciamiento de las faltas («*minor offenses*») que cometan aquellos con categoría de Suboficial o Clases de Tropa y Marinería, y en donde no existe un derecho *fundamental* del infractor a contar con asesoramiento para la defensa aunque tampoco se prohíbe («...*The accused at a summary court-martial does not have the right to counsel however, appearance of counsel is not prohibited*» sic. Regla 1301 del MCM). Nada que ver con los procedimientos *sumario* o *sumarísimo* previstos por nuestra Ley ritual (L.O. 2/1989) y reservados para infracciones penales de entidad. Lo que demuestra, una vez más, los problemas inherentes a la traducción de textos jurídicos extranjeros y, en especial, la prudencia que exige su traducción literal. Nota del autor.

(87) De acuerdo con el *Field Manual 27-1* existen hasta cuatro tipos de licenciamiento administrativo: con honores (*honorable discharge*), general (*general discharge*), por separación administrativa del servicio (*under other than honorable conditions*) y la baja docente o de reciente incorporación (*entry-level separation*). Este tipo de licenciamientos son estrictamente administrativos y su calificación corresponde a la Autoridad competente según la causa y circunstancias que los motive. Al margen de esto también existe el licenciamiento de carácter punitivo y así el MCM, Capítulo X, engloba la pena de separación del servicio en tres categorías: «*dismissal*» para Oficiales y Cadetes-Alumno, «*dishonorable discharge*» para Suboficiales y Clases condenados por delito grave, y «*bad conduct discharge*», menos severa que la anterior, para Suboficiales y Clases por delito militar que no revista especial gravedad. El precepto que estudiamos emplea como requisito de la «*minor offense*» el que no lleve aparejada como pena máxima, dentro de la discrecionalidad de los Consejos de Guerra, la de «*dishonorable discharge*» por lo que entendemos que la expresión más ajustada sería la de *separación del servicio*. Nota del autor.

(88) En el precepto se emplea el término «*confinement*» y según el MCM ésta es la forma más gravosa de pena privativa de libertad dado que puede comportar, además, el desempeño de trabajos de fatiga (*hard labor*). Por el contrario, la pena de «*restriction*» resulta mucho más benigna pues aun siendo de igual naturaleza que la anterior, no exime al condenado del desempeño simultáneo de sus obligaciones militares durante su cumplimiento y, de concurrir ambas, el MCM permite computar dos meses de «*restriction*» por cada mes de «*confinement*». Consideramos que la expresión más acertada en este caso es la de pena privativa de libertad o, si se prefiere, la de *prisión* por el carácter mucho más severo que se atribuye en este ordenamiento al «*confinement*». Cualquier similitud con la pena de *confinamiento*, tal cual lo concibe la ciencia penológica continental, habría de resultar verdaderamente desafortunada en este caso y vendría a abundar en lo ya dicho sobre los problemas de traducción de textos jurídicos extranjeros. Nota del autor.

offense», no impedirá su enjuiciamiento posterior ante un Consejo de Guerra, aunque la sanción impuesta por este concepto será de abono para la condena que resultare».

Del texto transcrito podemos extraer las dos notas definitorias del concepto de falta punitiva: *Ha de consistir en una acción u omisión prevista en los artículos que el UCMJ dedica a los tipos delictivos, esto es, aquellas conductas tipificadas en los denominados «Artículos Punitivos» (arts. 77-134) y ha de tratarse —en todo caso y a pesar de las facultades discrecionales otorgadas inicialmente al Mando sancionador para la calificación de la falta—, de una infracción que de ordinario, de haber sido sometida a un Consejo de Guerra de tipo general, no incluya o lleve aparejada la pena de separación del servicio o la de prisión por periodo superior a un año.*

De la definición aportada podemos colegir, a su vez, los caracteres *prima facie* penales de las faltas de disciplina:

— Conducta *ab initio* entremezclada con verdaderos delitos militares como la deserción o la insubordinación, por lo que su diferencia ontológica con estos viene a ser mero cuantitativa o de grado.

— Conducta que es, ora penal por llevar aparejada una pena (*sentence*) y ser susceptible de enjuiciamiento de tipo jurisdiccional ante un Consejo de Guerra; ora administrativa por llevar aparejada una sanción (*punishment*) y ser susceptible asimismo de ser reprimida directamente por el Comandante del infractor.

Lo anterior permite afirmar la simultánea naturaleza penal y administrativa de las faltas punitivas de carácter disciplinario, dado que la adscripción definitiva de estas a uno u otro campo vendrá determinada por el ofrecimiento *impropio* de acciones —penal o administrativa— que, en su caso, se haga al infractor y que más adelante estudiamos.

Hacer un análisis exhaustivo de los distintos tipos penales recogidos en sede de los artículos 77 a 134 del UCMJ y estudiar uno por uno cuáles de estos tipos reúnen dicho requisito no corresponde al presente artículo. A título meramente ilustrativo podemos señalar que examinados dichos preceptos (89) encajarían en tal parámetro conductas como la ausencia injus-

(89) Reviste especial interés por su idiosincrática asistematicidad el método establecido en el UCMJ y el MCM para la determinación de la pena o penas indistintamente aplicables a un delito así como para determinar su extensión. Los arts. 77-134 del UCMJ se limitan a describir la conducta típica especificando la pena únicamente en aquellos casos en que se trata de la pena de muerte (*capital punishment*) o cadena perpetua (*life imprisonment*), en los restantes casos la pena no se halla predeterminada por el Código y se remite a lo que el tribunal disponga (*as a court-martial may direct...*). No obstante esto, el Artí-

tificada del destino (*absence without leave*) por periodo de uno a treinta días; los daños contra la Hacienda militar por valor de hasta cien dólares; la leve insubordinación de las Clases de Tropa y Marinería hacia los Suboficiales; la negligencia simple en el desempeño de las funciones u obligaciones del puesto o destino; las reyertas entre compañeros y, en último lugar, aquellas otras conductas cuyo encuadre hallaría acomodo en un denominado: «Artículo General» (art. 134 del UCMJ) que, a modo de fórmula de cierre del sistema, incluye: «*Asimismo y aun no estando tipificada en los artículos anteriores, cualquier otra conducta culpable o negligente que menoscabe el buen orden y la disciplina en las Fuerzas Armadas; que sea susceptible de producir el descrédito de estas; o que sea constitutiva de delito «menos grave» (offenses not capital) conforme a la legislación común de cada territorio de la Unión...».*

Por su parte, el Apartado 60 de la Parte IV del MCM define las directrices básicas de aplicación del precepto transcrito mediante las comúnmente denominadas: «*Cláusulas 1, 2 y 3*»; y, a su vez, los Apartados 61 a 113 recogen un extenso catálogo de infracciones relacionadas con el Artículo 134 del UCMJ. De todas ellas, vista la pena máxima que a cada una pudiera corresponderle y excluida la referencia genérica que en dicho precepto se hace a *las conductas que infrinjan la costumbre del Cuerpo o servicio, o a los delitos comunes según la legislación de cada estado*; tienen el carácter de falta «desjudicializable» un buen número de estas entre las que destacan: el maltrato de animales propiedad de los Estados Unidos (*abusing public animal*); los altercados (*riot*); la embriaguez manifiesta (*public drunkenness*); el simple consumo de bebidas alcohólicas en horas de servicio (*drinking on duty*); la descarga negligente de arma de fuego (*negligent discharge*); participar en juegos de azar con subordinados (*gambling with subordinates*) y otras muchas cuyo estudio ya consta en nuestra

culo 55 prohíbe la imposición de penas crueles o degradantes y el Artículo 56 atribuye al Presidente la potestad para determinar la extensión máxima de las penas que pueden imponer los Consejos de Guerra. Por otro lado, las *Reglas* 1002 y 1003 del Capítulo X de la Parte II del MCM consagran la potestad del Presidente de la Unión para determinar la clase y extensión máxima de las penas que corresponden a cada delito mediante un complejo sistema de penas principales que se aplican indistinta o alternativamente, penas accesorias y penas sustitutivas unas de otras. Y en la Parte IV se enuncian todos los tipos delictivos del UCMJ con las penas que les corresponden y la extensión máxima de cada una de ellas. En definitiva, un sistema verdaderamente combinado legal y reglamentario con abundante discrecionalidad que ha generado no pocas críticas en el seno mismo de la dogmática norteamericana por la injustificada disparidad de condenas a que da lugar (*unwarranted sentence disparity*). En este sentido consúltese art. cit. IMMEL, S.M., *DEVELOPMENT, ADOPTION...*, en *MILITARY LAW REVIEW* núm. 165, sept. 2000.

citada monografía, siendo la nota común a todas ellas que «...perjudiquen el buen orden y la disciplina o produzcan el descrédito de las Fuerzas Armadas» (90).

En relación al catálogo de sanciones que corresponderían a cada una de estas infracciones de ser castigadas en vía no judicial, esto es, de ser desprovistas de su carácter inicialmente «penal» para ser reconducidas al ámbito del ilícito administrativo, se hallan previstas tanto en el Artículo 15 del UCMJ, a título meramente enunciativo, como en la Parte V del MCM, en donde se define su contenido, extensión y establecen las pautas de su cumplimiento. Estas abarcan desde la simple amonestación o reprimenda con carácter punitivo (*admonition, reprimand*) a la privación de salida (*restriction, arrest in quarters*) o las más graves de arresto (*correctional custody, confinement*); así como la realización de ejercicios de instrucción o trabajos de fatiga (*extra duties*); la reducción del grado retributivo por el que se percibe el haber mensual (*reduction in pay grade*); o la pérdida de haberes durante el tiempo que se determine (*forfeiture of pay*). De nuevo, nos hallamos ante un sistema combinado legal y reglamentario de determinación de la sanción que si bien entra en colisión directa con el principio de legalidad entendido al modo continental tendría explicación, sin embargo, en el particular reparto de poderes operado por la Constitución de 1789 y, creemos personalmente, en el arraigado utilitarismo de la cultura anglosajona.

3.3.3. Un falso punto de partida: la Regla 201 del «Manual for Courts-Martial»

A menudo, la investigación centrada en instituciones de Derecho extranjero resulta confusa y polémica sobre todo para el jurista que, como en nuestro caso ocurre, no está familiarizado con su estudio a nivel docente y mucho menos con su aplicación diaria, dejando a un lado las naturales barreras culturales e idiomáticas. Sin embargo, dentro de nuestros limitados conocimientos del Derecho Militar estadounidense podemos afirmar con cierto esmero y rigor, a partir de lo que ya sabemos y nos consta, que existe un precepto que por su redacción —si hemos de traducirla al pie de la letra— puede prestarse, bien a conclusiones muy distintas a cuanto venimos diciendo sobre la identidad entre lo penal y lo disciplinario, bien ser-

(90) Requisito comúnmente exigido en el Artículo 134 del UCMJ y en los Apartados 60 a 113 del MCM.

vir de botón de muestra en apoyo y abundamiento, precisamente, de la tesis que con Rodríguez-Villasante y Prieto (91) venimos formulando a lo largo del presente artículo. A saber: «[que] *en Derecho Militar inglés [anglosajón] lo penal es también disciplinario al no existir el deslinde propio del Derecho militar continental*».

En efecto así ocurre, la Regla 201 del «*Manual for Courts-Martial*» establece, con una redacción que juzgamos superflua e innecesaria, lo siguiente: «*La jurisdicción de los Consejos de Guerra es enteramente penal o disciplinaria*» (92). Así leído y traducido, el precepto transcrito parece aludir a la existencia de dos tipos diferentes de jurisdicción de los Consejos de Guerra: la *penal* y la *disciplinaria*; entendido esto —desde la óptica de la escuela continental del Derecho militar— como dos tipos de jurisdicción alternativos que nada tienen que ver entre sí, aun obedeciendo ambos a un mismo denominador común: la Jurisdicción castrense. Conclusión que hemos de reputar equivocada por varias razones.

(91) RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., en el Prólogo a op. cit. *DISCIPLINA...*, pág. XII; aunque llegados a este estadio debemos discrepar, de nuevo, respetuosa y cortésmente con dicho autor en relación a la tesis que sostiene en su artículo de colaboración *PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES DISCIPLINARIAS MILITARES (Comentario al artículo 2 de la L.O. 8/1998)* aparecido en *COMENTARIOS A LA LEY DISCIPLINARIA DE LAS FAS*, aa. vv., ed. Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, págs. 39-52. En el artículo de referencia se afirma, con ocasión de analizar las diferencias entre ilícito penal y disciplinario en las págs. 43 y 44, lo siguiente: «*No se olvide que en el campo del Derecho Militar anglosajón (Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Israel) el contenido de las Leyes Penales militares (...) es la «Disciplina en las Fuerzas Armadas» y en el juicio sumario ante el Comandante (para delitos menores [sic.] cometidos por soldados o marineros) se castigan (con penas) auténticos delitos militares por un procedimiento disciplinario (sin intervención de la propia jurisdicción castrense)*». En efecto que así sucede, pero entendemos que el «juicio sumario» (*summary proceedings*), como ya ha quedado dicho (vid. supra nota 86), es una de las fórmulas procesales que el Código ofrece para el conocimiento *judicial* de delitos de escasa entidad o «*minor offenses*» (junto con el procedimiento de tipo general y el de tipo especial) hallándose caracterizado por la brevedad y agilidad de su tramitación pues se formulan cargos y se pronuncia sentencia en un mismo acto (Regla 1304 del MCM). Se trata, por tanto, de un procedimiento de naturaleza judicial que puede, llegado el caso, desembocar en la imposición de una pena y en donde se está ejerciendo jurisdicción de carácter *disciplinario* que, como en este caso ocurre y ha sido dicho, es de naturaleza penal y no contencioso-administrativa (vid. infra nota 92). Por ello mismo, entendemos que existe *intervención de la propia jurisdicción castrense* dado que, al contrario, nos hallaríamos ante el «castigo no judicial» de la falta (delito menor, «*minor offense*», etc.) o *procedimiento disciplinario* propiamente dicho en el sentido español o continental. Lo que de suyo demuestra una vez más el carácter bifronte y ambiguo de las faltas punitivas de disciplina en el Derecho militar de los Estados Unidos. Nota del autor.

(92) Regla 201 del MCM: «*The jurisdiction of Courts-Martial is entirely penal or disciplinary*». Nota del autor.

En primer lugar, porque parecen barajarse órdenes jurisdiccionales de diversa naturaleza y ello no es así: la Jurisdicción militar en los Estados Unidos, pese a la discutible naturaleza constitucional de sus órganos (93) y al carácter no profesionalizado de quienes en la mayoría de los casos la ejercen (94); es estrictamente penal, estos es, referida a ilícitos esencialmente penales y no administrativos. Cuando en el citado precepto se hace referencia a los conceptos de «penal» y «disciplinaria» se está aludiendo, juzgamos, a realidades diferenciadas —que no diferentes— dentro de un único género de jurisdicción —la castrense— que es, al contrario de lo que aquí en España ocurre, de naturaleza estrictamente criminal y no —alternativa y eventualmente— contenciosa o revisora de la legalidad de la actividad sancionadora de los órganos administrativos. En efecto, todas las actuaciones de carácter judicial desembocan siempre en una condena (*criminal sentence*) de quedar probada la existencia de delito (*capital offense, major offense, minor offense, etc.*). La expresión «disciplinaria» se refiere, entendemos, a un orden penal menor, esto es, a aquel que aun siendo penal tiene por finalidad la represión de las infracciones de menor entidad en beneficio de la disciplina y el buen orden, y en donde, por tanto, la aplicación del Derecho persigue no tanto el restablecimiento del orden jurídico quebrantado (esto es, la justicia) como el reforzamiento de la disciplina en tanto que valor esencial para el eficaz funcionamiento de las Fuerzas Armadas. Aseveración esta que, partiendo de las tesis que venimos sosteniendo (identidad manifiesta que existe entre lo penal y disciplinario) nos lleva a afirmar, por tanto, que nos hallamos ante un orden jurisdiccional de naturaleza unifrente. Ello sin perjuicio que una vez sancionados unos hechos por el Mando pueda no obstante, en un momento posterior y dentro de las reglas que regulan la prescripción, conocer de lo mismos un Consejo de Guerra; motivo por el cual el Apartado 1 de la Parte V del MCM prevé el abono de la sanción administrativa padecida con anterioridad.

(93) Ya ha quedado patente en otro lugar (vid. supra nota 78) el diferente título constitucional de los Consejos de Guerra (Artículo 1.º) y de los tribunales penales ordinarios (Artículo 3.º). Sin embargo, ello no ha evitado que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos refrende el carácter «jurisdiccional» de aquellos pese a venir avalada la existencia de unos y otros en distinta sede sistemática. A esto habría que añadir, además, la existencia de una jurisdicción propia de cada Estado de la Unión y cuyas competencias vendrían determinadas dentro del contexto de sus relaciones con el resto de la federación. Nota del autor.

(94) Así es, la Justicia Militar en los Estados Unidos guarda ciertas semejanzas con el sistema imperante en España hasta las reformas de la pasada década de los 80, es decir, se imparte por órganos unipersonales o colegiados cuyos miembros proceden, en la mayoría de los casos, de la carrera de las armas. Aunque cuentan siempre con el debido asesoramiento por los miembros del Cuerpo Jurídico de cada ejército (*Judge Advocates*). Nota del autor.

En segundo lugar, porque existen numerosos preceptos que evidencian dicha identidad entre lo penal y lo disciplinario aun sin perjuicio que esto último, como ya ha quedado dicho anteriormente, admita ser reprimido en vía simplemente administrativa a través del instituto del «castigo no judicial» o en vía, insistimos, estrictamente penal ante un Consejo de Guerra. Así es, el Apartado 1 de la Parte V del MCM al definir el concepto de infracción (*minor offense*) susceptible de ser sancionada con carácter no judicial, tal y como ya vimos, lo hace ofreciendo entre otros criterios el de la extensión máxima de la pena que a la misma le correspondería «...de ser enjuiciada por un Consejo de Guerra de tipo general», es decir, de ser «criminalizada» en tanto que quedaría su represión en manos de un órgano jurisdiccional de lo penal. Por su parte, la tipología de las infracciones «disciplinarias» se halla recogida en sede de los artículos 77-134 del UCMJ, es decir, en lo que forma la parte substantiva penal del mismo. Además, el Apartado F del Artículo 15 de dicho Código, y en su virtud el Apartado 1 de la Parte V del MCM, prevé específicamente que la imposición de una sanción al amparo de sus preceptos no veta el posterior enjuiciamiento de los mismos hechos ante un Consejo de Guerra; convirtiéndose así el sistema de Consejos de Guerra en un mecanismo de control *de facto* de la actividad sancionadora del Mando, aunque de carácter limitado a la declaración de la eventual responsabilidad criminal que pudiera deducirse contra el infractor (95). Y por último, el Subapartado «C» del Apartado 1 de la Parte V del MCM preceptúa que el «castigo no judicial» «...provee al Mando de un medio esencial e inmediato para mantener el buen orden y la disciplina, y [sirve] para promo-

(95) En ninguno de los preceptos citados se hace alusión a las consecuencias que tendría un pronunciamiento absolutorio por parte del Consejo de Guerra. Ello viene en abundamiento a lo ya dicho: la Jurisdicción militar no tiene por objeto revisar la legalidad de los actos sancionatorios no judiciales. Entendemos que a partir del sistema de recursos diseñado por el UCMJ y el MCM, tanto en relación a las resoluciones dictadas por los Consejos de Guerra como frente a las sanciones impuestas en vía no judicial, se trataría de órdenes independientes que operan a modo de compartimentos estancos, sin interferencias entre uno y otro. A mayor abundamiento, a todo condenado le cabe la posibilidad según los preceptos del MCM de recurrir ante el Tribunal Supremo, máxima instancia judicial de la república, mientras que los recursos en materia de «Castigo No Judicial» únicamente se interponen ante el superior jerárquico del Mando sancionador. Lo que no impide que la jurisdicción de los Consejos de Guerra pueda extenderse a hechos que previamente han sido objeto de sanción no judicial. En nuestra opinión, al militar sancionado en vía no judicial que posteriormente resultare absuelto por un Consejo de Guerra debido a la inexistencia o incertidumbre sobre los hechos o su autor, siempre le quedará la posibilidad de solicitar algún tipo de resarcimiento económico a través de la acción administrativa de «perjuicios al subordinado» (*complaints of wrongs*) prevista por el Artículo 138 del UCMJ. Nota del autor.

ver un cambio positivo de comportamiento por parte de los subordinados sin el estigma [sic.] de una condena dictada en Consejo de Guerra». Luego, de nuevo, nos hallamos ante un procedimiento sancionador —el no judicial— de naturaleza administrativa cuyo objeto es evitar, en buena medida, el «estigma» de una «condena», es decir, la eventual incriminación de conductas que, apriorísticamente, pueden ser sancionadas a nivel administrativo y no penal.

Razonamientos ambos que fundamentados en Derecho nos llevan, de nuevo, a considerar superflua e innecesaria la redacción de la *Regla* 201 del MCM y a destacar su nulo valor como punto de partida para la determinación de la naturaleza penal o administrativa de las faltas disciplinarias de carácter punitivo. Antes al contrario, vendría a avalar la tesis que venimos sosteniendo: la total identificación entre lo penal y lo disciplinario. Al margen del derecho que asiste al infractor para decidir el tipo de acción en que sustanciar el castigo de la falta; instituto peculiar del Derecho Militar angloamericano del cual nos ocupamos a continuación.

3.3.4. La libre elección por el infractor

Si tuviéramos que destacar un elemento fundamental en abono de la tesis formulada por el penalista JIMÉNEZ JIMÉNEZ (96) en torno a la inexistencia, en la práctica, de la acción disciplinaria (97) en los países anglosajones este sería la posibilidad que generalmente se concede al autor presunto de una falta punitiva a solicitar su enjuiciamiento ante un Consejo de Guerra, en lugar de ser sancionado directamente por su Comandante. Cierzo es que la posibilidad del «castigo no judicial» aparece configurada como una potestad administrativa sometida a muy diversos requisitos de orden material y adjetivo para la sanción de conductas que *prima facie* aparecen reguladas como falta penal o «*minor offense*», esto es, como infracción delictiva. Pero, en lo que aquí importa, se concede simultáneamente al infractor el derecho a solicitar su enjuiciamiento por un Consejo de Guerra en el supuesto que el Mando sancionador hubiese decidido corregirla personalmente.

(96) JIMÉNEZ JIMÉNEZ, F., en op. cit. *INTRODUCCIÓN...*, pág. 68.

(97) Entiéndase de la acción disciplinaria *administrativa*, tal cual se concibe en el sistema continental, pues en Derecho Militar angloamericano lo disciplinario es, de suyo, penal o administrativo según sea el tipo de acción que se ejercite, por más que en el MCM parezca aludirse a dos tipos «diferentes» de jurisdicción de los Consejos de Guerra, y por más que penas y sanciones sean de la misma naturaleza. Nota del autor.

Su fundamentación teleológica, singular *piedra de toque* de todo el sistema, se encuentra formulada en el ya citado Apartado 1 (Subapartado C) de la Parte V del MCM donde se puede leer: «*El procedimiento sancionador no judicial provee al Mando de un medio rápido y esencial para el mantenimiento del buen orden y la disciplina permitiendo, a su vez, promover un cambio positivo de comportamiento por parte del infractor al librarle del estigma que supone toda condena recaída en Consejo de Guerra*». Ahora bien, si en algo se distingue la acción disciplinaria en el Ordenamiento militar de los Estados Unidos del modo con que ha sido configurada en nuestra Patria es que en el caso español el sancionado sólo tiene acceso a los órganos jurisdiccionales una vez agotados todos los medios impugnatorios administrativos y más como *remedio o medida de profilaxis*, para expulsar del Ordenamiento aquellos actos sancionatorios cuyo contenido no se ajuste a Derecho, que como un verdadero *derecho subjetivo* a no ser sancionado por un órgano administrativo sino judicial y en ejercicio, esto último, de jurisdicción penal que no contenciosa. En efecto, el Apartado 3 de la Parte V del MCM dispone lo siguiente: «*A salvo aquellos supuestos en que el infractor se halle embarcado como miembro de la dotación de un buque o por estar agregado a esta, ninguna sanción podrá imponerse al amparo del Artículo 15 del UCMJ si el mismo solicita, antes de la imposición de la sanción, el enjuiciamiento ante un Consejo de Guerra*». A mayor abundamiento, a continuación el Apartado 4 ordena la terminación inmediata de todo procedimiento disciplinario no judicial abierto desde que el infractor ejercita este derecho añadiendo, además, que en ningún caso podrá imponerse sanción en vía no judicial salvo que el infractor desista de su intención voluntariamente (98). No podría admitirse la tesis que nos hallamos ante un fenómeno de negociación procesal de la culpa (*plea bargaining*) tan característico de los países anglosajones (99), pues se trata de un derecho cuyo ejercicio se produce sin perjuicio del derecho del infractor a impugnar la sanción

(98) Apartado 4 de la Parte V del MCM: «*...but in no event may non-judicial punishment be imposed for the offenses affected unless the demand is voluntarily withdrawn*». Nota del autor.

(99) En el «*Manual for Courts-Martial*» abundan los preceptos en donde se admite algún género de pacto o transacción procesal como son los criterios para determinar la competencia de los distintos tipos de Consejo de Guerra (*Reglas* 202, 203 y 204); los pactos o transacciones entre la Fiscalía Militar y las Fiscalías estatales o federal para el conocimiento de delitos no aforados (*Regla* 201, Subpárrafo 5.d) o el reconocimiento de inmunidad judicial a testigos arrepentidos (*Regla* 704). Sin embargo, ninguno de ellos referido particularmente al derecho que tiene el infractor para solicitar su comparecencia ante un Consejo de Guerra. Nota del autor.

impuesta, bien en vía administrativa si así lo acepta, bien en vía judicial si llegara el caso. El propio *Field Manual 27-1* señala textualmente que la renuncia a la vía judicial y la aceptación, en su lugar, del Artículo 15 del UCMJ no ha de ser interpretado como una admisión implícita de culpabilidad (*admission of guilt*) sino como una renuncia (*waiver*) al derecho de ser enjuiciado por un Consejo de Guerra. Se convierte así el ejercicio de este derecho en un acto de verdadera disposición de la acción disciplinaria administrativa en beneficio, en su caso, de la acción disciplinaria judicial de orden penal. La libertad de elección u ofrecimiento *impropio* de acciones al infractor alcanza, incluso, al seno mismo de la acción penal y así la *Regla 1303* del MCM consagra el derecho del acusado a *objectar* el enjuiciamiento de la falta por los cauces del procedimiento sumario, aun habiendo *rechazado* previamente la aplicación del Artículo 15 del UCMJ, y la tramitación, en su lugar, de un procedimiento de tipo general (100). Lo que lleva, una vez más, a afirmar la ambigua naturaleza de lo disciplinario militar en Estados Unidos. Una especialidad jurídica que aparece, ciertamente, transmutable y confusa entre lo administrativo y lo penal según cada caso y circunstancia.

En último lugar, el Apartado 4 (Subapartado A) de la la Parte V del MCM establece que toda *orden de inicio* de procedimiento no judicial, una vez concluida la fase preliminar informativa, ha de expresar lo siguiente: «La decisión del Mando sancionador relativa a la elección del Artículo 15 del UCMJ como procedimiento para sustanciar la falta; un relato conciso de los hechos atribuidos al infractor, así como de los preceptos del UCMJ que se consideran vulnerados; una breve referencia a las pruebas en que se fundamenta la culpabilidad del infractor; e información relativa al derecho que tiene a comparecer ante el Mando sancionador acompañado del letrado o representante militar de su elección, *a solicitar su enjuiciamiento ante un Consejo de Guerra sin más trámite que la remisión de lo actuado a la Autoridad competente para ordenar su constitución*, y a la sanción máxima que pudiera corresponderle de ser sancionado en vía no judicial». Por su parte, el *Field Manual 27-1* (Capítulo 4) añade a esto que una vez notificada dicha *orden*, el infractor dispone de un plazo de cuarenta y ocho horas para, asistido por el letrado o representante de su elección, decidir que los hechos sean conocidos por un Consejo de Guerra o sometidos a procedimiento no judicial.

(100) Regla 1303 del MCM: «*No person who objects thereto before arraignment may be tried by summary court-martial even if that person also refused punishment under Article 15 [UCMJ] and demanded trial by court-martial for the same offense*».

4. CONCLUSIONES

En los Estados Unidos de América el orden jurídico disciplinario presenta una realidad cuyas notas dominantes vienen a ser su multinormatividad y su pluriformidad. En efecto, lejos de hallarse todo él recogido en un solo cuerpo normativo, lo que habría de redundar en beneficio de la merecida seguridad jurídica de sus destinatarios, su regulación descansa en normas de muy diverso rango, siendo la más importante de todas ellas el Código Uniforme de Justicia Militar de 1950 (*Uniform Code of Military Justice*) texto donde se sientan los fundamentos legislativos de todo el sistema. Este fenómeno de fragmentación favorece, seguramente, una mejor adaptación de su contenido a la realidad social por el aplicador del Derecho. Sin embargo, creemos que ello ocurre en detrimento de otros principios elevados a dogma por la moderna teoría del Estado de Derecho según los parámetros del constitucionalismo continental: legalidad *strictu sensu* debido a la desconfianza que existe tradicionalmente hacia el Ejecutivo, vigencia del principio democrático de gobierno o supremacía del Legislativo como depositario de la soberanía nacional.

Por lo que se refiere a la nota de pluriformidad, lo disciplinario abarca en este caso tres categorías de ilícito: las faltas consideradas punitivas cuya represión puede sustanciarse por cauces penales (ante un Consejo de Guerra) o administrativos (directamente por el Mando) y a las que se asignan penas o sanciones, por más que estas sean de la misma naturaleza. Aquellas otras de menor o escasa entidad que presentando rasgos inequívocos de infracción administrativa tienen como consecuencia la aplicación de medidas de corrección que no implican, en todo caso, lesión patrimonial o coerción física sobre el infractor fuera de los naturales perjuicios que exija su cumplimiento. Y aquellas condiciones o circunstancias cuyo soporte viene constituido por conductas, hábitos o simplemente actitudes que por su incompatibilidad con el fuero militar dan lugar a la separación administrativa del infractor en las Fuerzas Armadas.

Nos hallamos, en definitiva, ante un Derecho en el que, con independencia de la protección penal otorgada a la «disciplina» frente a los ataques de mayor gravedad, como son los delitos de insubordinación, de insulto a superior, etc.; lo disciplinario es administrativo y penal a la vez, y cuyo deslinde descansa no tanto en rígidos criterios formalistas basados en la sede topográfica de sus normas como en criterios utilitaristas de oportunidad o beneficio al buen orden y la disciplina; brindándose amplias

facultades para la reconducción de los hechos al ámbito del ilícito administrativo o penal —ilícito «disciplinario», en todo caso— a aquellos destinados a ser los protagonistas de su aplicación: el Jefe militar y sus subordinados.

2. NOTAS

LA REFORMA DEL CODIGO PENAL ESPAÑOL POR LEY ORGANICA 15/2003: UN PASO AL FRENTE EN «LA CRIMINALIZACION DE LA BARBARIE»

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
Doctor en Derecho. General Consejeroogado

SUMARIO

I. Introducción. II. La propuesta del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española. III. Breve referencia a la legislación extranjera. IV. Técnica jurídica empleada en la propuesta de la Cruz Roja Española. V. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, en materia de crímenes de guerra. VI. La responsabilidad de los superiores jerárquicos. VII. Especial consideración de la obediencia jerárquica. VIII. La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

I. INTRODUCCIÓN

Ha hecho fortuna entre los internacionalistas, para caracterizar el castigo de los crímenes más atroces (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o crimen de agresión), la gráfica expresión «*La criminalización de la barbarie*», conocida obra del profesor Carrillo Salcedo, quien destaca el claro vínculo existente entre la perpetuación de las violaciones graves, masivas o sistemáticas de los derechos humanos fundamentales y la impunidad.

Estas ideas nos sirven para presentar y acotar una parte no muy conocida de la reciente modificación del Código penal de 1995, realizada por la extensa Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004. Nos referimos en particular a la reforma del Título XXIV del Libro II del Código penal («Delitos contra la comunidad

internacional») y, más concretamente, de su Capítulo III «De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado».

Ahora bien, la reforma aporta extramuros de este capítulo otros aspectos de gran importancia en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales, como la incorporación al Código penal de los «Delitos de lesa humanidad» (que integran un nuevo Capítulo II bis del citado Título XXIV del Libro II, artículo 607 bis). Y, en el mismo sentido, podríamos destacar las normas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de guerra, así como de sus penas, la incriminación de los «delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional» (artículo 471 bis), la regulación de la responsabilidad penal de los superiores (artículo 615 bis) o la exclusión de la aplicabilidad de la eximente de cumplimiento de un deber para los delitos de genocidio o crímenes de lesa humanidad (artículo 616 bis). Preceptos todos pretendidamente inspirados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1).

La historia de la humanidad es, en buena parte, la constatación de los fracasos de la Justicia en su lucha contra la impunidad de quienes han cometido los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional. Sus autores, paradójicamente, no eran ni enjuiciados por la incapacidad de los Estados para iniciar siquiera la acción penal contra las propias autoridades instigadoras o responsables de tan graves delitos.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional significó un paso de gigante en la lucha contra la impunidad y para prevenir nuevos delitos, pues ahora los Estados en buena parte confían el *ius puniendi* a un Tribunal supranacional, que puede actuar de forma complementaria pero decisiva ante la pasividad de los jueces nacionales.

En definitiva no es aventurado afirmar que el Estatuto de Roma, ratificado por España y en vigor desde el 1 de julio de 2002, es ya una parte irrenunciable del patrimonio jurídico de la humanidad y ha alumbrado una institución (la Corte Penal Internacional) capaz de hacer efectiva la utópica idea de una Justicia Penal Universal.

Ahora bien, la existencia de Tribunales Penales Internacionales, no exime a los Estados de su prioritario deber de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, acabando con la «cultura de la impunidad». Solo así se entiende la configuración de la Corte Penal Internacional como «complementaria» de las jurisdicciones nacionales.

(1) Ver el excelente trabajo de José Manuel Gómez Benítez, «La parte general del Estatuto de la Corte Penal Internacional», en « Actualidad Penal», n.º 41, semana del 3 al 9 de noviembre de 2003, pp. 1029 a 1043.

Sería, en efecto, una grave laguna de nuestro Estado de Derecho que la legislación penal dejara de proteger a las víctimas de los mayores crímenes, al no tipificar los más reprobables hechos cuya atrocidad desafía la imaginación y conmueve profundamente la conciencia de la humanidad. A la vez, los poderes públicos incumplirían las obligaciones asumidas al ratificar numerosos Convenios internacionales de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario.

Por ello, la Cruz Roja Española remitió en su día al Gobierno una propuesta para castigar los crímenes de guerra en el nuevo Código penal que entonces se elaboraba. Así se incorporó al vigente Código penal de 1995 el capítulo «Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» (artículos 608 a 614). Tal incriminación, pionera en el mundo occidental, ha servido de modelo a países europeos e iberoamericanos en la protección penal de las víctimas de la guerra.

Sin embargo, en el momento actual se hacía necesaria una reforma del citado capítulo del Código penal. Los nuevos crímenes internacionales que se castigan en el Estatuto de Roma (que los declara imprescriptibles), la protección que merece el personal de las Naciones Unidas en sus misiones pacíficas y humanitarias, la prohibición de armas inhumanas e indiscriminadas (como las armas biológicas, químicas o minas antipersonas), la protección reforzada de los bienes culturales o los derechos de los niños, para limitar o impedir su participación en los conflictos armados, suponen avances del Derecho internacional que deben ser recogidos en las normas penales.

En consecuencia, la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de modificación del Código penal hace alusión a la definición y regulación de «*los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional*». E incorpora a nuestra legislación penal la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, el castigo de los delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional y los delitos de lesa humanidad.

Por otra parte, gracias a la sensibilidad del Presidente de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, Jesús López-Medel Bascones, se logró que el Congreso aprobara por consenso cinco enmiendas al Proyecto de Código penal, para proteger al personal de Naciones Unidas y personal asociado, incorporar como crímenes de guerra determinadas conductas ya incriminadas por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (como la orden de no dar cuartel, la deportación ilegal, los asentamientos en territorio ocupado, los ataques a instalaciones o medios de transporte sanitarios o la violencia sobre el personal humanitario) o completar la defensa de los bienes culturales de especial relevancia, en caso de conflicto armado.

Al convertirse en ley estas propuestas inicialmente formuladas por la Cruz Roja Española se ha mejorado notablemente la protección de los víctimas de la guerra; y así España se encuentra a la vanguardia de los países que, como Bélgica, Alemania, Canadá, Países Bajos, Reino Unido, Nueva Zelanda y, muy pronto, algunos iberoamericanos, han optado por criminalizar la barbarie como afirmación de los valores morales que conforman nuestra conciencia jurídica colectiva. Concretamente citaremos:

- Bélgica. Ley de 10 de febrero de 1999, relativa a la represión de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, que modifica la Ley de 16 de junio de 1993, a su vez modificada por las Leyes de 10 y 23 de abril de 2003 y por la Ley de 5 de agosto de 2003, que la derogó, e incorporó sus preceptos al Código Penal.
- Canadá. Ley de 29 de junio de 2000, relativa al genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, dirigida a la ejecución del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y que modifica en consecuencia determinadas Leyes.
- Alemania. Código de Derecho Penal Internacional, aprobado por Ley de 26 de junio de 2002.
- Australia, Ley sobre la Corte Penal Internacional, de 26 de septiembre, de 2002.
- Países Bajos, Ley sobre crímenes internacionales, de 19 de junio de 2003.
- Reino Unido, Ley de la Corte Penal Internacional de 2001.
- Escocia, Corte Penal Internacional (Escocia) Bill, de 2001.
- Nueva Zelanda, Ley de la Corte Penal Internacional, de 6 de septiembre de 2000.
- Suiza. Artículos del Código Penal Militar de Suiza.
- Sudáfrica, Ley de implementación del Estatuto de Roma, de 12 de junio, de 2002.
- Argentina. Proyecto de Ley de reforma del Código de Justicia Militar de 1998 y Proyecto de Ley Penal Especial para implementar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Colombia. Código Penal: Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Ley 599, de 24 de julio, de 2000.
- Perú. Proyecto de Código de Justicia Militar.

II. LA PROPUESTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DE LA CRUZ ROJA ESPAÑOLA

En el número 78 de la Revista Española de Derecho Militar (julio-diciembre de 2001), se publicó el contenido íntegro de la «Propuesta de modificación del Código penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, dirigida al Ministerio de Justicia. Comprendía una Memoria, con justificación, legislación extranjera y análisis de las modificaciones propuestas, el texto de la Ley Orgánica con su Exposición de Motivos y un Cuadro comparativo del articulado del Código penal y de los preceptos cuya modificación se proponía.

Como afirmaba el profesor Pérez González, los nuevos desarrollos del Derecho Internacional que justificaban la propuesta se podían concretar en la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional (que aconsejaba la modificación de numerosas tipificaciones), la incriminación de la violación de suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la parte adversa, la requisita indebida o innecesaria de edificios o bienes muebles en territorio ocupado, la captura o destrucción de buque mercante o aeronave comercial con infracción de las normas sobre el derecho de captura o presa, la protección de los niños en los conflictos armados (Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000), la protección reforzada de los bienes culturales (Protocolo II de 26 de marzo de 1999) y la protección al personal de las Naciones Unidas y personal asociado (Convenio de 9 de diciembre de 1994).

A todos estas menciones habría que añadir la obligación de incriminar determinadas conductas que podrían ser calificadas como actos preparatorios en relación con las armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas, armas químicas y minas antipersonas, consistentes en el desarrollo, producción, almacenamiento, adquisición, conservación, transferencia o vulneración de la obligación de destrucción de tales armas, consecuencia de la ratificación por España de la Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (ratificada por España por Instrumento de 1 de junio de 1979), de la Convención de 1993, sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (ratificada por España por Instrumento de 3 de agosto de 1994) y de la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamien-

to, producción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción (ratificada por España por Instrumento de 7 de enero de 1999).

III. BREVE REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Pese a la labor del Comité Internacional de la Cruz Roja y las recientes reformas penales (muchas veces impulsadas por la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional), ha sido muy desigual el grado de cumplimiento por los diversos Estados de sus obligaciones dimanantes de las normas de Derecho Internacional Humanitario que contienen el deber de establecer adecuadas sanciones penales en el caso de infracciones graves (crímenes de guerra) de tales convenios internacionales.

En primer lugar, hay que citar a los países (República Federal de Alemania, Francia y Austria) que consideraron en su día suficientes los preceptos de su Derecho penal interno que, lógicamente, sancionan el homicidio, lesiones, violación, robo o daños como delitos comunes, para castigar todas las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949, sus Protocolos Adicionales de 1977 y otros instrumentos del Derecho Internacional de los Conflictos Armados. Sin embargo, no puede dejar de observarse la insuficiencia de las descripciones contenidas en los tipos comunes para abarcar la incriminación de determinadas infracciones relativas a la conducción de las hostilidades, protección de las víctimas y empleo de medios (armas) o métodos de combate prohibidos o restringidos por las normas aplicables en los conflictos armados, sin que las penas previstas para los delitos comunes sean, en todos los casos, las más adecuadas para sancionar tan graves violaciones.

Otros Estados (Italia, Países Bajos, Reino Unido y Estados Unidos de América) establecieron un sistema que consistía en la llamada incriminación global simple. Es decir, se incorpora a la leyes penales (comunes o militares) una cláusula general abierta que se remite a las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional Humanitario, con una técnica similar a la conocida como la de «Leyes penales en blanco». Este criterio ha merecido algunas críticas desde el punto de vista de que no satisface el principio de legalidad penal (en su vertiente de taxatividad) y, fundamentalmente, porque al establecer una pena única no permite diferenciar la sanción en función de la gravedad de las distintas infracciones.

En la legislación extranjera coexisten sistemas mixtos o que combinan criterios diferentes, como la denominada «doble incriminación atenuada» (o incriminación específica parcial) que siguen Brasil, China, Grecia y

Turquía. O la incriminación global mixta, que utilizan las normas penales de Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Suiza.

Ahora bien, puede afirmarse que el sistema de mayor perfección técnica, al menos desde el punto de vista del sistema continental o romano-germánico dentro del que puede incluirse al sistema penal español, es el llamado de «incriminación específica completa», que establece una descripción exhaustiva de las conductas criminales, tipificando así las infracciones penales, y fija las penas de cada delito con una adecuada dosimetría. Se trata de una norma penal autosuficiente, sin perjuicio de los ineludibles elementos normativos (por ejemplo, el concepto de «prisionero de guerra» hay que ir a buscarlo al III Convenio de Ginebra de 1949), que se puede completar con un tipo residual más general y algunas disposiciones comunes. Los ejemplos más recientes son las legislaciones o proyectos normativos de Bélgica, Alemania, Países Bajos, Canadá, Reino Unido (y Escocia), Nueva Zelanda, Eslovenia, Rumania, Colombia, España (artículos 608 a 614 del Código Penal y artículos 69 a 78 del Código Penal Militar) y proyectos de Argentina o Perú (Ley Penal Especial y Códigos de Justicia Militar).

Sin duda este sistema es el que mejor satisface el principio de legalidad penal proclamado en el artículo 25 de nuestra Constitución española y en numerosas normas fundamentales que siguen el sistema continental o romano-germánico. Es decir, sólo así se cumple la exigencia de una ley penal «previa», «certa», «scripta» y «stricta».

También son muy diversas las formas o técnicas de incriminación. El sistema de la aprobación de una Ley Penal Especial para castigar los crímenes de guerra (u otros delitos internacionales como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad), topográficamente distinta de los Códigos Penales, Códigos Penales Militares o Códigos de Justicia Militar, es seguido en Bélgica, Alemania, Canadá, Países Bajos, Reino Unido Escocia), Nueva Zelanda Eslovenia o Estados Unidos de América. En el sentir de una parte importante de la doctrina presenta la ventaja de agrupar en una única norma penal el conjunto de reglas especiales relativas a represión de los crímenes de guerra, que pueden ser cometidos por militares o personas civiles. Sin embargo, en contra se pueden esgrimir los argumentos que rechazan la proliferación de Leyes penales especiales con el riesgo nada desdeñable de que en ellas se desconozcan o excepcionen determinados principios penales generales contenidos en el Código penal común, que deberían presidir todo el sistema penal de un país.

Existen Estados que incluyen la sanción de los crímenes de guerra, a la vez, en el Código Penal o en una Ley Penal Especial y en el Código Penal Militar (Brasil, China, Argentina, Grecia, Turquía, Paraguay y España).

No faltan naciones que castigan las infracciones del Derecho Internacional Humanitario únicamente en el Código Penal Militar o Código de Justicia Militar (Italia, Suiza, Noruega, Dinamarca, Irán o Perú).

Finalmente, hay países que solamente incriminan los crímenes de guerra en el Código Penal ordinario (Austria, Rusia y Suecia).

Numerosos Estados (Italia, Bélgica, Canadá, Suiza, Países Bajos, Noruega, Dinamarca, Finlandia, Argentina, Colombia, España y el proyecto de Perú) castigan con sanciones penales (o, en algún caso, disciplinarias) las infracciones del Derecho Internacional Humanitario, sin hacer distinción entre las infracciones graves y las no graves, simples infracciones o actos contrarios, cuya punición se reserva a un tipo residual castigado con menor pena o se sancionan disciplinariamente. No obstante, es de destacar que el artículo 9, parágrafo 4 de la Ley belga de 16 de junio de 1993, relativa a la represión de las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario, dispone que no será nunca aplicable a tales infracciones el procedimiento de remisión a la disciplina de los Cuerpos (régimen disciplinario militar) previsto en el Código de procedimiento penal militar. Por el contrario, el artículo 109 del Código Penal Militar de Suiza determina que el delito militar consistente en la violación de las prescripciones de las convenciones internacionales sobre la conducción de la guerra y sobre la protección de las personas y de los bienes, así como la infracción de otras leyes y costumbres de la guerra reconocidas, será castigado disciplinariamente si es de poca gravedad. La Sección 7 del parágrafo 2 (crímenes de guerra) de la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos de 19 de junio de 2003, contiene lo que puede ser calificado como un tipo residual en materia de crímenes de guerra.

Sin duda el mayor progreso de las normas penales más modernas que regulan esta materia, castigando los crímenes de guerra, consiste en otorgar idéntica protección penal a las víctimas de los conflictos armados internacionales y a las personas y bienes protegidos en los conflictos armados internos o sin carácter internacional. Sistema seguido por Bélgica, Alemania, Colombia, Canadá, España y, en buena parte, aceptado por el Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998, de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, la Ley sobre crímenes internacionales de los Países Bajos (2003) y el Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina se apartan de esta tendencia y mantienen la tradicional diferenciación para la protección penal de las víctimas en los conflictos armados internos o internacionales.

La ratificación por diversos Estados del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional les planteó la conveniencia de modificar sus normas penales (Leyes penales especiales, Códigos Penales, Códigos Penales Militares o Códigos de Justicia Militar) para tratar de adecuar su contenido en

materia de crímenes de guerra (o genocidio y crímenes de lesa humanidad) a los preceptos del referido Estatuto en la materia, integrados no sólo por el artículo 8 (que castiga los crímenes de guerra de la competencia de la Corte) sino también por los Principios Generales de Derecho Penal (artículos 22 a 33), con indudable incidencia en la Parte General de los códigos penales.

Entre las primeras leyes penales especiales para la represión de los crímenes de guerra y otros delitos internacionales (genocidio y crímenes de lesa humanidad) que fueron promulgadas para adaptar sus preceptos al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hay que citar la Ley belga de 10 de febrero de 1999, sobre la represión de las violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario, que modificó la Ley de 16 de julio de 1993, y la Ley de Canadá de 29 de junio de 2000, relativa al genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, dirigida a la ejecución del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y que modifica en consecuencia determinadas leyes.

Estas dos madrugadoras normas penales son ciertamente muy diferentes al inscribirse en sistemas jurídico-penales tan distintos como el modelo anglosajón (Canadá) o el romano-germánico (Bélgica). Así, llaman la atención en la ley canadiense las referencias al Derecho internacional consuetudinario, convencional o a los principios generales del Derecho en la definición de los crímenes, la falta de dosimetría penal, la remisión al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 y a la *Proclamation* del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas de 19 de enero de 1946 (Juicios de Nuremberg y Tokio) o la aplicación retroactiva de la ley penal.

La Ley de la Corte Penal Internacional de Nueva Zelanda, del año 2000, define los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra mediante una remisión al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Dentro del mismo sistema anglosajón, la *International Criminal Court Act*», del año 2001, promulgada en el Reino Unido para Inglaterra, País de Gales e Irlanda del Norte, define en su artículo 50 (Parte 5) el genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra por referencia a los artículos 6, 7 y 8.2, respectivamente, del Estatuto de Roma, así como la conducta auxiliar para la comisión de tales crímenes (artículo 52). Por el contrario se regula específicamente la responsabilidad del mando y otros superiores (artículo 65) y la intencionalidad o *mens rea* (artículo 66).

La Ley belga, sin embargo, es respetuosa con el principio de legalidad penal en la descripción de las conductas incriminadas (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra), contiene una adecuada dosimetría penal al establecer las sanciones según la gravedad de los crímenes y sus resultados, castiga los actos preparatorios, las formas de resolución

manifestada y de participación en el delito, la omisión y la tentativa, determina las causas de justificación y exclusión, los límites de la obediencia jerárquica y la imprescriptibilidad de los crímenes. La Ley de 5 de agosto de 2003, deroga la Ley de 16 de junio, de 1993 (modificada por Leyes de 10 de febrero de 1999, y 10 y 23 de abril de 2003), e incorpora sus preceptos *mutatis mutandis* al Código Penal.

Mención aparte merece por su depurada técnica el Código de Derecho Penal Internacional de Alemania, aprobado por Ley de 26 de junio de 2002. Este excelente texto, notablemente influido por los preceptos del Código penal español que tipifican los crímenes de guerra (véase, por ejemplo, la definición de «personas protegidas»), dedica una primera parte a las Disposiciones Generales (ámbito de aplicación, aplicación del Derecho común, obediencia jerárquica, responsabilidad de los superiores e imprescriptibilidad), una segunda parte a las infracciones al Derecho Internacional (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras infracciones). La Ley, además del Código de crímenes contra el Derecho Penal Internacional, contiene importantes disposiciones procesales penales. Por lo que se refiere a los crímenes de guerra, la cuidadosa tipificación trata de sistematizarlos y agruparlos de la forma siguiente: crímenes de guerra contra las personas, contra la propiedad y otros derechos, contra las operaciones humanitarias y los emblemas, crímenes de guerra por utilización de métodos prohibidos en la conducción de las operaciones de guerra o por utilización de medios prohibidos. Hay que añadir, entre otros crímenes previstos, la incriminación de la violación del deber de vigilancia en relación con la responsabilidad de los superiores y la omisión del deber de denunciar una infracción penal.

Una interesante aportación al elenco de normas penales adoptadas a la vista del Estatuto de Roma es la Ley de 19 de junio de 2003, de los Países Bajos, sobre crímenes internacionales. La norma establece, teniendo en cuenta el principio de complementariedad, las reglas relativas a la incriminación de las graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario y, a la vez, colma la laguna existente en relación con los crímenes contra la humanidad. Las definiciones están basadas en las que contiene el Estatuto de Roma y, por otra parte, han sido tenidos en cuenta importantes tratados internacionales como los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención sobre el Genocidio, el Convenio de La Haya sobre los bienes culturales o la Convención contra la tortura. Las disposiciones más relevantes de esta Ley holandesa son la criminalización del genocidio, la tipificación de los crímenes contra la humanidad (inspirada en el Estatuto de Roma) y de los «crímenes de guerra» (manteniendo la diferenciación entre los cometidos en un conflicto interno o internacional, aunque añadiendo algunas disposiciones comunes a ambos), la incriminación de la tortura

como delito autónomo, las bases para una jurisdicción universal pero limitada a los supuestos de personas que se encuentren en territorio de los Países Bajos y no gocen de inmunidad (se recoge aquí la doctrina de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002, en el caso de «D.R. Congo *versus* Belgium»), la responsabilidad del mando, la obediencia jerárquica, normas procesales (que exceptúan la competencia de la jurisdicción de los Jueces militares) y la regla de la irretroactividad. Destaca esta Ley por el fiel seguimiento del Estatuto de Roma en la descripción de los tipos penales, en las definiciones y en los principios generales del Derecho penal.

Mención especial merece el Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina por su gran fidelidad al texto del Estatuto de Roma, particularmente por lo que se refiere a los principios generales del Derecho penal y crímenes de guerra.

IV. TÉCNICA JURÍDICA EMPLEADA EN LA PROPUESTA DE LA CRUZ ROJA ESPAÑOLA

Una sólida base de partida en el Derecho penal español en texto entonces vigente del Código penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, cuyo Capítulo III (*Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*) del Título XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*), que contiene los artículos 608 a 614, fue aprobado en su día de acuerdo con el texto de una Propuesta articulada elaborada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

En el referido Capítulo III se definen, en primer lugar, las personas protegidas (artículo 608) y, seguidamente, se tipifican las violaciones del Derecho Internacional Humanitario (o Derecho Internacional de los Conflictos Armados) cometidas por un sujeto activo indeterminado (*el que...*) en cualquier clase de conflictos armados, sean éstos de carácter internacional o no internacionales (conflictos armados internos), finalizando con un tipo residual que sanciona las restantes infracciones (artículos 609 a 614).

A la vista de la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre) y de su entrada en vigor el 1 de julio de 2002, así como de la ratificación de otros instrumentos de Derecho Internacional Humanitario como la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 9 de

diciembre de 1994, el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 de la Convención de La Haya de 1954, sobre protección reforzada de los bienes culturales y el Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000 de la Convención de 1989, sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, resultaba muy conveniente la modificación de algunos aspectos concretos de las normas establecidas y conductas incriminadas en los citados artículos 608 a 614 del Código Penal. Al no ser necesario alterar básicamente los tipos previstos, se entendió que podía ser suficiente la modificación puntual o adición de los preceptos vigentes.

Así, se propusieron escasas modificaciones del articulado, a las que se añadieron otras derivadas de diversas normas del Derecho Internacional de los Conflictos Armados, como del denominado Derecho de La Haya (Convenciones de 1899 y 1907), de la Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, así como de la Convención de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción.

La propuesta no se agotaba en el propósito de modificar el mencionado Capítulo III del Título XXIV del Código Penal, puesto que consideraba muy conveniente, a la vista de los *Principios Generales del Derecho Penal* establecidos en Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículos 22 a 33), incluir en el texto punitivo común determinadas normas de indudable trascendencia penal. Se proponía, en consecuencia, añadir en el Capítulo IV (*Disposiciones Comunes*) del Título XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*) los artículos 616 bis y 616 ter para acoger la regulación de los artículos 28 y 33 del Estatuto de Roma. Y asimismo contenía la modificación de los artículos 131 y 133 del Código Penal (Capítulo I del Título VII del Libro Primero) para declarar la imprescriptibilidad de los *delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614*, y de sus penas. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Roma.

En definitiva, como técnica legislativa, se proponía la aprobación de una Ley Orgánica de modificación parcial del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, cuya propuesta de texto articulado y Exposición de Motivos se acompañaba. Como veremos, no todas estas propuestas fueron acogidas por el legislador español.

V. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES DEL CODIGO PENAL
INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGANICA 15/2003
EN MATERIA DE CRÍMENES DE GUERRA

LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO PENAL (*Delitos y sus penas*)
TÍTULO XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*)
CAPÍTULO III (*Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso
de conflicto armado*)

Artículo 608

Se ha adicionado un nuevo apartado, dejando inalterado el texto de los vigentes, para incluir en el concepto de personas protegidas a efectos de los delitos previstos en éste Capítulo III al *personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado de 9 de diciembre de 1994.*

España ratificó esta Convención el 13 de enero de 1998, por lo que parece obligado proporcionar adecuada protección penal a las personas que participan en tales operaciones de las Naciones Unidas, con importante y habitual aportación de miembros de las Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y otros funcionarios y ciudadanos españoles.

Además, a propuesta justamente de la Misión Española en la Conferencia Diplomática de Roma (15 de junio a 17 de julio de 1998), se incluyó la protección penal internacional de este tipo de personas, teniendo la consideración de crímenes de guerra de la competencia de la Corte Penal Internacional los ataques a las misiones de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Y ello tanto en los conflictos internacionales como sin carácter internacional, según el artículo 8, apartado 2, letra b), iii) y letra e) iii del Estatuto de Roma.

A pesar de que sería correcto interpretar que tal personal está actualmente comprendido en el anterior n.º 6.º del artículo 608, por la remisión a *cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte*, la exigencia constitucional de certeza que debe presidir las normas penales aconseja la mención expresa de tales personas protegidas que son sujetos pasivos del delito y de la acción criminal.

Por otra parte, no es ocioso recordar que el artículo 9 de la citada Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado comporta la obligación para cada Estado Parte (y España ha ratificado ésta Convención) de que determinadas conductas intencionales

que describe sean consideradas delito en la legislación nacional y sancionadas con penas adecuadas que tengan en cuenta su gravedad.

La inclusión de un apartado nuevo en el artículo 608, que se señala con el n.º 6, significa que el anterior número 6.º pasa a ser el n.º 7 del precepto, para respetar su ubicación como norma residual y abierta.

Artículo 610

Párrafo primero

Se añade al texto actual del artículo 610, como conducta incriminada, la consistente en *ordenar no dar cuartel*, con sólido sustento en el artículo 23 apartado d) de los Convenios de La Haya de 29 de julio de 1899 (ratificado por España el 4 de septiembre de 1900) y 18 de octubre de 1907 y sus Reglamentos Anexos sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

Además, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional incrimina esta conducta en su artículo 8, apartado b), xii) para los conflictos armados internacionales y en el mismo artículo 8, apartado e), x) para los conflictos armados sin carácter internacional.

Propuesta de adición de un segundo párrafo

Asimismo, la propuesta de la Cruz Roja Española contenía la adición de un párrafo dirigido a castigar determinadas conductas no abarcadas por el verbo típico utilizado en el primer párrafo del precepto (*emplear u ordenar emplear*), por lo que incluso podrían ser considerados actos preparatorios no expresamente sancionados, a pesar de que se trata de acciones prohibidas por Convenciones Internacionales de las que España es Parte y de que en algunos de éstos Instrumentos se establece la obligación de castigar penalmente tales conductas.

La acción típica, cuya incriminación se solicitaba, consistía en *desarrollar, producir, almacenar, adquirir, conservar, transferir o no destruir* los siguientes tipos de armas: armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas, armas químicas y minas antipersonal.

La Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, ratificada por España el 1 de junio de 1979, establece en su artículo I el compromiso de no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener tales armas, destruirlas o desviarlas

hacia fines pacíficos lo antes posible (artículo II), a no traspasarlas a nadie y a no ayudar, alentar o inducir a fabricarlas o adquirirlas (Artículo III). El artículo 160 del vigente Código Penal castiga *la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana*, dentro de los *Delitos relativos a la manipulación genética*, dando una protección penal parcial e insuficiente en relación con éste tipo de armas.

La Convención de 13 de enero de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, ratificada por España el 3 de agosto de 1994, determina en su artículo I que cada Estado Parte adquiere la obligación de no desarrollar, producir, adquirir de otro modo, almacenar, conservar ni transferir armas químicas, no emplearlas, no iniciar preparativos militares para su empleo, no ayudar, alentar o inducir a cualquier actividad prohibida y comprometerse a destruir las referidas armas químicas. Además, el artículo VII obliga a cada Estado Parte a promulgar leyes penales en relación con las actividades prohibidas por la Convención.

En relación con las armas químicas se promulgó en España la Ley 49/1999, de 20 de diciembre, sobre medidas de control, el Real Decreto 663/1997, sobre la Autoridad Nacional para la Prohibición de las Armas Químicas, y la Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero, de modificación del Código Penal en ésta materia y, concretamente, de los artículos 566 y 567, encuadrados en el Capítulo V, Sección 1.^a, relativa a la *Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos*. Sin embargo, se considera mas sistemática la ubicación de la incriminación de todas las violaciones del Convenio sobre armas químicas, con el fin de protección de las víctimas de tales medios de combate prohibidos, en el Título XXIV dedicado a los *Delitos contra la comunidad internacional* y dentro del Capítulo III donde se castigan los *Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*. Y todo ello sin perjuicio de que pueda mantenerse la incriminación prevista en los vigentes artículos 566 y 567 del Código penal, en relación con las conductas que no guarden relación con los conflictos armados.

Inciendo en esta defectuosa sistemática, la L.O. 15/2003 modificó los artículos 566 y 567 del Código Penal para incriminar determinadas violaciones de las normas internacionales relativas a las armas químicas y biológicas.

La Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa), sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, ratificada por España el 7 de febrero de 1999, establece en su artículo 1 el compromiso para los Estados Partes de no emplear, desarrollar, producir, adquirir, almacenar, conservar o transferir minas antipersonal, no ayudar, estimular o inducir a estas activida-

des prohibidas y destruir o asegurar la destrucción de estas armas. En el artículo 9 (*Medidas de aplicación a nivel nacional*) los Estados Partes se obligan a adoptar las medidas legales, incluyendo la imposición de sanciones penales, para prevenir y reprimir cualquier actividad prohibida en la Convención.

En relación las minas antipersonal se promulgó la Ley 33/1998, de 5 de octubre, de prohibición total de minas antipersonal y armas de efecto similar.

Es de destacar que no se proponía por la Cruz Roja incriminar todas las conductas prohibidas por las expresadas Convenciones en éste segundo párrafo del artículo 609, puesto que se concretaba en el castigo de las violaciones integradas por las acciones u omisiones más graves e inequívocas (*desarrollar, producir, almacenar, adquirir, conservar, transferir o no destruir*). Otras conductas prohibidas no se incluían en el precepto, donde no olvidemos que está prevista una grave pena (diez a quince años de prisión, sin perjuicio de la que corresponda por los resultados producidos), porque se trata de formas de participación (*ayudar, estimular o inducir*) que encuentran adecuado tratamiento en la parte general del Código Penal que regula la autoría y complicidad (artículos 28 y 29) o consisten en acciones de menor gravedad que se pueden sancionar en el tipo general residual del artículo 614 del mismo Código Penal, cuya modificación también se proponía para abarcar estas conductas.

Sin embargo, el legislador penal español, a diferencia del belga (artículo 3 de la ley de 1993), no incluyó el contenido de ésta propuesta de adición al precepto de un párrafo segundo.

Artículo 611

Se han introducido modificaciones poco extensas a éste precepto, todas ellas derivadas de la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Así, en el número 4.º se añade la expresión *confine* como acción alternativa a la conducta consistente en la detención ilegal, con objeto de mejorar la protección de las víctimas a quienes se restrinja ilegalmente su libertad. Se coordina de esta forma este crimen con la redacción del artículo 8, número 2, apartado a), vi) del Estatuto de Roma que incluye una referencia expresa al confinamiento ilegal.

Además, se adiciona al número 4.º el párrafo siguiente: *o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la Parte adversa*. Conducta que se incrimina en el artículo 8, apartado 2, b), xxiii) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y

que tiene suficiente base convencional en la prohibición contenida en el artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en el artículo 51, apartado 7, del Protocolo I Adicional de 1977 .

En el número 5.º de éste artículo 611, se añade la expresión *directa o indirectamente*, para ajustar el precepto de una manera mas fiel al texto del artículo 8, número 2, apartado b), viii) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Por el contrario no prosperó la propuesta de adicionar un número 8.º para castigar a quien *declare abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa*. Y ello, a pesar de que esta conducta se corresponde con la incriminada en el artículo 8, número 2, apartado b), xiv) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El fundamento de esta incriminación es el artículo 23, apartado h) de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y Reglamento Anexo sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

Al publicar en el BOE (n.º 283, de 26-11-2003) la modificación de este artículo por L.O.15/2003, se incurre en el error de considerar como nuevos los números 4.º y 5.º, cuando son simples modificaciones de los mismos apartados, por lo que su contenido se duplica con la redacción anterior en los correlativos 6.º y 7.º y, seguidamente, se altera sin necesidad la numeración de los antiguos 6.º y 7.º, que pasan a ser los números 8.º y 9.º Esperemos que pueda subsanarse en la correspondiente corrección de errores

Artículo 612

Realmente hubiera sido necesario introducir numerosas modificaciones en este extenso precepto, a la vista del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y de otros instrumentos convencionales como el Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000 de la Convención de 1989, sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, y la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado de 1994. La modificación realizada por la Ley Orgánica 15/2003 puede calificarse de insuficiente.

Número 1.º

En el número 1.º se ha ampliado la protección penal a los *hospitales, instalaciones o material*, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 8,

número 2, apartado b), ix) y xxiv) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para los conflictos armados internacionales y en el artículo 8, número 2, apartado e) iii) y iv) para los conflictos armados sin carácter internacional. Los incisos ix) y iv) se refieren, entre otros, a los *hospitales* y los xxiv) y iii) a los *edificios y material*. Sin embargo, se ha preferido el término *instalaciones* en lugar de *edificios* por describir con mayor amplitud los lugares protegidos por su relevancia para la asistencia sanitaria.

Número 2.º

Se ha añadido al número 2.º del precepto la siguiente frase: *o contra el personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el derecho internacional*. La justificación de esta adición hay que buscarla también en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 8, número 2, apartado b), xxiv) para los conflictos armados internacionales y apartado e), ii) para los conflictos armados sin carácter internacional, emplean esta expresión para ampliar la protección a toda persona autorizada (*habilitada*) para utilizar dichos *signos o señales* (términos más acordes que el de *emblemas*, según el artículo 8 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra) de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario.

Número 3.º

La modificación de éste número ha consistido en eliminar del texto anteriormente vigente la frase *«prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor»*. Realmente resulta poco comprensible esta reforma, no propuesta por Cruz Roja Española, a la vista del contenido de los Convenios de Ginebra y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Quizás esta omisión sea consecuencia de la decisión de no incluir el párrafo correspondiente a las violencias sexuales, incorporado a la propuesta. Desde luego resulta insuficiente la alusión final del precepto que se refiere a las violaciones de las prescripciones sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los tratados internacionales en los que España fuere parte. Hay que tener en cuenta que los atentados o violencias sexuales han merecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional la tipificación de estas conductas tanto como crimen de lesa humanidad en el artículo 7.1.g), como crimen de guerra en el ar-

título 8.2, b), apartado xxii y d), apartado vi. A pesar del confesado propósito del legislador penal español de «coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional» (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2003), no se tuvo en cuenta la propuesta concreta de incriminar las violencias sexuales como crímenes de guerra formulada por Cruz Roja Española para el artículo 612.

Otros números del precepto no modificados

La Cruz Roja Española proponía que, al final del número 3.º del artículo se añadiera la siguiente frase: *y, en particular, reclute o alisté obligatoriamente a menores de 18 años o los utilice para participar directamente en las hostilidades*. Inicialmente la razón de ésta modificación nace del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que, en su artículo 8, número 2, apartado b), xxvi) para los conflictos armados internacionales y apartado e), vii) para los conflictos armados sin carácter internacional, arbitra una protección penal específica para los niños que participan en las hostilidades. Pero la Propuesta, en consonancia con la postura de la Misión de España en la Conferencia Diplomática de Roma y con nuestra legislación interna (penal y administrativa), se basa en los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000, firmado y ratificado por España. La propuesta lamentablemente no prosperó y el precepto quedó inalterado por lo que se refiere a la protección de los niños en los conflictos armados. El Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina, por el contrario, incrimina el reclutamiento, alistamiento o participación activa en las hostilidades de niños menores de 18 años.

En la Propuesta de la Cruz Roja Española, el número 4.º del texto vigente pasaba a constituir el número 6.º, al adicionarse unos nuevos números 4.º y 5.º, que se justificaban como a continuación se expone.

El nuevo número 4.º propuesto se basaba en el artículo 8, número 2, apartado b), xxii) para los conflictos armados internacionales y apartado e), vi) para los conflictos armados sin carácter internacional, ambos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se había tomado de estas normas el texto, con ligeros retoques para mantener algunas expresiones como *prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor*, que figuraban en el número 3.º del artículo 612 del Código Penal. El fundamento del castigo de éstas conductas hay que buscarlo en el artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949. El

texto que fue rechazado por el legislador penal español incriminaba «los actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual o atentado a su pudor, que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra». Como hemos expresado ya, no se entiende fácilmente esta preterición de tipos criminales del Estatuto de Roma, consolidados por abundante jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda y que, paradójicamente, se incriminan en el artículo centésimo sexagésimo de la misma ley como delitos de lesa humanidad. Tales crímenes se recogen puntualmente en el Código de Derecho Penal Internacional de Alemania, en la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos y en el Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina.

La justificación de la propuesta en relación con un nuevo número 5.º del precepto, que tampoco prosperó, hay que buscarla asimismo en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 8, número 2, apartado b), xxv) para los conflictos armados internacionales, incrimina las conductas de provocar intencionadamente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra y obstaculizar los suministros de socorro. No obstante, en la propuesta se ha preferido emplear la expresión *hacer padecer intencionadamente hambre* por ajustarse más exactamente a los términos del artículo 54 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra y artículo 14 del Protocolo II Adicional de 1977. Así pues, la redacción que se propuso sin éxito fue la siguiente: 5.º *Hiciere padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar, del mismo modo, los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra*. Tal delito se tipifica en la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos, en el Código de Derecho Penal Internacional de Alemania y en el Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina.

De prosperar la modificación solicitada, los números 4.º, 5.º y 6.º del vigente artículo 612 hubieran pasado a integrar en la Propuesta los números 6.º, 7.º y 8.º del precepto, con el mismo contenido.

Tampoco fue acogida por el legislador penal español la propuesta de añadir un nuevo párrafo con la siguiente redacción: 9.º) *Viola suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la Parte adversa*. Se trataba de un precepto tomado del artículo 72 del Código Penal Militar, norma que se aplica únicamente a militares, por lo que resul-

taba necesario incriminar esta conducta con carácter general para evitar una laguna legal, puesto que estas acciones pueden tener como sujeto activo a quien no tenga la condición de militar. El fundamento convencional de este delito se puede encontrar en los artículos 35 a 41 de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 y su Reglamento Anexo sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

Igualmente fue ignorada la propuesta de añadir un nuevo número 10.º con la siguiente redacción: *Dirija intencionadamente ataques contra el personal, instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos de cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, o les amenazare con tal ataque para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.* En el texto ofrecido se había respetado inicialmente la estructura del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que incluye este crimen en el artículo 8, número 2, apartado b), iii) para los conflictos armados internacionales y en el apartado e), iii) para los conflictos armados sin carácter internacional. Como se ha indicado antes, en la justificación del artículo 608, número 6.º, nació de una propuesta de España en la Conferencia Diplomática de Roma y tiene su fundamento convencional en el artículo 9 de la Convención de 9 de diciembre de 1994, sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, ratificada por España. Se incluyeron también en el texto propuesto algunos elementos del citado artículo 9 de la Convención de 1994, como las alusiones a la *residencia privada*, a *cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas o personal asociado* y la incriminación de *las amenazas de ataques*.

Se había entendido que el término *ataques* comprende los que se perpetren contra la integridad física o la libertad de las personas protegidas en este delito. En el supuesto de homicidio o grave peligro para la integridad de las víctimas sería de aplicación el artículo 609 del mismo Código Penal, dada la condición de *personas protegidas* de los sujetos pasivos del ataque, teniendo en cuenta que la sanción allí prevista se impone *sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos*.

Por otra parte, otras conductas previstas en el artículo 9 de la citada Convención de 1994, como la tentativa (apartado d), la complici-

dad o los actos de organización o dación de órdenes a terceros para la comisión de tal ataque (apartado e), quedaban suficientemente incriminadas por la aplicación de la parte general del Código Penal que regula la participación a título de autor (por medio de otro, por inducción o cooperación necesaria) o de cómplice (artículos 28 y 29) y la tentativa (artículo 16).

Artículo 613

La modificación de mayor envergadura que aparece en éste artículo consiste en la nueva redacción de su número 1 para recoger, al lado de las conductas que implicaban violaciones del Convenio de La Haya de 1954 sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y del artículo 53 del Protocolo I de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra, la protección penal establecida en el Segundo Protocolo de la citada Convención de La Haya, adoptado el 26 de marzo de 1999 y, como ya se ha dicho, ratificado por España el 6 de julio de 2001. La protección reforzada que se determina en tal Protocolo se refleja al incriminar esta nueva conducta en el apartado a) del artículo 613. Sin embargo, la modificación del Código penal no recoge la «*apropiación a gran escala, robo, saqueo, utilización indebida o actos de vandalismo*» contra los bienes culturales protegidos o «*la utilización de los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares*», incriminaciones que figuraban en la propuesta de la Cruz Roja Española.

El fundamento convencional de la modificación hay que buscarlo en los artículos 10 a 14 y, particularmente, 15 del citado Segundo Protocolo de 1999, que establece la obligación de cada Estado Parte de tipificar como delitos las infracciones indicadas y sancionarlas con penas adecuadas. Norma que viene a completar la obligación dimanante del artículo 28 del Convenio de La Haya de 1954 y artículo 85, número 4, apartado d) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra.

La propuesta contenía un nuevo número 3 para castigar como delito al que: 3. *Requisare indebida o innecesariamente edificios u objetos muebles en territorio ocupado o capturar o destruyere buque mercante o aeronave comercial con infracción de las normas sobre el derecho de captura o presa*. Se trata de un precepto tomado del artículo 74 del Código Penal Militar, norma que se aplica exclusivamente a militares, por lo que resulta

necesario incriminar estas conductas con carácter general para evitar una laguna legal, puesto que éstas acciones pueden tener como sujeto activo a quien no tenga la condición de militar. El fundamento convencional de este crimen se puede encontrar en el artículo 52 de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y en el Reglamento Anexo sobre las Leyes y Costumbres de la guerra (requisas), así como en XI de La Haya de 1907 sobre ciertas restricciones en cuanto al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima. Sin embargo, esta propuesta no fue acogida por el legislador penal español.

Artículo 614

La única modificación que se proponía en éste artículo, calificado como tipo general o residual con la estructura propia de una ley penal en blanco, consistía en la adición de la expresión *o regulación de medios o métodos de combate*. Sin embargo, el legislador español no modificó este precepto.

El fundamento residía en la conveniencia de incriminar determinadas infracciones no tipificadas en el artículo 610, que supongan violaciones de los Convenios Internacionales que regulan estas materias, como las ya citadas Convención de 1972, sobre armas biológicas o bacteriológicas, la Convención de 1993, sobre armas químicas, o la Convención de 1997, sobre minas antipersonas. Sin descartar otras infracciones (distintas del empleo de ciertas armas) de la Convención de 1980 sobre armas convencionales de efectos excesivos o indiscriminados, con sus cinco Protocolos y el Protocolo enmendado de 1996 o violaciones (distintas del empleo) del Convenio de 1976, sobre técnicas de modificación ambiental, todos ellos ratificados por España. En estos supuestos la redacción vigente difícilmente abarca estas infracciones al referirse a los Tratados Internacionales sobre la conducción de las hostilidades.

Artículo 614 bis

La reforma del Código penal que comentamos introduce con éste nuevo precepto una agravante específica para los crímenes de guerra, con fundamento en el artículo 8 del Estatuto de Roma, consistente en la aplicación de las respectivas penas en su mitad superior cuando las conductas incriminadas formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala.

VI. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUPERIORES JERÁRQUICOS

CAPÍTULO IV (*Disposiciones comunes*)

Artículo 615 bis

1. La razón de la reforma

Este nuevo y extenso artículo se introduce en el Capítulo IV («Disposiciones comunes») del Título XXIV del libro II del Código penal, pero sólo afecta a los capítulos II (genocidio), II bis (delitos de lesa humanidad) y III (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado), dejando fuera de su ámbito de aplicación a los delitos previstos en el capítulo I (delitos contra el derecho de gentes).

Se trata de una disposición que incorpora a nuestro Código Penal el contenido del artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se entiende, con razón, que no resulta suficiente la regulación de la *comisión por omisión* del artículo 11 del Código Penal, al establecer determinados requisitos (como el juicio de equivalencia) que limitan su aplicación en la práctica. La novedad del precepto merece un estudio más detallado de este tipo de responsabilidad, de gran importancia para el Derecho penal militar y para el Derecho Internacional.

2. Antecedentes

En efecto, una de las cuestiones más debatidas en el Derecho Penal Internacional es el examen de la responsabilidad criminal de los superiores jerárquicos que consienten o no impiden la comisión de violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario por parte de sus subordinados. Imputación de responsabilidad que, por otra parte, integra un mecanismo fiable para garantizar la eficacia de las normas protectoras de la persona humana y de las víctimas de la guerra, pues constituye a estos superiores en garantes de su cumplimiento.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial se planteó ante los Tribunales penales la cuestión de la responsabilidad penal de los superiores, cuyas sentencias establecieron las condiciones de esta incriminación. Son clásicos el Caso Yamashita, el Caso del Alto Mando alemán, el Asunto de los Rehenes en territorio ocupado y el caso Meyer.

Por parte de expertos del Comité Internacional de la Cruz Roja, se resume el mecanismo de la responsabilidad de los superiores en la concurrencia de los requisitos siguientes:

- Que se trate de un superior o persona con autoridad sobre sus subordinados.
- Que el superior supiera o debería haber sabido que el crimen se iba a cometer o se estaba cometiendo.
- Que el superior poseyera la autoridad necesaria para impedir o hacer cesar la conducta criminal.

Hay que recordar, muy especialmente, que el artículo 86.2 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra dispone lo siguiente: «El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción».

Ahora bien, los específicos deberes de los Jefes militares en orden a tomar las medidas necesarias para impedir, reprimir y denunciar las infracciones del Derecho internacional humanitario (Convenios de Ginebra y sus Protocolos), están establecidos en el artículo 87 del Protocolo I antes citado. Se trata de un deber de prevención (impedir o hacer cesar las violaciones del derecho de los conflictos armados) y de represión (castigar los crímenes de guerra o denunciarlos). Cabe pues preguntarse si estos superiores pueden incurrir en responsabilidad penal a título de autores, como una de las formas de participación criminal. Hablamos de una clase de acción penalmente relevante: la comisión por omisión.

3. El Derecho penal español

El artículo 11 del Código penal de 1995 dispone que los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

Puede resultar útil el análisis de éste precepto en relación con los supuestos de responsabilidad de los superiores jerárquicos. En efecto, esta-

blecida para tales superiores la específica obligación convencional de actuar (arts. 86.2 y 87 del Protocolo I de 1977) la omisión de tal deber se equipara a la acción cuando la no evitación del resultado equivalga (juicio de equivalencia) a su causación. Y esto solo sucede cuando la intención del superior abarca la producción del resultado lesivo.

En el ordenamiento penal español existen al menos tres preceptos que, de un modo residual o incompleto, pueden evitar la impunidad de estas conductas criminales de los superiores. Así el artículo 137 del Código Penal Militar castiga con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión al militar con mando que tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitación de facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar, entre los que se encuentran los delitos contra las leyes y usos de la guerra (Arts. 69 a 78). Y entre éstos últimos, el artículo 78 del Código Penal Militar es un tipo residual que, al sancionar penalmente, «cualesquiera otros actos contrarios» a las normas del derecho internacional humanitario, incrimina la violación del deber impuesto a los superiores por el mencionado artículo 87 del Protocolo I. Interpretación que también puede sostenerse en relación con el artículo 614 del Código penal, tipo residual muy similar e igualmente aplicable a «cualesquiera otras infracciones o actos contrarios» a las citadas normas. En uno u otro caso, la escasa entidad de la pena (como corresponde a tipos residuales) para castigar hechos que pueden alcanzar una gravedad considerable y la exclusión de la comisión imprudente, aconsejan la inclusión en nuestro ordenamiento penal de un precepto que regule de modo específico la responsabilidad criminal de los superiores jerárquicos. Sin duda la ocasión más propicia fue la conveniente (e incluso necesaria) reforma de nuestro Código Penal, como consecuencia de la ratificación por España (el día 24-10-2000) del Estatuto de Roma, por L.O. 15/2003.

4. Los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda

Acaso por esta respuesta fragmentaria del Derecho penal interno de los Estados, el artículo 7.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 25-5-1993) estableció que el hecho de que cualquiera de los crímenes de la competencia del Tribunal haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para

impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.

Por lo que se refiere a la existencia de la relación jerárquica, la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia de 16-11-1998 (Zejnil Delalic, Zoravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo), en el caso del Campo de Celebici , estableció que la posición de mando no debe ser necesariamente un poder «de iure», por lo que no se exige la estructura formal propia de las fuerzas armadas regulares. Se trataba de comandos no regulares integrados por personas que no estaban oficialmente bajo la autoridad de sus jefes o superiores, militares o civiles. Al derrumbarse las organizaciones legales en los conflictos desestructurados, el Tribunal entendió que basta una estructura informal, pero con un «umbral»: no responden estos superiores cuando «de facto» cesan en su control.

En cuanto al elemento subjetivo, la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 2-9-1998 en el caso de Jean Paul Akayesu analiza todas las formas de responsabilidad, que comprende tanto la intención maliciosa («sabía») o la negligencia grave («tenía razones para saber»), comportamiento culposo que pudiera abarcar los casos en que el superior poseía información que le avisaba del riesgo inminente de la comisión de crímenes en el ámbito de su responsabilidad (posición de garante), por lo que le sería exigible el deber de investigación, constituyendo así la conducta pasiva una omisión negligente punible.

5. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El artículo 28 del Estatuto de Roma regula también la responsabilidad de los jefes y otros superiores. Y, en efecto, distingue dos clases de superiores jerárquicos:

- El jefe militar (o el que actúe efectivamente como jefe militar), responsable de los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo.
- El superior que tiene con sus subordinados una relación distinta al jefe militar, responsable de los crímenes cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo. En este segundo supuesto puede tratarse de una relación jerárquica entre funcionarios de Policía o también de fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados no gubernamentales en un conflicto armado no internacional.

En uno u otro caso el superior jerárquico responde penalmente por los crímenes de la competencia de la Corte cometidos por su subordinados, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre tales subordinados,

siempre que 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.

Ahora bien, son necesarios además otros requisitos para la exigencia de tal responsabilidad. En el caso de los jefes militares, es preciso que el superior «hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos». Es decir, responden también por una conducta negligente («hubiere debido saber»).

Por el contrario, en el supuesto de la responsabilidad penal de otros superiores no militares sólo se incrimina la conducta intencional (que podría abarcar el dolo eventual, pero nunca la conducta imprudente), consistente en haber tenido conocimiento o deliberadamente haber hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos. Y se añade una condición (objetiva) más: que los crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo.

6. Los ejemplos de la legislación extranjera

Ya la Ley belga de 1993 castigaba con la misma pena prevista para la infracción consumada la conducta omisiva por parte de quienes hubieren tenido conocimiento de órdenes dadas para la ejecución de uno de los crímenes o de hechos que se inicien en su ejecución, cuando hubieran podido impedir la consumación de estos delitos o ponerles fin. La Ley de Canadá de 2000, en sus artículos 5 y 7 traslada el contenido del artículo 28 del Estatuto de Roma, incluyendo la punición de la conducta imprudente.

El parágrafo 4 del Código de Derecho Penal Internacional de Alemania de 2002 regula la responsabilidad de los jefes militares y de otros superiores jerárquicos, castigándoles como autores del acto cometido por el subordinado (comisión por omisión). El precepto impide además la aplicación del Código penal alemán (parágrafo 13. 2) que establece una atenuante facultativa de la pena para los supuestos generales de comisión por omisión. Asimismo, los parágrafos 13 y 14 del mismo Código del 2002 incriminan la violación, dolosa o culposa, de la obligación de vigilancia de los superiores sobre sus subordinados y la omisión de denunciar la comisión de tales crímenes.

La Sección 9 de la Ley sobre crímenes internacionales de los Países Bajos de 2003, castiga con las penas previstas para cada delito la respon-

sabilidad dolosa de los superiores que intencionadamente omitan adoptar las medidas para impedir la comisión de los crímenes por sus subordinados. Se establece también una responsabilidad penal por negligencia. El Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina traduce fielmente el art.28 del Estatuto de Roma.

7. El abigarrado nuevo texto del art. 615 bis del C. penal

El nuevo artículo 615 bis, que incorpora al Código penal la Ley Orgánica 15/2003, es de una gran complejidad no exenta de una cierta incongruencia. La complejidad no se deriva de la descripción de las conductas punibles, puesto que el legislador español se ha limitado a reproducir el texto del artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sin realizar siquiera un esfuerzo para simplificar la acción típica para lo que le bastaba haber seguido la propuesta formulada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española. El carácter abigarrado del precepto nace de la acumulación de seis tipos delictivos, a saber:

1.º Responsabilidad penal dolosa, por comisión por omisión, imputable a la autoridad, jefe militar o quien actúe efectivamente como tal, por no adoptar las medidas a su alcance para evitar la comisión (por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo) de un delito de genocidio, de lesa humanidad o crímenes de guerra (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado). Será castigado con la misma pena que los autores. El tipo delictivo no hace mención expresa a un requisito exigido por el artículo 28 del Estatuto de Roma, consistente en la necesidad de que el jefe militar «hubiese sabido» (o debido saber) que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.

2.º Responsabilidad penal por negligencia grave, cuando la falta de adopción de las medidas al alcance de la autoridad o jefe militar se produzca como consecuencia de una conducta gravemente imprudente. Quiere traducir así el contenido del artículo 28 del Estatuto de Roma cuando incrimina la conducta del superior que «hubiera debido saber» o por imprudencia grave no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir la comisión de tales crímenes. Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados.

3.º Responsabilidad penal dolosa de la autoridad o jefe militar (o quien actúe efectivamente como tal) por no adoptar las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra cometidos por las personas sometidas a su

mando o control efectivo. La pena será inferior en dos grados a los autores. Se trata de una forma de encubrimiento o, mas exactamente, una omisión del deber de promover la persecución de los delitos (artículos 408 y 450 del Código penal), muy emparentada (salvo por el sujeto activo) con el tipo delictivo previsto en el último apartado de este artículo.

4.º Responsabilidad penal dolosa, por comisión por omisión, imputable al superior no comprendido en apartados anteriores (es decir un superior no militar pero dotado de un poder jerárquico de derecho o de hecho sobre sus subordinados) que, en el ámbito de sus competencias (más técnicamente dice el Estatuto de Roma: «Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo»), no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión por sus subordinados de un delito de genocidio, lesa humanidad o crimen de guerra. Tampoco aquí exige el tipo penal el requisito expresado por el artículo 28 del Estatuto de Roma, consistente en que «hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiese hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos». Será castigado con la misma pena que a los autores. No se inculpa, en este supuesto, la conducta gravemente imprudente.

5.º Responsabilidad penal dolosa del superior no militar por no adoptar las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra cometidos por sus subordinados. Se trata, como antes señalamos, de una omisión del deber de promover la persecución de los delitos. Se castiga con la pena inferior en dos grados a la de los autores.

6.º Responsabilidad penal dolosa del funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas anteriores y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de un delito de genocidio, lesa humanidad o crimen de guerra, de que tenga noticia. La diferencia con los tipos anteriores estriba en que éste funcionario o autoridad no tienen el mando o control efectivo de la fuerza o la subordinación directa de los autores de tales delitos y, por tanto, su responsabilidad deriva del conocimiento y de la infracción de su deber de perseguir los delitos, pero no son garantes de la conducta de sus subordinados al no ejercer el mando. En todo caso este nuevo delito es prácticamente idéntico al ya previsto en el artículo 408 del Código penal, del que se diferencia por la agravación de la pena prevista que aquí consiste en inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

Hemos escrito que, además de complejo, este delito adolece de cierta incongruencia. Y ello porque no cabe duda de que, en los casos de la responsabilidad de un jefe militar, se inculpa en el código común un eviden-

te delito militar, que pertenece al ámbito estrictamente castrense, en particular en los supuestos de crímenes de guerra que se cometen en tiempo de conflicto armado. Parece, en efecto, incoherente que los crímenes de guerra cometidos por los militares subordinados se castiguen en el Código Penal Militar (artículos 69 a 78, delitos contra las leyes y usos de la guerra) y los derivados de la responsabilidad del mando militar se incriminen como delitos comunes. Pero es que, además, la falta de técnica legislativa queda en evidencia al tratarse de un supuesto de comisión por omisión, donde se castiga al jefe militar por no evitar la comisión de un delito común (de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes en caso de conflicto armado) por sus subordinados militares. Pero éstos, por razón de la condición militar del sujeto activo del delito, no incurrirían en la comisión de los delitos previstos en el capítulo III del Título XXIV del Código penal, sino en los supuestos incriminados en los artículos 69 a 78 del Código Penal Militar, en la mayoría de los casos. Se producirá así una situación indeseable de concurso de leyes, de difícil interpretación. A ello hay que añadir que el artículo 137 del Código Penal Militar castiga al militar con mando de fuerza no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar, tipo delictivo que podría entrar en una relación de alternatividad con los mencionados tipos comunes. Una buena ocasión perdida para coordinar los delitos comunes y los militares, así como un argumento mas a favor de la oportunidad de una ley penal y procesal especial para castigar los crímenes internacionales, que pudiera ser aplicada por la jurisdicción ordinaria o la militar.

VII. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA

Artículo 616 bis

1. La reforma de la eximente de cumplimiento de un deber

El precepto incorpora a nuestro Código Penal, dentro del Capítulo IV «Disposiciones comunes», parte del contenido del artículo 33 (*Ordenes superiores y disposiciones legales*) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se trata de una norma limitativa y especial relacionada con la aplicabilidad del error de prohibición regulado en el artículo 14, apartado 3 del Código Penal y, de forma más remota, con la circunstancia eximente de cumplimiento de un deber, prevista en el número 7.º del artículo 20 del mismo Código Penal. Pero es justamente ésta eximente la única citada en el nuevo

artículo y precisamente para determinar que esta norma no resulta aplicable a los crímenes de *genocidio* y *crímenes de lesa humanidad*. Como veremos a continuación, el legislador penal español no ha entendido muy bien el sentido del precepto del Estatuto de Roma, ni la verdadera naturaleza de la eximente de obediencia jerárquica. Basta para ello leer la regulación actual del Código alemán de Derecho Penal Internacional (parágrafo 3), el artículo 5 de la ley belga, la sección 11 de la ley penal de los Países Bajos, el artículo 14 de la ley de Canadá o el artículo 12 del Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina.

2. *Determinaciones previas*

Toda la actividad del Estado, escribe H.H. JESCHECK, se realiza mediante órganos que ordenan y órganos que ejecutan, al encontrarse el personal (militar o funcionario) en una relación jerárquica de la que deriva la potestad de mando y su correlativo deber de obediencia. Ahora bien, el deber de obediencia descansa en la existencia de mandatos vinculantes (órdenes) y al emanar la orden del superior competente, el mandato goza de la presunción de juridicidad o conformidad a derecho.

Naturalmente para que se trate de un mandato vinculante debe reunir la orden una serie de requisitos formales (competencia del superior y forma adecuada) y materiales (no violar manifiestamente el ordenamiento jurídico ni imponer una conducta contraria a la dignidad humana o al derecho internacional humanitario), que son recogidos por los artículos 19 y 21 del Código Penal Militar, artículo 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, artículo 5 de la L.O. 2/1986 y artículo 410.2 del Código penal.

Para esta postura hay mandatos antijurídicos obligatorios, porque la ley (en casos poco importantes) valora más el deber de obediencia del subordinado que el deber de respeto al resto del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, si el cumplimiento de la orden constituye un delito, el mandato vinculante se convierte para el subordinado en una causa de justificación, aunque el contenido de la orden vinculante sea antijurídico.

Por el contrario, un mandato sin fuerza vinculante no puede justificar nunca una conducta delictiva y solo puede tener efectos exculpatórios. Pero, en todo caso, el subordinado responde penalmente cuando advierte que la ejecución constituye delito o cuando resulta evidente según sus conocimientos. Así pues, el militar no resulta exculpado si la contrariedad a la ley de la orden puede ser advertida por cualquier persona.

No hay base para la exculpación si no se han cumplido los requisitos formales de la orden (emanar de un superior, referirse al servicio y revestir

la forma adecuada) o si el inferior sabe que su ejecución entraña un delito. En resumen, los límites del efecto exculpatario de una orden no vinculante radican en que sólo puede eximir de responsabilidad si el subordinado creyó que la orden era vinculante y era posible considerarla así.

Naturalmente también el miedo insuperable, coacción o amenaza graves, pueden exculpar al subordinado que ejecuta un mandato constitutivo de un crimen de la competencia de la Corte, según el apartado d) del artículo 31 del Estatuto (estado de necesidad coactivo).

Esta eximente de obediencia jerárquica, por otra parte, ha sido tradicionalmente rechazada en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, particularmente en el castigo de los crímenes de guerra. Así, únicamente se puede aplicar la eximente de obediencia en el caso de órdenes que no sean manifiestamente ilegales o en supuestos de error de prohibición, respecto de crímenes internacionales (violaciones del derecho internacional humanitario), en los códigos o leyes penales de Italia, Bélgica, R.F. de Alemania, Canadá, Brasil, Yugoslavia, Dinamarca, Grecia, Finlandia, Iran, Irlanda, Noruega, Holanda, Rusia, Suecia, Suiza, Estados Unidos de América y España. La obediencia jerárquica puede ser apreciada como atenuante en Argentina, China, Reino Unido y Estados Unidos de América, así como en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

3. La regulación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Estos precedentes u otras reflexiones han llevado al Estatuto de Roma a regular en su artículo 33 la eximente de obediencia jerárquica bajo el epígrafe de «Órdenes superiores y disposiciones legales», mientras que el legislador penal español suprimía tal circunstancia de exención del Código penal de 1995, aunque no del Código Penal Militar.

El presupuesto del que parte la norma estatutaria es el cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, que entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte.

En todo caso la virtualidad exculpatoria de la obediencia jerárquica en el Estatuto es excepcional. Y ello porque, en primer lugar, se formula una regla general de forma negativa («Una persona que haya cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximida de responsabilidad penal...») seguida de una excepción («...a menos que...») condicionada a la existencia de los tres requisitos que detalla. En segundo término porque, en la práctica, la eximente sólo será aplicable a los crímenes de guerra (o al

«non nato» crimen de agresión), puesto que el mismo precepto en su número 3 se encarga de establecer una presunción legal de que «las órdenes para cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas», lo que impide la concurrencia en tales crímenes del tercer requisito exigido por la norma: Que la orden no fuera manifiestamente ilícita.

Con sobrada razón pudiera pensarse que el Estatuto ha querido decir que tal presunción no admite prueba en contrario, lo que es criticable pues establece una distinción improcedente entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, a efectos de la manifiesta ilicitud de las órdenes superiores para cometerlos. Basta leer el apartado xxi), letra b), número 2 del artículo 8 del Estatuto («Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado...») y comparar estos crímenes de guerra con las mismas acciones que se tipifican en el artículo 7.1.g) como crímenes de lesa humanidad, para concluir que carece de sentido estimar que una orden para cometerlos debe presumirse manifiestamente ilícita en un supuesto y no en otro casi exacto.

Si buscamos el ejemplo de la deportación o traslado forzoso de población (crimen de lesa humanidad y también crimen de guerra) nos encontraremos con preceptos casi idénticos, en los que no deja de presentar fundadas dudas la proclamación de que todos los mandatos emitidos (ordenando la comisión de tal crimen de lesa humanidad) revisten el carácter de «manifiestamente ilícitos», puesto que el propio precepto (artículo 7.2.d) del Estatuto) al definir la «deportación o traslado forzoso de población» se ha visto obligado a excepcionar algunos casos, añadiendo: «...sin motivos autorizados por el derecho internacional». Son posibles pues órdenes no manifiestamente ilícitas cuando existan dudas sobre si determinados motivos para el traslado forzoso de población están o no autorizados por el derecho internacional.

Esta irracional distinción entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, tantas veces rechazada por el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, ha tratado de abrirse paso, con poco éxito ciertamente, en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

4. Los requisitos de la eximente

En el artículo 33 del Estatuto de Roma, que analizamos, se exige para la eximente de obediencia jerárquica la concurrencia imprescindible de tres requisitos.

El primero es fundamentalmente formal y hace referencia a la relación jerárquica que debe existir entre el superior de quien emana el mandato y el subordinado en quien debe concurrir el deber de obediencia . De manera que la orden debe ser dada por un superior jerárquico (es decir: El gobierno o un superior, sea militar o civil), dentro de la esfera de su competencia y en relación con asuntos del servicio (que implica que la orden se encuentre dentro de las atribuciones que legalmente correspondan al superior, pues fuera de ellas no existe deber de obediencia), es necesario que se comunique el mandato en la forma adecuada (normalmente se puede exigir por escrito si la ejecución de la orden compromete la responsabilidad del subordinado) y es preciso que se trate de una orden concreta (para llevar a cabo u omitir una actuación específica) y de un mandato inequívoco y terminante (algo distinto al mero asesoramiento o consejo). Finalmente, es imprescindible que el deber de obediencia derivado de la relación jerárquica se encuentre establecido por ley.

El segundo requisito se adentra ya en el contenido del mandato, puesto que es necesario que el subordinado «no supiera que la orden era ilícita», lo que describe un clásico e invencible error de prohibición. A este requisito se refería, con ancestral terminología, el derogado Código de Justicia Militar español cuando excluía la eximente de obediencia debida si se había prestado «con malicia». En definitiva el subordinado que sabe que la orden recibida es ilícita, no puede ampararse en la eximente de obediencia jerárquica pues su exculpación se puede basar únicamente en el error de prohibición.

Pero no basta para la apreciación de la eximente que el sujeto estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes de sus superiores y que no supiera que la orden era ilícita, además es preciso (y éste es el tercer requisito que establece el precepto) que la orden no fuera manifiestamente ilícita. El adverbio «manifiestamente» (es decir, con claridad y evidencia, descubiertamente) es la clave del precepto y confiere cierto carácter objetivo a la calificación de la orden (frente a la ignorancia del sujeto sobre la ilicitud del mandato). A parecida solución llegó el artículo 21 del Código Penal Militar español (y otros muchos en el panorama del Derecho comparado, entre los que destaca la Ley Penal Militar alemana de 1974) cuando rechaza la exención o atenuación de la obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución.

5. Crítica de la nueva regulación del Código penal español

El legislador penal español, obsesionado por la eliminación en el Código penal de 1995 de la clásica eximente de «obediencia debida» (com-

prendida dentro de la eximente de cumplimiento de un deber del artículo 20. 7.º del Código penal), no se percató o quiso enterarse de que la verdadera virtualidad de la antigua eximente es residenciada hoy por la doctrina penal en el campo del error de prohibición (artículo 14.3 del Código penal).

Basta para compartir esta tesis la lectura del artículo 32 (error) y 33 (órdenes superiores y disposiciones legales) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Tanto la remisión del artículo 32.2 (error de derecho) al artículo 33 (órdenes superiores), como los requisitos b) y c) del propio artículo 33 nos describen una eximente de obediencia jerárquica fundada en el error de prohibición.

Por estas razones, las legislaciones penales extranjeras no han podido prescindir de una definición de la obediencia jerárquica en los términos generalmente aceptados por el Derecho penal internacional, tomando como modelo el citado artículo 33 del Estatuto de Roma. Así, el artículo 5.2 de la Ley Belga de 1993 establece la responsabilidad del acusado, que actúa por orden de su gobierno o de un superior jerárquico, cuando la orden pueda manifiestamente suponer la perpetración de un crimen de genocidio, crimen contra la humanidad o crimen de guerra.

El artículo 14 de la Ley de Canadá de 2000, también estimó necesario regular la eximente de órdenes de los superiores, justamente para limitar su aplicabilidad a menos que concurren excepcionales supuestos basados en el artículo 33 del Estado de Roma y, por tanto, en el error de prohibición. Se excluyen, en todo caso, los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad, así como las omisiones o actos inhumanos realizados contra la población civil o un grupo identificado de personas.

Quizás el precepto más aceptable técnicamente, en relación con la obediencia jerárquica, es el parágrafo 3 del Código Penal Internacional de Alemania de 2002 (actos cometidos en ejecución de una orden o de una instrucción). Tal norma dispone que quien cometa un acto incriminado en los parágrafos 8 al 14 (crímenes de guerra), en ejecución de una orden o de una instrucción dotada de carácter realmente obligatorio similar, no es culpable si ignora la ilegalidad de la orden o de la instrucción y si la ilegalidad no es manifiesta.

La Sección 11 de la Ley sobre crímenes internacional de los Países Bajos de 2003 ha optado asimismo por regular la obediencia jerárquica. Así, dispone que el subordinado que cometa un crimen previsto en la referida ley en cumplimiento de una orden dada por un superior no es responsable criminalmente si el subordinado cree de buena fe que ha sido dada legalmente y la ejecución de la orden entra dentro de su cometido como

subordinado. Se consideran manifiestamente ilegales las órdenes de cometer un genocidio o un crimen contra la humanidad. El artículo 12 del Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina reproduce literalmente el artículo 33 del Estatuto de Roma.

Con estos modelos de la legislación extranjera y, a la vista de los anteriores razonamientos doctrinales, habría sido mas adecuado que el legislador penal español se hubiera inspirado en la propuesta formulada por la Cruz Roja Española para este precepto. El texto ofrecido no podía ser catalogado de audaz, sino de mas coherente con la regulación del error de prohibición en el propio Código penal español, pues se limitaba a recoger la redacción del artículo 33 del Estatuto de Roma, que aplica únicamente la eximente a los crímenes de guerra y sólo cuando la orden no fuera manifiestamente ilícita y no lo supiera el autor.

La propuesta de la Cruz Roja Española incorporaba un artículo 616 ter, con la siguiente redacción:

«El que hubiere ejecutado una acción u omisión constitutiva de un delito previsto en el capítulo anterior (Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) 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 concurren las tres condiciones siguientes:

- 1. Que estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes emitidas por la autoridad o superior de que se trate,*
- 2. Que no supiere que la orden era ilícita, y*
- 3. Que la orden no fuera manifiestamente ilícita».*

VIII. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

LIBRO PRIMERO DEL CÓDIGO PENAL (*Disposiciones generales*)

TÍTULO VII. DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y SUS EFECTOS

CAPÍTULO I. DE LAS CAUSAS QUE EXTINGUEN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Artículo 131

La reforma del artículo 131. 4 del Código penal por la Ley Orgánica 15/2003 consistió en declarar que los delitos de lesa humanidad y de geno-

cidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.

La modificación que proponía el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, de acuerdo con el artículo 29 (*Imprescriptibilidad*) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, añadía al número 4 del artículo 131 (que aludía sólo al genocidio en la redacción anterior) que no prescribirán en ningún caso *los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, previstos en el capítulo III del Título XXIV del Libro II de éste Código, salvo los castigados en el artículo 614* (el subrayado es del autor). El legislador penal español eliminó esta última frase. Sin embargo, la excepción resulta plenamente justificada dada la menor gravedad de las conductas incriminadas en el tipo general residual del artículo 614, que castiga actos contrarios y simples infracciones que no alcanzan la entidad de los llamados crímenes de guerra o infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario o Derecho Internacional de los conflictos armados, a los que se refiere la imprescriptibilidad establecida en el Estatuto de Roma.

Artículo 133

Una modificación idéntica a la propuesta para la imprescriptibilidad de los delitos y con el mismo fundamento, se estableció en el artículo 133.2, disponiendo que tampoco las penas prescribirán en ningún caso, con la siguiente redacción: «*Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.* También en el caso de las penas, la propuesta de la Cruz Roja Española añadía la siguiente frase: «*salvo los castigados en el artículo 614*». Para justificar esta excepción son válidos los argumentos expuestos al fundamentar la propuesta similar formulada en la modificación del artículo 131 del Código Penal.

LIBERTAD IDEOLÓGICA Y RELIGIOSA EN LAS FUERZAS ARMADAS

Juan José Herbón Costas
Teniente Auditor

SUMARIO

I. Introducción. II. La libertad ideológica y religiosa en la Constitución. III. La delimitación del contenido de la libertad religiosa por el Tribunal Constitucional. IV. La objeción de conciencia: doctrina constitucional. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la libertad religiosa, ideológica y de conciencia aparece consagrado en el artículo 16 de la Constitución española de 1978, dentro del entramado de derechos y libertades que se establecen en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I, bajo la rúbrica «De los derechos fundamentales y libertades públicas». Sin embargo, el reconocimiento de un ámbito de libertad en el plano del pensamiento y de las propias creencias no ha sido una constante en nuestro Derecho, sino más bien la excepción. El Derecho histórico español ha consagrado la confesionalidad del Estado en materia religiosa. No obstante, esto no ha sido, a diferencia de lo ocurrido en otras materias, una especialidad hispánica, sino la constante en el Derecho comparado.

El objeto del presente estudio va a ser realizar un breve repaso por la estructura y contornos que presenta la llamada libertad de pensamiento reconocida en nuestra Constitución, para después analizar la jurisprudencia ema-

nada del Tribunal Constitucional en relación con la misma, prestando atención específica a los problemas surgidos en el ámbito de las Fuerzas Armadas, fundamentalmente la objeción de conciencia, la insumisión al servicio militar y la primacía del culto católico en las mismas. Asimismo, se estudiarán algunas sentencias significativas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pronunciadas en materia religiosa, para ver el enfoque con que se ha abordado esta compleja libertad en el marco europeo, en el cual coexisten sistemas jurídicos que adoptan posiciones muy diversas sobre la misma.

II. LA LIBERTAD IDEOLÓGICA Y RELIGIOSA EN LA CONSTITUCIÓN

La relación entre las creencias religiosas y la adopción por el Estado de una clara opción sobre las mismas se presenta como un elemento constitutivo de las agrupaciones humanas desde que el hombre establece las primeras organizaciones sociales. Ello viene determinado porque el hombre es el único ser vivo que tiene conciencia de su finitud, y por ello, al asociarse con otros hombres, no es extraño que uno de los primeros objetivos de esa sociedad, adopte ésta la estructura que sea, consista en instaurar un sistema de culto común. Ya muchos de los filósofos racionalistas tenían presente la importancia que la trascendencia tiene en el hombre (1). Otros incluso fueron más allá, al considerar que la religión debía de ser una de las materias que todo Estado debía regular para establecer el ejercicio adecuado del culto por parte de sus súbditos, pregonando el sometimiento de la religión a la autoridad estatal (2).

Ha existido una estrecha vinculación entre el hecho religioso y el propio Estado desde antes de que éste se consolide como tal (siglo XVI). Dos opciones fundamentales se han seguido al legislar sobre esta materia. Por una parte aparece el sistema de confesionalidad del Estado, que cuenta con

(1) B. Spinoza, *Ethica*, Proposición XLI del Libro V: «Aunque no supiésemos que nuestra alma es eterna, consideraríamos como primordiales, sin embargo, la moralidad y la religión, [...]». Alianza Editorial, 3.^a reimpresión a la 1.^a edición, Madrid, 2002, traducción de Vidal Peña, página 425.

(2) T. Hobbes, *Elementorum Philosophiae Sectio Tertia De Cive* (1642), Libro III, Capítulo XVIII, Artículo XIV: «Una vez que se sabe qué es una Iglesia, sabemos inmediatamente a quién corresponde gobernar sobre los cristianos. Pues si cada ciudad cristiana es la Iglesia a la que Cristo mismo enseña que todo súbdito de dicha ciudad debe obedecer, entonces todo ciudadano está obligado a obedecer a su ciudad, es decir, al hombre o asamblea de hombres que tienen el poder soberano, no sólo en los asuntos temporales, sino también en los espirituales». Alianza Editorial, Madrid, 2000, traducción de C. Mellizo, página 349.

un profundo arraigo en los países de tradición católica, como es el caso de España (3), y que va a suponer una manifestación de intolerancia religiosa en la medida en que solamente se consentía una profesión de fe, la cristiana, apostólica y romana, quedando excluido incluso la no profesión —es decir, el agnosticismo o el ateismo—. Este sistema determina una profunda implicación del poder político en el desenvolvimiento del hecho religioso, asumiendo una religión como la propia del país e imponiendo a los ciudadanos el deber de profesarla, excluyendo cualquier ámbito de libertad al respecto.

Frente a este sistema, heredero directo de la consagración por Teodosio I del catolicismo como religión oficial del Imperio romano, en el año 380 d. C., la reforma protestante encabezada por Martín Lutero va a traer, de la mano principalmente de los postulados que serían desarrollados con posterioridad por Calvino, un nuevo planteamiento en la materia: la estatalidad de la religión. Ello supone la declaración de una religión como oficial del Estado, que se compromete a promoverla y protegerla, pero respetando las individuales e intransferibles opciones personales de sus súbditos (4). El advenimiento del mismo tuvo su origen en la ruptura de la unidad de fe producida por la Reforma. Su implantación acaeció, finalmente, tras las guerras de religión que asolaron Europa central durante finales del siglo XVI y la primera mitad del XVII. El *Agreement of the people* (5) supone la consagración de los principios en que se va a fundamentar este sistema, tras los primeros intentos que van a suponer tanto el Edicto de Nantes de 1598 como la *Toleration Act* de 1649.

Es con la llegada de la Ilustración cuando va a producirse el paso del debate en torno a la libertad religiosa a lo que se ha llamado *libertad de pensamiento* (6). Frente a los planteamientos medievales, en los cuales el conocimiento se va a fundamentar en las tradiciones, la costumbre y en un fuerte componente teológico, el racionalismo va a traer el desarrollo del conocimiento a través de procedimientos puramente lógicos, los cuales

(3) La primera Constitución de la historia política de España, la de 1812, establecía en su artículo 12: «La religión de la Nación Española es y será perpetuamente la Católica, Apostólica, Romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra».

(4) Dentro de ese clima de tolerancia hubo excepciones sangrientas, como fue la persecución de católicos iniciada en Inglaterra tras la decisión de Enrique VIII de aceptar el protestantismo como religión, y que costó la vida, entre muchos otros, a figuras de la talla de Tomás Moro.

(5) «That matters of religion and the ways of God workship are not all entrusted by us to any human power» («Las cuestiones religiosas y los caminos de la obra de Dios no son confiadas por nuestra parte a ningún poder humano»).

(6) La libertad de pensamiento va a configurarse como un concepto más amplio, que va a incluir en su seno la libertad religiosa, además de la libertad ideológica.

van a motivar una apertura en los planteamientos ideológicos, acompañados del inicio del laicismo como movimiento filosófico y cultural. La consagración de esta libertad de pensamiento, que va a englobar la religiosa y la ideológica, se va a producir en el artículo 10 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789 (7): «Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley». No obstante, a pesar de este reconocimiento de la libertad de pensamiento como realidad dual, que integra en sí misma dos vertientes diferenciadas —la relativa a las creencias últimas de la persona sobre su trascendencia, y la relativa a la capacidad de adoptar posiciones concretas sobre las que desarrollar su vida terrena—, ha sido la libertad religiosa el caballo de batalla sobre el que se ha dilucidado la consolidación del derecho (8).

Como se decía al comienzo, la tendencia constante en nuestro Derecho ha sido la confesionalidad del Estado en materia religiosa, consagrándose la Iglesia católica como el culto obligado para los súbditos españoles. El único antecedente del actual artículo 16 se encuentra en lo dispuesto por la Constitución republicana de 1931 (9), que consagra por vez primera la aconfesionalidad del Estado. No obstante, dentro de la tradicional confesionalidad de nuestro constitucionalismo pueden marcarse dos etapas: una primera, que arranca de la Constitución de 1812 y llega hasta 1869, en la que la confesionalidad católica del Estado viene acompañada por una intolerancia religiosa que impide la práctica de otros cultos; y una segunda, que arranca con la Constitución de la I República en la que, manteniéndose la profesión de fe realizada por el Estado, se acompaña de una libertad de cultos (10). Este sistema de confesionalidad estatal y tolerancia de las

(7) La Constitución americana de 1787 ya consagró en su artículo 1 la libertad religiosa y la aconfesionalidad del Estado, pero sin contemplar la libertad de pensamiento en un sentido amplio, comprensivo de la vertiente ideológica de la misma.

(8) Mientras que el desarrollo legislativo del derecho a la libertad religiosa ha sido concretado en una única ley (la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio), la libertad ideológica lo ha sido fragmentariamente por varias: las leyes orgánicas de libertad sindical, la de partidos políticos, la de asociaciones, ...

(9) Artículo 27: «La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto a las exigencias de la moral [...]».

(10) Artículo 21 Constitución Española de 1869: «La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la Religión Católica. El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. Si algunos españoles profesaren otra religión que la Católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior».

creencias individuales será restablecido tras la Guerra Civil por el Fuero de los españoles y se verá afirmado por el Concordato con la Santa Sede de 1953 en su artículo 1.

Por tanto, el régimen actualmente vigente de separación entre Iglesia y Estado enlaza con la legalidad republicana, pero a diferencia de aquélla, no ha tendido a una situación de laicismo estatal, como ha sucedido con el régimen de la V República Francesa, sino que ha fomentado, respetando al ámbito de determinación individual de cada sujeto, las relaciones con las religiones de mayor implantación en nuestra Nación. Este desarrollo legislativo, previsto por el apartado tercero del artículo 16 de la Carta Magna, se ha visto plasmado en los Acuerdos de 3 de enero de 1979, firmados con la Santa Sede, que sustituyeron al Concordato anteriormente vigente, y por las leyes que a lo largo de 1992 se aprobaron para regular la cooperación con las comunidades judía, islámica, y evangélica de España (Leyes 24/1992, con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; 25/1992, con la Federación de Comunidades Israelitas de España; y 26/1992, con la Comisión Islámica de España; todas ellas de 10 de noviembre de ese año). La diferencia de instrumentos jurídicos utilizados para desarrollar la cooperación con los diferentes cultos ha suscitado críticas en algún sector de la doctrina, en la medida que se considera discriminatorio que la cooperación con la Iglesia católica se configure a través de un tratado internacional. En opinión de reputados *iusinternacionalistas* (11), dicha distinción viene exclusivamente motivada por el carácter de sujeto de Derecho internacional que la Santa Sede tiene reconocido, y que impide plantear el concreto desarrollo de lo dispuesto en el artículo 16.3 en el marco legislativo interno.

Por lo que se refiere al contenido concreto del artículo 16, se entiende por parte de la doctrina (12) que el derecho reconocido puede definirse genéricamente, prescindiendo de sus dos manifestaciones específicas, como libertad de pensamiento (13). Sin embargo, del texto del artículo se deduce que el constituyente consideró la existencia de dos libertades diferenciadas: «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los

(11) M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 12.^a edición, Tecnos, Madrid, 1999, página 249: «[...] la práctica actual avala el hecho de que, en cuanto se refiere al trato diplomático, la celebración de concordatos y la participación en las organizaciones internacionales, la Iglesia Católica se rige por las normas de Derecho Internacional y en tal sentido puede ser considerada como un sujeto de este orden jurídico».

(12) J.M. Serrano Alberca, *Comentarios a la Constitución*, (obra colectiva dirigida por F. Garrido Falla), Civitas, Madrid, 2.^a edición, 1985, página 286.

(13) Esta denominación proviene de la doctrina francesa. Rivero, *Les libertés publiques*, II, P.V.F., 1977, página 120.

individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». El apartado 2.º precisa: «Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias». Finalmente, el artículo concluye en su apartado 3.º: «Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones». Esta última opinión es sostenida por algunos autores, que defienden la existencia de dos libertades, cada una de ellas con sustantividad propia, en el texto del artículo 16: la libertad ideológica por una parte, y la libertad religiosa por otra (14).

Sea como fuere, es indudable que son tres los contenidos básicos que se establecen por la Constitución española respecto de la libertad de pensamiento:

- La existencia de un ámbito de libertad en materia ideológica y religiosa que va a permitir a los individuos no sólo la libre profesión de sus creencias, sino también la confidencialidad de las mismas.

- La separación entre la Iglesia y el Estado, optándose por el sistema de aconfesionalidad en el que se va a permitir la cooperación de la Nación con las diferentes confesiones, respetando la tradicional presencia del catolicismo en España. Esta opción contrasta con la adoptada por otros países de nuestro entorno, en el que van a existir sistemas que van a permitir la libertad religiosa pero dentro de un Estado confesional (Grecia), o que van a desarrollar una opción totalmente laica (Francia), en la que se van a excluir totalmente las relaciones entre el Estado y las religiones establecidas en él.

- Establecimiento de un único límite para el ejercicio de esta libertad: el respeto del orden público.

En todo caso, lo que se presenta como un hecho indudable es la importancia de la libertad de pensamiento. Su ubicación dentro de la Sección 1.ª del Capítulo II no es casual. Una parte de la doctrina considera la libertad de pensamiento como fundamento de otras importantes libertades y derechos reconocidos en el texto constitucional: de la libertad de información, de la libertad de expresión y de la libertad de prensa (15). Dichas libertades presuponen la existencia de un campo en el que el ser humano pueda realizar, sin interferencias del Estado, ni de otros particulares, el desarro-

(14) E. Álvarez Conde, *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, 4.ª edición, 1991, página 128.

(15) J. M. Serrano Alberca, *op. cit.* nota 12, página 286.

llo de su individualidad, plasmada en la adopción o ideación de criterios bajo los cuales desarrollar su vida.

Pero además, el que se contemple esta libertad inmediatamente después del derecho a la vida, y antes de una libertad tan importante como es la libertad personal, da una idea de la importancia de aquella en orden a la propia caracterización de la vida humana como tal. La libertad ideológica va a ser así considerada por el constituyente como uno de los caracteres fundamentales para calificar una existencia humana merecedora del adjetivo de independiente.

Entrando en el contenido concreto de cada una de las dos libertades reconocidas en el artículo 16 de la Constitución, la libertad religiosa va a poder ser ejercida tanto por el individuo como por las propias colectividades religiosas. Este va a ser el planteamiento sobre el que va a estructurarse la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, 7/1980, de 5 de julio. La Ley, tras establecer la vinculación de esta libertad con el principio de igualdad, proscribiendo la discriminación, y corroborando la separación Iglesia-Estado establecida por la Constitución, en el artículo 2 viene a realizar una primera aproximación a su contenido, que será posteriormente apuntalada y precisada por la jurisprudencia constitucional. Así, dentro de la libertad religiosa van a comprenderse:

- La libre profesión de creencias, que incluye la posibilidad de no profesar ninguna, así como el derecho a modificar la que se tenía. Esta manifestación va a incluir la libre realización de todo tipo de ritos y ceremonias, en régimen de libertad.

- El derecho a no declarar sobre las creencias, así como poder manifestar públicamente cuáles se profesan.

- El libre desarrollo de la docencia y de información religiosa de todo tipo, que incluye la libertad paterna para decidir si sus hijos deben recibir, y cuál ha de ser, formación religiosa y moral.

- Los derechos de reunión, manifestación y asociación con fines religiosos.

- Derecho a establecer lugares de culto, a la formación de ministros y al proselitismo.

La ley orgánica, además, va a especificar más detalladamente los límites a los que va a estar sometido el ejercicio del derecho, considerando como tales «la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas [...] así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática» (artículo 3). Por tanto, dos límites va a tener el ejercicio del derecho. Uno implí-

cito, que afecta por igual a todos los derechos fundamentales y libertades públicas, y que por ello omite la redacción del artículo 16 de la Constitución: el respeto a los derechos y libertades de los demás individuos. El segundo, expreso en la Constitución pero delineado de manera genérica, el orden público (16), se desgrana por la ley orgánica en tres tipos de contenidos:

- La salud pública, por la que se prohibirán aquellas prácticas religiosas que a pesar de ser tradicionales atenten contra aquella —determinados sacrificios de animales que conforme a la legislación sanitaria no pueden ser practicados sino en mataderos autorizados (17)—.

- La seguridad, por la que determinadas conductas especialmente graves serán tipificadas como delito. Así, la Sección 2.^a del Capítulo IV del Título XXI del Libro II del Código Penal (artículos 522 a 526) establece los «Delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos».

- La moralidad pública. Este concepto es el más difuso de los tres, ya que lo que cada persona entiende por moral varía de manera extraordinaria. No obstante, hay determinadas prácticas que son consideradas como contrarias a las costumbres y tradiciones del país, y llegan incluso a tipificarse como delito su trasgresión. Así, la poligamia es una práctica consentida por muchas religiones, pero proscrita en España (artículo 217 del Código Penal de 1995), donde la tradición ha consagrado como integrante del concepto de moralidad pública la monogamia.

Por lo que respecta a la libertad ideológica y sin entrar en el análisis concreto que conlleva su ejercicio en el ámbito político, sindical y asociativo, por exceder del objetivo marcado al presente trabajo, recibe un específico tratamiento al regularse el ejercicio de la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar por vía legislativa. La conexión de la normativa reguladora de esta institución con la libertad ideológica del artículo 16 es evidente, a pesar de que se dicta en desarrollo de lo ordenado por el artículo 30.2, y no del 16, de la Constitución: «La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria». El desarrollo legislativo de esta previsión fue realizado por la

(16) Algún sector de la doctrina va a criticar el uso de este concepto por la Constitución, considerando más apropiada su sustitución por el de seguridad pública, más acorde con los tiempos actuales, y que ya se propuso en los trabajos parlamentarios. Así, E. Álvarez Conde, *op. cit.*, nota 14, página 132.

(17) STEDH (Gran Sala) de 27 de junio de 2000, caso *Chaare Shalom Ve Tsedek contra Francia*.

Ley 48/1984, de 26 de diciembre, sustituida por la 22/1998, de 6 de julio, actualmente vigente, la cual a su vez ha sido desarrollada por el Real Decreto 700/1999, de 30 de abril, que aprueba su Reglamento.

Ya la Exposición de motivos de la ley resalta la conexión entre la objeción de conciencia y el artículo 16, al hablar de «la exención del cumplimiento del servicio militar obligatorio basada en una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otras de la misma naturaleza». Esta misma fórmula se emplea en su artículo 1.2 cuando reconoce a los sujetos legitimados para realizar la prestación social sustitutoria.

Con independencia de la fortuna o no de la redacción de la norma, lo cierto es que su aplicación práctica provocó un efecto contrario a la finalidad perseguida por la ley. En la Exposición de motivos de la misma, el legislador recogía que la exención del servicio militar que conllevaba la objeción de conciencia tenía por objetivo «evitar discriminaciones entre los ciudadanos en razón de sus creencias e ideologías», finalidad que se cumplía con la realización de una prestación social sustitutoria por parte del objetor. Y he aquí que si bien se igualó a los ciudadanos en el cumplimiento del deber que establece el artículo 30.1 de la Constitución —que además de deber es un derecho—, las condiciones del militar de reemplazo y las del objetor llegaron a ser tan desequilibradas en perjuicio del primero, que meras razones prácticas empujarían a muchos jóvenes españoles que en principio no tenían prejuicio alguno para prestar servicio de armas, a solicitar su condición de objetores para aprovechar las ventajas que dicha condición conllevaba (18).

III. LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La delimitación de los perfiles de la libertad ideológica y religiosa, consagrada en el artículo 16 de la Constitución y desarrollada por la Ley Orgánica de 5 de julio de 1980, fue una de las primeras materias que tuvo

(18) Diversas ventajas podían diferenciar al objetor respecto al recluta, entre ellas el propio régimen disciplinario, que va a ser regulado por la Ley en sus artículos 17 y 18, y que va a ser mucho más liviano que el que regula la vida de los militares. El propio régimen de vida de la milicia va a ser mucho más duro que el de cualquier objetor. Pero no fueron éstos, sino otros factores de tipo geográfico, los que motivaron una asistencia masiva de la juventud española a la objeción de conciencia, debido que la prestación se realizaba en la propia provincia de origen, y en la mayoría de las ocasiones en la misma ciudad, lo que llegó a colapsar el sistema hasta el punto de que muchos objetores jamás prestaron el servicio sustitutorio por no existir vacantes disponibles para ello.

que afrontar el Tribunal Constitucional desde el inicio de su actividad, allá por 1981. El 13 de mayo de 1982 el Pleno del Tribunal dictó la primera de sus sentencias en esta materia (STC 24/1982). La cuestión que fue sometida a su consideración, a través del recurso de inconstitucionalidad n.º 68/82, fue la constitucionalidad de la Ley 48/1981, de 24 de diciembre, sobre «Clasificación de mandos y regulación de Ascensos en régimen ordinario para los militares de carrera del Ejército de Tierra». Los recurrentes (69 diputados encabezados como comisionado por D. Gregorio Peces Barba) consideraban que dicha norma integraba al Cuerpo Eclesiástico dentro de los Cuerpos que componían dicho ejército, lo que a su juicio vulneraba el artículo 16.3 de la Constitución en la medida en que el considerar como funcionarios del Estado, percibiendo sus salarios de los presupuestos del mismo, a ministros de una confesión religiosa —en este caso la católica—, vulneraba la separación Iglesia-Estado impuesta por la mencionada norma alegaban los recurrentes que integrar dentro de los ejércitos, como militares, a ministros del culto católico, con fundamento exclusivo en su carácter de religiosos, establece una *cuasiconfesionalidad* que zahiere la libertad religiosa constitucionalmente establecida. La asistencia religiosa a los militares quedaría, de esta manera, transformada en una función estatal. Además, consideran vulnerado el principio de igualdad del artículo 14, en la medida en que las Fuerzas Armadas se integran por miembros de las más diversas confesiones, con independencia de que la creencia mayoritaria sea la católica, y por ello, integrar dentro del Cuerpo Eclesiástico del Ejército de Tierra sólo a sacerdotes católicos ataca dicho principio. Finalmente, los recurrentes plantean la teoría de la inconstitucionalidad por omisión; es decir, la posibilidad de que una norma sea inconstitucional no por lo que dice, sino por lo que no dice: en este caso por omitirse en la ley la posibilidad de asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones distintas de la católica.

El Tribunal Constitucional aprovecha la oportunidad que le otorgó el recurso para sentar las bases de lo que entiende por libertad religiosa. Así, en el fundamento jurídico 1.º afirma el Constitucional: «Es asimismo cierto que hay dos principios básicos en nuestro sistema político que determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las iglesias y confesiones: el primero de ellos es la libertad religiosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo; el segundo es el de igualdad, proclamado por los artículos 9 y 14, del que se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de

los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos. Dicho de otro modo, el principio de libertad religiosa reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso, y el principio de igualdad, que es consecuencia del principio de libertad en esta materia, significa que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico». Por tanto, ámbito de libertad individual en materia religiosa, sin ningún tipo de interferencias estatales, y no discriminación de ningún individuo por sus creencias, van a conformar las dos piedras angulares sobre las que va a asentarse el ejercicio de la libertad.

Señala en el fundamento jurídico 2.º la inconsistencia del recurso, que pretende la declaración de inconstitucionalidad de una ley por establecer un Cuerpo Eclesiástico militar. El Tribunal señala que la ley no hace esto en ningún caso, sino que se limita a establecer el tiempo mínimo para el ascenso de los miembros de un cuerpo —el eclesiástico— ya creado previamente. Desecha en el 3.º las alegaciones a favor de una posible inconstitucionalidad por omisión, pues considera que ésta solamente se produce cuando el constituyente conmina al legislador a regular una determinada materia, situación que no viene establecida por el artículo 16.3, que se limita a contemplar la posibilidad de que el Estado firme acuerdos de cooperación con las distintas confesiones. En el fundamento jurídico 4.º, de extraordinaria importancia, establece el Tribunal la constitucionalidad de la asistencia religiosa católica en el ámbito de las Fuerzas Armadas: «El hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no sólo no determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades. No padece el derecho a la libertad religiosa o de culto, toda vez que los ciudadanos miembros de las susodichas Fuerzas son libres para aceptar o rechazar la prestación que se les ofrece; y hay que entender que asimismo tampoco se lesiona el derecho a la igualdad, pues por el mero hecho de la prestación en favor de los católicos no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas, que éstos puedan reclamar fundamentalmente, de suerte que el Estado que desoyera los requerimientos en tal sentido hechos incidiría en la eventual violación analizada». Consagra la sentencia, por tanto, la plena constitucionalidad de la asisten-

cia religiosa católica a los militares, eliminando toda duda sobre la misma como causante de una posible discriminación sobre el personal militar que no profese el culto católico, que es el mayoritario en España.

Dos años después de esta primera sentencia, volvió a tener que decidir el Tribunal por un asunto en el que se cuestionaba la asistencia religiosa católica en el ámbito de las Fuerzas Armadas. El supuesto de hecho que motivó el recurso de amparo fue la venta por parte de una comunidad religiosa de un edificio en el que existía un templo destinado al culto, además de unas naves que estaban arrendadas a un particular. El comprador fue el Estado, quién afectó el edificio al Ministerio de Defensa para que éste prestara asistencia religiosa a los militares españoles en el marco de los Acuerdos celebrados con la Santa Sede en enero de 1979. Esta decisión supuso la negativa al arrendatario de la prórroga del contrato que mantenía, compensándole con el abono de una indemnización por los perjuicios ocasionados por la resolución del mismo. No contento con dicha solución, el particular acudió a la jurisdicción, siendo desestimada su demanda por el Juzgado n.º 5 de Primera Instancia de Madrid. Con posterioridad la sentencia de instancia fue confirmada en apelación por la Audiencia Territorial de Madrid. La pretensión del recurrente se sostenía en la supuesta vulneración por parte del Estado del principio de aconfesionalidad del Estado, que se habría producido al dedicar los locales al culto católico de los integrantes de las Fuerzas Armadas que profesaran el mismo, lo que infringiría el artículo 16.3 de nuestra Carta Magna. El Tribunal rechaza en su auto (ATC 616/1984, de 31 de octubre) dicha pretensión, pues el mismo artículo permite al Estado mantener relaciones de cooperación con las confesiones religiosas establecidas en España. En ese sentido, la importancia, tanto por tradición como por número de practicantes del catolicismo en España está fuera de toda duda.

Del contenido de las dos resoluciones mencionadas queda claro que la asistencia religiosa a los militares españoles que profesen la fe católica ha sido considerada por el Tribunal Constitucional acorde a los principios de cooperación que se establecen en el artículo 16, sin que la inexistencia de acuerdos en esta materia con otras confesiones religiosas pueda considerarse discriminatorio, en la medida en que esa asistencia católica tiene por causa la mayoritaria adscripción religiosa de los miembros de las Fuerzas Armadas. Esta solución, actualmente vigente, no cierra la puerta a que en un futuro puedan concertarse otros acuerdos de cooperación si se produce la existencia de un contingente suficiente de militares que profesen otra fe.

Como punto final a este apartado, y volviendo a la doctrina que el Tribunal Constitucional ha sentado sobre la aplicación de la libertad en el ámbito de las Fuerzas Armadas, aparece una sentencia que trata el proble-

ma de la asistencia de unidades militares a conmemoraciones religiosas que forman parte de la tradición y costumbres de la sociedad española. En este sentido, y aunque parece indudable que nuestras Fuerzas Armadas están vinculadas por el mandato de aconfesionalidad del Estado —como componentes que son de la administración militar del mismo—, un análisis de las Ordenanzas militares permiten defender un carácter confesional de nuestros Ejércitos, a pesar de que el artículo 177 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978, de 28 de diciembre) reconoce el derecho del militar a la libertad religiosa. Nuestras ordenanzas están preñadas de referencias (19) a la tradición y a determinados valores morales que, es indudable, en nuestro país son fundamentalmente los encarnados por un humanismo cristiano, y que están representados por las formas y ceremonias del catolicismo. No puede escindirse, y ello es evidente, la formación histórica de lo que hoy se conoce por España de la influencia de la religión católica. Y ello no obstante a pesar de que las propias ordenanzas de los tres ejércitos aclaran que la participación de sus miembros en ceremonias de contenido religioso será voluntaria (20).

En este contexto debe entenderse la sentencia por la que el Tribunal Constitucional, el 11 de noviembre de 1996 (STC 177/1996), resolvió el recurso de amparo presentado por un sargento que fue sancionado por abandonar la formación en un acto militar en el que se realizaban actos de culto. El Sargento había informado a sus superiores de su negativa por motivos religiosos a rendir honores a la Virgen de los Desamparados, solicitando permiso para abandonar la formación el día del desfile. El Coronel Jefe de la Unidad autorizó de manera verbal que el Sargento quedara exento de acudir, pero la misma mañana del acto, recibió 24 instancias más solicitando la exención del acto por idénticos motivos, por lo que ante la imposibilidad de formar la Compañía de honores, ordenó la asistencia al acto de todos los integrantes de la misma.

(19) Ver los artículos 415, 417 y 418 de las Ordenanzas del Ejército de Tierra, los artículos 587, 589 y 590 de las de la Armada, y 453, 455 y 456 de las del Ejército de Aire. Señalar que el contenido de los mismos es idéntico.

(20) El artículo 423 de las Reales Ordenanzas para el Ejército de Tierra (aprobadas por el Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre) dice: «Las ceremonias militares de especial contenido espiritual podrán ir precedidas de los actos religiosos que por tradición correspondan. Con la debida antelación, se hará advertencia de que aquellos que o profesen la correspondiente religión quedan dispensados de asistir al acto religioso». Este artículo es transcrito literalmente en los artículos 595 de las Reales Ordenanzas para la Armada (Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo) y 461 de las Reales Ordenanzas para el Ejército de Aire (Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero). En desarrollo de esta previsión se dictó la Orden 100/1994, de 10 de octubre, que regula la celebración de actos religiosos en ceremonias solemnes militares.

El Sargento recurrente el día del acto rindió honores tanto al Capitán General de la Región Militar como a la Enseña Nacional, y al comenzar el acto religioso solicitó permiso para abandonar la formación. Al no ser contestado, saludó correctamente y dejó su puesto. Posteriormente, al introducirse a la Virgen en la Iglesia de la Capitanía, volvieron a repetirse los mismos hechos. Por todo esto, y debido a la presión sufrida por lo incómodo de la situación, decidió no participar en los actos que estaban previstos para el día siguiente. Los hechos relatados dieron lugar al correspondiente expediente disciplinario por el que se le impusieron cinco meses de arresto, y a un procedimiento penal por la comisión de un presunto delito de desobediencia, que fue sobreseído. Por su parte, el encartado presentó denuncia contra sus superiores por un presunto delito contra la libertad de conciencia, que fue archivada por la Sala 5.ª del TS.

La argumentación del Tribunal en esta sentencia completa la doctrina sentada en la Sentencia 24/1982, en la medida que el objeto de análisis en esta sentencia es la vertiente negativa del derecho; es decir, la no intromisión del Estado en las creencias religiosas de los individuos, ejerciendo una actividad coercitiva que les obligue a asistir a actos de culto o ceremonias religiosas distintas de las que le son propias. Así queda recogido en el fundamento jurídico 9.º: «Antes bien, el recurrente perseguía hacer valer la vertiente negativa de esa misma libertad frente a lo que considera un acto ilegítimo de intromisión en su esfera íntima de creencias, y por el que un poder público, incumpliendo el mandato constitucional de no confesionalidad del Estado (artículo 16.3 CE), le habría obligado a participar en un acto, que estima de culto, en contra de su voluntad y convicciones personales.

El derecho a la libertad religiosa del artículo 16.1 CE garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Pero, junto a esta dimensión interna, esta libertad, al igual que la ideológica del propio artículo 16.1 CE, incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, fundamento jurídico 2.º; 120/1990, fundamento jurídico 10.º y 137/1990, fundamento jurídico 8.º). Por su parte, el artículo 16.3 CE al disponer que "ninguna confesión tendrá carácter estatal", establece un principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa que, como se declaró en las SSTC 24/1982 y 340/1993, "veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales". Consecuencia directa de este mandato constitucional es que los

ciudadanos, en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, cuentan con un derecho "a actuar en este campo con plena inmunidad de actuación del Estado" (STC 24/1982, fundamento jurídico 1.º), cuya neutralidad en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática (artículo 1.1 CE).

Por tanto, el Tribunal establece con claridad meridiana que la libertad religiosa del militar supone un ámbito libre de interferencias estatales, de modo que ni por razones de servicio puede obligarse a un no católico a acudir a ceremonias de esta confesión, a pesar de ser la mayoritaria, pues se vulneraría de dicha manera la libertad religiosa del militar. De esta doctrina de no interferencia en materia religiosa por la Administración se colegiría, inicialmente, la inconstitucionalidad de cualquier celebración religiosa en el ámbito de las Fuerzas Armadas, pues supondría una interferencia en la libertad religiosa de sus miembros. Sin embargo, matiza el Tribunal en el siguiente fundamento jurídico (el 10.º), aclarando la conformidad con la Carta Magna de las tradicionales celebraciones y actos militares con motivo de festividades religiosas: «El artículo 16.3 CE 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 tomar 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 artículo 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 solicitud del actor de ser relevado del servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa».

IV. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: DOCTRINA CONSTITUCIONAL

El derecho a la objeción de conciencia por motivos ideológicos o religiosos aparece reconocido por la Constitución española en su artículo 30.2. El origen del mismo se sitúa dentro de la llamada *desobediencia civil*, concepto que hunde sus raíces en la Antigüedad (ya aparece refleja-

do en *Antígona*), si bien será la figura de Erasmo de Rotterdam quien primero descollará en la defensa teórica de la misma. En todo caso, dos son los momentos históricos a los cuales la doctrina atribuye el origen histórico de la objeción de conciencia como movimiento organizado: por una parte, la Revolución Francesa; por otro lado, otro sector doctrinal sitúa su origen en la I Guerra Mundial.

La Revolución Francesa hizo surgir en el ámbito de los ejércitos un nuevo concepto de reclutamiento, que dio lugar a lo que se ha definido como la *Nación en armas*. Este planteamiento supone la participación directa de los ciudadanos por su condición de tales en la defensa nacional, haciendo desaparecer en adelante la habitual práctica en los ejércitos de la época de contratar mercenarios como soporte fundamental de los mismos (21). Frente a esta obligatoriedad de la prestación por los ciudadanos de un servicio de armas para garantizar la defensa del Estado, surge un movimiento de rechazo en algunos sectores sociales, fundándose inicialmente el mismo en las propias raigambres cristianas de las sociedades occidentales, en concreto en el quinto mandamiento.

Por su parte, la I Guerra Mundial supuso la instauración dentro del Derecho de la guerra de un nuevo concepto, el de *guerra total*, en el cual la población civil, que con anterioridad era casi mera espectadora del desarrollo de la contienda, pasa a recibir en igualdad de condiciones el castigo de las hostilidades junto a los combatientes. Este hecho, unido a los 25 millones de muertos ocasionados, provocaron la iniciación de un movimiento pacifista de rechazo de los ejércitos, a los cuales se culpó de los desastres de la guerra. Esta tendencia iniciada en la guerra del 14, se vio consolidada durante la de la segunda contienda mundial, en la que los avances tecnológicos supuso la completa destrucción de ciudades enteras (Dresde, Hiroshima), y cuyo coste en vidas humanas superó con creces las de la primera (22). El colofón, sobre todo en los Estados Unidos de Norteamérica, lo pondría la guerra de Vietnam, primer conflicto bélico que se retransmitió casi en directo a la opinión pública, la cual presenció desde sus casas los estragos de ciertas armas en la población civil (por ejemplo el napalm).

(21) Aunque parezca una contradicción, será el ejército francés el primero que creará una unidad que estará servida exclusivamente por mercenarios extranjeros: la Legión extranjera. Las críticas a la eficacia de estas fuerzas fue una constante en la obra de algunos de los pensadores políticos renacentistas. Así, N. Maquiavelo en *El Príncipe* (1513), basa el resurgir político de las repúblicas y reinos italianos en la constitución de milicias ciudadanas que sustituyan a aquellas tropas para garantizar la independencia de Italia de la influencia española y francesa.

(22) Generalmente se calcula, contando militares y civiles, en 50 millones de muertos los ocasionados en esta guerra.

Lo que es incuestionable es que tras la II Guerra Mundial se inicia un movimiento legislativo, tanto en el marco internacional como en el interno, que viene a consagrar la objeción de conciencia al servicio militar como un derecho de los ciudadanos. En nuestro país, la objeción de conciencia fue reconocida por el Real Decreto 3011/1976, de 23 de diciembre. Esta norma fundamentaba la objeción exclusivamente en motivos religiosos. El advenimiento de la Constitución en 1978 supuso la extensión de dicho derecho a motivos ideológicos de toda índole. Este derecho ha sido objeto de un doble desarrollo legislativo: uno inicial, constituido por las ya derogadas Ley 48/1984, que regulaba la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria, y por la Ley Orgánica 8/1984, que regulaba el régimen de recursos en esta materia (ambas normas fueron aprobadas por las Cámaras el 26 de diciembre de dicho año, siendo objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional). Esta legislación ha sido sustituida por la actualmente vigente Ley 22/1998, de 6 de julio.

La delimitación del contenido del derecho a la objeción de conciencia ha sido realizada por el Tribunal Constitucional en tres sentencias en las que se impugnaba la legislación que regulaba el ejercicio del mencionado derecho. Dichas sentencias son la número 15/1982 (en la que se impugnaba el Real Decreto de 1976), y la 160 y 161 de 1987 —en las que se resolvieron las dudas de inconstitucionalidad planteadas por el Defensor del Pueblo y por la Audiencia Nacional en torno a la legislación de 1984—.

La STC 15/1982 resuelve dos problemas fundamentales en torno a la delimitación del derecho a la objeción de conciencia. El primero, y motivo fundamental del recurso de amparo, es si la objeción de conciencia sólo cabe por motivos religiosos (como establecía el Real Decreto 3011/1976) o si, como señala la Constitución, pueden albergarse dentro de ella otro tipo de motivaciones ideológicas. Al respecto dice el Tribunal en el fundamento jurídico 6.º de la sentencia: «Por otra parte, tanto la doctrina como el Derecho comparado afirman la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia. Para la doctrina, la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar conforme a los imperativos de la misma». Por ello, se concluye la variedad de motivaciones que pueden permitir plantear la solicitud del objetor, rebasando el estrecho ámbito de la pura cuestión confesional.

El segundo de los problemas planteados en torno a la objeción ha sido el debate acerca de la propia naturaleza jurídica de la misma. El Tribunal Constitucional ya delimita los contornos de la institución: «Y, puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que

nuestra Constitución reconoce en su artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española [...]» (fundamento jurídico 6.º, *in fine*). Por tanto reconoce el Constitucional uno de los caracteres fundamentales de la objeción de conciencia: ser un derecho constitucional.

¿Qué influencia va a tener en la delimitación del contenido del derecho la ley de desarrollo a la que se refiere el artículo 30.2 de la Constitución? En otras palabras: ¿va a ser un derecho perfectamente delimitado por el constituyente en sus contornos, y por tanto, directamente aplicable a partir de su formulación constitucional, o su ejercicio sólo va a ser posible a partir de ser precisado por la legislación ordinaria? Esta cuestión no es en ningún caso ociosa, en la medida en que el recurso de amparo que dio lugar a esta sentencia se sustentaba en la imposibilidad de ejercer su derecho que el recurrente sufrió, al no reconocer la legislación vigente más objeción de conciencia que la fundamentada en motivaciones religiosas. El Tribunal zanja la cuestión. Afirma: «La objeción de conciencia exige para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador en los términos que prescribe el artículo 30.2 de la Constitución, "con las debidas garantías", ya que sólo si existe tal regulación puede producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud [...] De ello no se deriva, sin embargo, que el derecho del objetor esté por entero subordinado a la actuación del legislador [...] Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos [...] Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que en el caso presente habría de identificarse con la suspensión provisional de la incorporación a filas, pero ese mínimo contenido ha de ser protegido [...] La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella» (fundamentos jurídicos 7.º y 8.º). Por tanto, el derecho a la objeción de conciencia es un derecho de configuración legal en cuanto a los requisitos para su ejercicio, pero plenamente autónomo a partir de su formulación constitucional, y por lo tanto directamente oponible. Esta sentencia fue el punto de partida para que el legislador afrontara el mandato constitucional de proceder a una regulación legal del derecho, que se vio culminado con la aprobación de la legislación de 1984.

Pero ¿en qué consiste dicho derecho? Dice el Tribunal: «[...] el derecho a la objeción de conciencia no garantiza en rigor la abstención del objetor, sino su derecho a ser declarado exento de un deber que, de no mediar tal declaración, sería exigible bajo coacción [...] no es el derecho a no prestar el servicio militar, sino el derecho a ser declarado exento del deber general de prestarlo y a ser sometido, en su caso, a una prestación social sustitutoria» (fundamento jurídico 7.º). Por tanto, la esencia del derecho reconocido en el artículo 30.2 de la Constitución va a ser el reconocimiento de una exención a un deber, el servicio de armas en defensa de la Patria, impuesto por la propia Constitución (en al artículo 30.1, además de cómo un deber como un derecho de todos los españoles). Esta exención, por tanto, va a ser excepcional. El objetor no va a tener derecho a no prestar el servicio militar, prestación a la que está obligado por la propia Constitución, sino a ser eximido de la prestación del mismo.

La aprobación parlamentaria de las leyes de 1984, que daban cumplimiento al mandato constitucional del artículo 30.2, supuso la presentación de un recurso de inconstitucionalidad por parte del Defensor del Pueblo frente a ambas leyes. Sin entrar en las impugnaciones de detalle en las que se extendía dicho recurso —que fueron numerosísimas—, merece la pena prestar atención a las alegaciones de mayor calado formuladas. Éstas pueden resumirse en dos: vulneración del artículo 81 de la Constitución, por no respetar el procedimiento de ley orgánica en el desarrollo del derecho, así como de los artículos 16 y 30.2 en relación con el 53.1 de aquélla, por vulnerarse el contenido esencial de dicho derecho en su desarrollo. Ambas alegaciones confluían en una de mayor trascendencia: la objeción de conciencia es un derecho fundamental que había sido desarrollado por el legislador sin respetar los mandatos constitucionales, y por ello las leyes aprobadas eran inconstitucionales.

El Tribunal va a ratificarse en la concepción del derecho defendida en la STC 15/1982, anteriormente comentada, y va a rechazar las dudas de inconstitucionalidad planteadas. «Se trata, pues, de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su artículo 30.2, protegido, sí, por el recurso de amparo (artículo 53.2), pero cuya relación con el artículo 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental. A ello obsta la consideración de que su núcleo o contenido esencial —aquí su finalidad concreta— consiste en constituir un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar (no simplemente a no prestarlo), sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria» (fundamento jurídico 3.º).

El Tribunal Constitucional declararía en estas dos sentencias (160 y 161 de 1987) la constitucionalidad de la legislación de desarrollo de la objeción de conciencia, con lo cual el mandato de desarrollo legal contenido en el artículo 30.2 de la Constitución quedó completado, y el derecho de todo español a solicitar su exención del cumplimiento del deber constitucional de defender a España se articuló jurídicamente en su totalidad. La objeción de conciencia va a ser considerada como un derecho constitucional, pero no fundamental, a pesar de ser protegido por el artículo 53 de la Constitución con la posibilidad de utilizar el recurso de amparo constitucional como garantía. El contenido de dicho derecho va a concretarse en la posibilidad de ser eximido del cumplimiento de un deber general que afecta a todos los españoles: prestar un servicio de armas en defensa de la Patria.

Sin embargo, cuando toda la conflictividad surgida en torno al artículo 30.2 parecía resuelta, un nuevo problema hubo de afrontar el Tribunal en esta materia. Este no fue otro que la insumisión, es decir, la conducta de aquellos españoles que, no sólo se negaban a prestar el servicio militar, sino también la prestación social sustitutoria, basándose en razones de conciencia relacionadas con un pacifismo militante. La alegación fundamental de los recurrentes en amparo era que se había vulnerado, al ser condenados en la vía penal por la comisión de un delito de los tipificados en el artículo 135 bis i) del Código Penal de 1973, su derecho fundamental a la libertad de conciencia, contemplado por el artículo 16 de la Constitución. El Tribunal Constitucional va a negar esa supuesta vinculación entre la libertad ideológica y la objeción de conciencia, concluyendo que a pesar de la conexión existente entre ambas instituciones, ya declarada en la Sentencia 15/1982, la objeción de conciencia va a fundamentarse exclusivamente en lo dispuesto por el artículo 30.2, y que por ello, la obligación de prestar un servicio en beneficio de la comunidad no vulnera su libertad ideológica, sino que supone la contrapartida civil al servicio de armas (23).

(23) «El derecho a la libertad ideológica reconocido por el artículo 16.1 de la Constitución no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, con el riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales. Por ello, el derecho a ser declarado exento del servicio militar no deviene directamente del ejercicio de la libertad ideológica, por más que se encuentre conectado con el mismo, sino tan sólo de que la Constitución en su artículo 30.2 expresamente ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia, referido únicamente al servicio militar y cuyo ejercicio supone el nacimiento del deber de cumplir la prestación social sustitutoria, sistema que permite al objetor cumplir los objetivos de la norma de servir a la comunidad salvaguardando sus íntimas convicciones» (fundamento jurídico 4.º STC 321/1994). Esta doctrina sería reiterada en el fundamento jurídico 5.º de la STC 55/1996.

Actualmente la objeción de conciencia ha pasado de ser el primer problema que afectaba a nuestras Fuerzas Armadas, configuradas antaño como un sistema de conscripción en el reclutamiento, a ser una anécdota del pasado, inmersas ya como están plenamente en un sistema de reclutamiento de profesionales. Sin embargo, la objeción de conciencia podría configurarse como un problema en el futuro, si España necesitara ante una crisis excepcional acudir a un llamamiento forzoso de nuevos soldados, por insuficiencia numérica de militares profesionales en filas para hacer frente a la misma. Ante dicha situación, la normativa aplicable sería la del estado de sitio (24), ya que en nuestro Derecho la guerra es una situación que padece, por un claro criterio de oportunidad política, de una extraña ausencia de regulación. Sólo la Constitución, que en su artículo 63.3 otorga a S.M. el Rey la facultad de declarar la guerra y acordar la paz, previa autorización de las Cortes Generales. Por su parte, el Código Penal regula en los Títulos XXIII y XXIV del Libro II del Código Penal de 1995 (artículos 581 y siguientes) una serie de conductas consideradas como delito en el caso de que España estuviera en guerra. Ni el Reglamento del Congreso (aprobado por Resolución de la Cámara de 24 de febrero de 1982) ni el del Senado (Texto Refundido de 3 de mayo de 1994) realizan ninguna referencia al procedimiento que deben seguir las Cámaras para declarar la guerra. Y tampoco existe una norma jurídica que regule las actuaciones que deben seguirse en caso de producirse tal situación, ya que si bien, la Ley Orgánica de Defensa Nacional establece las medidas precisas para asegurar la defensa del territorio nacional y la propia organización militar, nada dice sobre actuaciones en la guerra. Sólo las Reales Ordenanzas establecen una regulación de las obligaciones que deben cumplir en el combate los soldados españoles, pero exclusivamente regula la conducta de los incorporados a filas, y por otra parte nada aclaran, como no podía ser de otra manera, de las decisiones políticas a llevar acerca de la conducción de las hostilidades.

La doctrina, ante esta situación, ha considerado aplicable por analogía las disposiciones que la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, que desarrolla las previsiones contenidas en el artículo 116 de la Constitución. Se trataría el estado de guerra siguiendo, como ya se ha advertido, los parámetros establecidos para el estado de sitio. Pues bien, en la regulación que la Ley prevé se esta-

(24) La doctrina ha aceptado la aplicación de la regulación del estado de sitio a la situación de guerra debido a que el supuesto fáctico es el mismo en ambos casos: una agresión armada contra España.

blecen los presupuestos para poder suspender una serie de derechos y libertades en caso de declararse alguno de estos estados, de conformidad con la enumeración dispuesta en el artículo 55.1 de la Carta Magna. En concreto, en el estado de sitio podrán ser suspendidos los derechos contenidos en los artículos 17 (garantías de la libertad personal), 18 (apartados 2 y 3) —inviolabilidad domiciliaria y secreto de las comunicaciones—, 19 (libertad ambulatoria), 20 [apartados 1 *a*) y *d*) y 5] libertades de expresión y comunicación y secuestro de publicaciones, 21 (derecho de reunión), 28.2 (huelga) y 37.2 (adopción de medidas de conflicto colectivo) de nuestra Constitución.

Como puede observarse, la objeción de conciencia del artículo 30.2 no es susceptible de ser suspendida, con lo cual puede deducirse que en caso de un llamamiento a filas los españoles podrían ejercitar este derecho en plenitud, reclamando el amparo al Tribunal Constitucional para obtener la tutela de su derecho (25). Esto, consecuentemente, podría provocar una crisis de alistamientos que pondría en peligro la propia supervivencia del Estado.

¿Cómo dar solución a este problema? Una primera aproximación podría pretender que una futura Ley de Movilización estableciera expresamente la suspensión de dicho derecho fundamental en caso de guerra, para así evitar una cascada de solicitudes de objeción y posteriores recursos de amparo. Sin embargo, la doctrina considera que sólo la propia Constitución puede establecer los supuestos en los que un derecho, fundamental o no, puede ser suspendido o exceptuado su ejercicio para un determinado grupo de personas. Así lo establece el artículo 55 para los supuestos configuradores del llamado Derecho de excepción (en su apartado 1.º), y para los supuestos de suspensión individual de derechos en casos de terrorismo o actuación de bandas armadas (apartado 2.º). Y así también lo considera el artículo 28.1 de la Constitución cuando establece la posibilidad de que los militares sean exceptuados del ejercicio del derecho de sindicación — en este sentido la especificación de dicha restricción establecida por el artículo 1.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical carecería de toda validez sin su soporte constitucional—, o el artículo 29.2 cuando establece

(25) El artículo 35 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, determina que el Congreso de los Diputados establecerá los delitos que serán competencia de la jurisdicción militar, declarando a continuación el artículo 36 que en lo demás seguirán actuando las autoridades civiles. Debe deducirse, por ello, la continuidad de la actuación del Tribunal Constitucional como intérprete máximo de la Constitución española, y garante del respeto a la misma, implicando, correlativamente, la posibilidad de los españoles de acudir al mismo en garantía de sus derechos.

determinadas restricciones para el ejercicio del derecho de petición por los militares —idéntica reflexión cabría hacer respecto de la Ley Orgánica reguladora del derecho de petición—, por sólo citar dos ejemplos que afectan a los miembros de las Fuerzas Armadas.

Ésta es la opinión que parece defender también un sector del Tribunal Constitucional en lo referente a la limitación de algunos derechos padecida por los miembros de las Fuerzas Armadas. Así en la importantísima y reciente sentencia sobre el derecho de asociación de los militares (STC 219/1991, de 31 de octubre), el magistrado González Campos afirma en el fundamento jurídico 4.º de su voto particular que no cabe limitación de un derecho fundamental por una ley orgánica si la propia Constitución no ha previsto la misma (26). De mantenerse esta postura el ordenamiento jurídico español se vería abocado a proceder una reforma constitucional por los cauces del artículo 167, para introducir en el texto del artículo 30 la posibilidad de suspender la objeción de conciencia en caso de guerra.

Sin embargo, la opinión mayoritaria del Tribunal, manifestada en el fallo de la mencionada sentencia, opta por entender que es posible la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales por la propia ley orgánica en atención a la protección de otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos (fundamento jurídico 7.º STC 219/2001). Luego si cabe limitación de un derecho fundamental por el legislador orgánico, más plausible debería considerarse la limitación de un derecho ordinario como es la objeción de conciencia por el propio legislador, con lo que la opción primeramente apuntada —que una futura ley de movilización permitiera la suspensión del derecho— parece viable jurídicamente.

No obstante, debe advertirse que este planteamiento parece entrar en contradicción con la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional al solventar los problemas surgidos en torno a la posibilidad de suspender derechos fundamentales, que en torno al artículo 55.2 originó la llamada legislación antiterrorista, y que se encuentra recogida en tres sentencias: 25/1981, 199/1987 y 71/1994. No es momento de entrar ahora a debatir si suspensión equivale a limitación o restricción del ejercicio de un derecho —que es el término empleado por la sentencia 219/2001 para referirse a la limitación padecida por los militares en su derecho de asociación—. Lo

(26) «Respecto a los requisitos constitucionales de carácter material, es claro que el artículo 181 de las Reales Ordenanzas introduce un prohibición que restringe el derecho de asociación sin que la misma encuentre fundamento en una expresa previsión constitucional, pues no nos encontramos en los que se contienen en el propio artículo 22 de la Constitución. Lo que evidencia la inconstitucionalidad del precepto sin necesidad de otras consideraciones [...]».

que aparece como indudable es que en ambos casos (limitación o restricción y suspensión) el resultado práctico es el mismo: un ciudadano o grupo de ciudadanos queda privado, temporal o permanentemente, del ejercicio de un derecho. En la sentencia 199/1987 el Tribunal parece dejar toda duda al respecto de la posibilidad de suspender un derecho sin previsión constitucional expresa: «Los recurrentes estiman que el precepto legal viola, además del artículo 20, también el artículo 55.2 de la Constitución. En realidad la Ley no invoca, como justificación este artículo 55.2 y formalmente no ha considerado la regla del artículo 21.1 como una suspensión singular del derecho. Pese a ello la invocación del artículo 55.2 de la Constitución no resulta aquí ociosa en cuanto permite deducir que el mismo no habilitaba al legislador para establecer una suspensión de los derechos reconocidos en el artículo 20 de la Constitución. Una simple lectura del precepto constitucional permite comprobarlo; aún más si se tiene en cuenta que el artículo 55.1, en relación con la declaración del estado de excepción o de sitio permite en tales casos la suspensión de los derechos del artículo 20 de la Constitución, y además sólo los relativos al apartado primero de dicho artículo letras *a*) y *d*) y al apartado quinto. Ello expresa una clara voluntad constitucional de no establecer una regulación diferenciada del ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20 en relación con los supuestos previstos en el núm. 2 del artículo 55, o sea los relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. El legislador no estaba, pues, habilitado para establecer una suspensión singular del derecho reconocido en el artículo 20 de la Constitución para el caso de los delitos de terrorismo y bandas armadas. Sin embargo, la consecuencia práctica del artículo 21.1 equivale a una auténtica suspensión del derecho. Si se comparan los efectos del artículo 21 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, sobre estados de alarma, excepción y sitio que regula la "suspensión" de todo tipo de publicaciones y emisiones radiotelevisivas, con el artículo 21.1 impugnado que impone preceptivamente el "cierre provisional" del medio de difusión, habrá de concluirse que los efectos son idénticos sin que obste para ello, como alega el Letrado del Estado, el que el órgano judicial pueda levantar posteriormente la medida en el plazo de tres días, puesto que la existencia de este plazo indica ya que la eficacia del precepto ha operado una suspensión temporal del derecho del artículo 20 de la Constitución, para lo que el legislador orgánico no estaba habilitado. En los demás casos de delitos realizados a través de medios de comunicación no está prevista esta medida, lo que refuerza la idea de que *aquí se ha tratado de introducir, sin habilitación constitucional, un régimen de suspensión singular del derecho, que resulta carente de*

la habilitación contenida en el artículo 55.2 de la Constitución (27)» (fundamento jurídico 12.º). Por tanto, la conclusión que debería extraerse de la jurisprudencia constitucional es que es necesaria la reforma constitucional, pues no bastaría seguir el trámite legislativo para poder suspender el ejercicio de la objeción de conciencia en caso de guerra o de crisis excepcional para el Estado.

V. CONCLUSIONES

1. Respecto a la libertad religiosa, queda claro a la luz de las opiniones doctrinales y de la jurisprudencia constitucional analizada en este trabajo que en el ámbito militar, como en el resto de sectores, debe respetarse las convicciones religiosas individuales. Esa esfera de *agere licere* que continuamente menciona nuestro alto Tribunal como integrante de dicha libertad, supone la ausencia de intromisiones del Estado en la misma. Por ello, no puede obligarse a la asistencia a ningún acto con connotación religiosa a aquellos militares que manifiesten que tal contribución vulnera sus más íntimas convicciones en este terreno.

Dicho esto, uno de los problemas que plantea el ejercicio de esta libertad en nuestras Fuerzas Armadas no es otro que el del control de su adecuada alegación, para así evitar perjuicios innecesarios a la prestación de determinados servicios. En la medida en que los actos a los que acuden las compañías de honores forman parte del trabajo de sus integrantes como militares, cabe la posibilidad de que la libertad sea alegada con intenciones fraudulentas. La realización durante estos eventos de manifestaciones de culto (católico), en las cuales aquellos militares que no profesen dicha creencia pueden —y deben— ser excluidos, obliga a realizar un control eficaz de dichas objeciones sin vulnerar la libertad religiosa del militar.

Este control se presenta de difícil materialización. En este sentido, señalar la situación que dio lugar a la STC 177/1996 (relatada en el antecedente de hecho 2.º b) de la misma), en la que el coronel jefe del regimiento se encontró con que habiendo recibido una solicitud de un suboficial a sus órdenes, que manifestó motivos de conciencia para no participar en un acto con connotaciones religiosas que le correspondía por haber sido designado integrante de la compañía de honores, y habiendo accedido verbalmente a la autorización de dicha ausencia, se encontró el mismo día del desfile veinticuatro solicitudes más por idénticos motivos, al conocer algunos

(27) Las cursivas son más.

de sus compañeros la concesión de la exclusión del servicio. El control de estos comportamientos tiene difícil solución. No cabría exigir una declaración a los integrantes de nuestros ejércitos acerca de su disponibilidad a participar en dichas ceremonias, ya que ello vulneraría lo dispuesto en el artículo 16.2 de nuestra Constitución: el derecho a no declarar sobre religión, ideología o creencias. Es difícil, por ello, instituir un sistema de verificación que no choque frontalmente con la regulación establecida por dicho artículo, y desarrollada por la ley orgánica. Tampoco sirven a estos efectos considerar que la integración del militar como miembro de la compañía de honores le obliga a acudir a estos actos de servicio, pues su libertad religiosa le exime de verse obligado a participar en actos que choquen con sus creencias. La doctrina constitucional ha dejado sentada la primacía de la libertad religiosa del militar sobre cualquier otra consideración.

2. Por lo que respecta a la libertad ideológica, el debate parece actualmente superado, debido a la suspensión de la obligación de prestar el servicio militar que se produjo en el año 2001 (28), lo que ha provocado que la totalidad del personal de tropa que actualmente presta servicio en nuestras Fuerzas Armadas sea profesional.

No obstante, aunque la línea firme que se mantiene desde el Ministerio de Defensa es la de la plena profesionalización de los Ejércitos, no es menos cierto que nuestra Constitución sigue manteniendo la obligación que todo ciudadano español tiene de participar en la defensa de España, y aunque la misma sólo parece aplicable a supuestos excepcionales de extraordinaria gravedad, como puede ser una declaración de estado de sitio o una guerra, sí parece necesario realizar alguna consideración al respecto. La jurisprudencia constitucional en la materia es clara: la objeción de conciencia consiste en el derecho que todo español tiene a ser eximido de la obligación de prestar un servicio personal a favor de la Nación, como es colaborar en la defensa armada de la misma. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido dictada durante un período de paz en nuestro país. Sin embargo, no distingue que la doctrina actualmente consagrada en torno a este derecho pudiera sufrir modificación alguna en caso de una crisis nacional, como puede representar una guerra. La pregunta surge necesariamente: ¿es aplicable esa doctrina en una situación de guerra que

(28) La disposición adicional 13.ª de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, estableció la suspensión del servicio militar el 31 de diciembre de 2002. No obstante, la disposición transitoria 18.ª de dicha ley permitía al Gobierno adelantar dicha fecha. Esta previsión se vio materializada por el Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo, que fijó como fecha definitiva el 31 de diciembre de 2001. Consecuentemente, el Real Decreto 324/2001, de 4 de abril estableció la suspensión en dicha fecha de la prestación social sustitutoria de los objetores.

requiera una movilización general? Es decir: ¿puede un ciudadano español alegar su condición de objetor cuando es llamado a filas porque España entre en guerra con otro país?

Nada nos dice, en concreto, la jurisprudencia constitucional dictada sobre la materia. Si se interpreta la legislación actualmente vigente, a la luz de lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, reguladora de los criterios básicos de la Defensa Nacional y de la Organización Militar, parece que en dicha situación no sería oponible el mencionado derecho: «La defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, *debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin* (29)» (artículo 2); «*Todos los recursos humanos* (30) y materiales y todas las actividades, cualesquiera que sea su naturaleza, podrán ser movilizados por el Gobierno para satisfacer las necesidades de la defensa nacional [...]» (artículo 14.1). Sin embargo, se plantean dudas de hondo calado. La objeción de conciencia, como se ha visto, es un derecho constitucional autónomo, pero no un derecho fundamental, como declaró el Tribunal en la STC 160/1981. ¿Puede suspenderse el ejercicio de este derecho en caso de peligro para la seguridad nacional? A estas reflexiones se añade que la propia ley habla de una defensa civil que colaborará en la defensa nacional (artículo 21). ¿Cabe de ello deducir que los objetores se integrarían en este dispositivo civil que colabora con las Fuerzas Armadas y con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (artículo 20) en la defensa nacional? Creo que ésta es la interpretación que debe hacerse a la actual jurisprudencia acerca de la objeción de conciencia.

Como se ha visto con anterioridad, a la luz de la jurisprudencia constitucional emanada de la STC 199/1987, no sería suficiente el que una Ley de movilización previera la suspensión del derecho, sin proceder a una reforma constitucional del artículo 30 (o del 55.1) que permita dicha suspensión.

Plantear una situación bélica en la que España se viera directamente involucrada puede parecer catastrofista. Por ello, asumir con firmeza la necesidad de proceder a una reforma constitucional cuando ni siquiera en un horizonte muy lejano aparecen signos de peligro, puede ser tomado como alarmista, más si se considera que uno de los asuntos que aparecen como inimaginable en el debate político en la actualidad es el de la reforma constitucional. Sin embargo, me gustaría terminar acudiendo al pensa-

(29) Las cursivas son mías.

(30) *Idem*.

miento de uno de los grandes genios de la ciencia política. En 1642, cuando Inglaterra pasaba por una de las situaciones más críticas de su historia inmersa en la sangría de una violenta guerra civil, Thomas Hobbes escribía: «Asimismo, es un requisito necesario para la defensa del pueblo el que éste se encuentre armado de antemano. Ahora bien, estar armado de antemano significa estar dotado de soldados, armas, barcos, fortificaciones y dinero, antes de que el peligro se haga inminente; *pues reclutar tropas* (31) y tomar las armas una vez que el ataque ha tenido lugar es esfuerzo demasiado tardío, si no imposible» (32).

(31) Las cursivas son mías.

(32) Thomas Hobbes, *op. cit.*, nota 2, Libro II, Capítulo XIII, Artículo VIII, página 215.

**ATIPICIDAD DE LAS CONDUCTAS RELATIVAS
A LOS DEBERES DE PRESENCIA DE LOS EXTINTOS
MILITARES DE REEMPLAZO: SENTENCIA DEL TRIBUNAL
MILITAR TERRITORIAL PRIMERO, DE 18 DE JUNIO DE 2003**

Ignacio J. de Guzmán Muñoz
Abogado

SUMARIO

I. Introducción. II. Exposición del caso. III. En defensa de la atipicidad de los hechos. IV. Extensión a otros preceptos del mismo Capítulo. V. Sentencia de 18 de junio de 2003, dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero. VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando parecía zanjada la cuestión del servicio militar obligatorio, tras la suspensión del mismo, y cuando las deudas penales de quienes quebrantaron dicho servicio aparentaban estar saldadas con la entrada en vigor de la LO 3/2002, que derogaba el art. 119 bis del Código Penal Militar y modificaba el art. 120 del mismo Código, en el sentido de eliminar del elemento subjetivo del tipo al militar de reemplazo, un encargo profesional me planteó la siguiente cuestión: ¿qué sucede con los militares de reemplazo que hayan cometido los delitos previstos en los arts. 121, 122 y 123 CPM? Porque dichos artículos no han sido modificados por la LO 3/2002, y de hecho, como sucedió, las causas penales continuaban abiertas, a pesar de que las conductas de esos artículos no dejan de ser subgéneros de las

conductas derogadas para los conscriptos. Demasiada prisa se tomó el legislador y en un olvido que ha costado algún proceso penal que otro, analizo una Sentencia dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero, que viene a arrojar luz y coherencia a la reforma penal.

Previamente, para mayor claridad reproduzco una tabla comparativa de los artículos integrados en las Secciones Primera (Abandono de destino o residencia), Segunda (Deserción) y Tercera (Quebrantamientos especiales del deber de presencia), del Capítulo III (Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar) del Título VI (Delitos contra los deberes del servicio), del Código Penal Militar, antes y después de la entrada en vigor de la LO 3/2002, de 22 de mayo.

Redacción anterior	Redacción tras LO 3/2002
<p>Artículo 119 bis</p> <p>El militar de reemplazo que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de quince días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de guerra, la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años.</p>	<p>Artículo 119 bis (derogado)</p>
<p>Artículo 120</p> <p>Comete deserción el militar que, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia. Será castigado con la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión. En tiempo de guerra será castigado con la pena de prisión de seis a quince años.</p>	<p>Artículo 120</p> <p>Comete deserción el militar profesional o el reservista incorporado que, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia. Será castigado con la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión. En tiempo de guerra será castigado con la pena de prisión de seis a quince años.</p>

Redacción anterior	Redacción tras LO 3/2002
<p>Artículo 121</p> <p>El militar que se ausentare injustificadamente frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, cualquiera que fuere la duración de la ausencia, será castigado con la pena de diez a veinte años de prisión.</p>	<p>Artículo 121</p> <p>El militar que se ausentare injustificadamente frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, cualquiera que fuere la duración de la ausencia, será castigado con la pena de diez a veinte años de prisión.</p>
<p>Artículo 122</p> <p>El militar que en circunstancias críticas se ausentare injustificadamente de la unidad donde preste sus servicios, cualquiera que fuere la duración de la ausencia, será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de tres a diez años.</p>	<p>Artículo 122</p> <p>El militar que en circunstancias críticas se ausentare injustificadamente de la unidad donde preste sus servicios, cualquiera que fuere la duración de la ausencia, será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de tres a diez años.</p>
<p>Artículo 123</p> <p>El militar no comprendido en los artículos anteriores que se quedare en tierra injustificadamente a la salida del buque o aeronave de cuya dotación o tripulación forme parte será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años.</p>	<p>Artículo 123</p> <p>El militar no comprendido en los artículos anteriores que se quedare en tierra injustificadamente a la salida del buque o aeronave de cuya dotación o tripulación forme parte será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años.</p>

II. EXPOSICIÓN DEL CASO

N.M.M, es un ciudadano que durante el cumplimiento del servicio militar obligatorio se ausentó a la salida a la mar del Buque en el que se encontraba destinado como marinero de reemplazo. Como consecuencia de estos hechos, se incoaron diligencias preparatorias, que concluyeron con la acusación por parte del Fiscal Militar por un delito de quebrantamiento especial del deber de presencia previsto y penado en el art. 123

del CPM, y para el que solicitaba la pena de seis meses de prisión. Durante la instrucción del caso entró en vigor la LO 3/2002, que como se ha dicho, deroga el art. 119 bis del CPM y modifica el 120 del mismo cuerpo legal, sin que esta variación en la política criminal militar que tiene su origen en la suspensión del servicio militar obligatorio a partir del 31 de diciembre de 2001, tuviera ningún efecto en la causa abierta contra N.M.M.

III. EN DEFENSA DE LA ATIPICIDAD DE LOS HECHOS

En aras a la brevedad y concisión, paso a reproducir los argumentos expuestos en mi escrito de defensa, así como los motivos que se manifestaron en el acto del Juicio, los cuales defienden la tesis de que la conducta descrita en artículo 123, si bien no queda afectada expresamente por la reforma de la LO 3/2002, ha de entenderse atípica para los que incurrieran en ella estando cumpliendo el servicio militar.

Como presupuesto previo a la consideración de atipicidad de los hechos descritos en el tipo penal del art. 123, hemos de preguntarnos qué es lo que ha cambiado para que, donde hasta ahora se venía aplicando dicho precepto sin mayor problema, en la actualidad ello no sea posible. A primera vista, nada se ha modificado en el precepto, y nada dice la LO 3/2003 sobre esta norma. Pero en mi opinión sí se han experimentado cambios trascendentales. Ha cambiado la escena en política de defensa, ha cambiado la hermenéutica penal militar a raíz de la entrada en vigor de la LO 3/2002 y, lo más importante, ha cambiado la definición del elemento subjetivo del tipo descrito en el art. 123 CPM.

Tras la suspensión del servicio militar obligatorio, el género de militares queda reducido a los profesionales en sus distintas modalidades y adscripciones definidas por la Ley 17/1999. Ello tuvo su reflejo penal en la LO 3/2002, que evitaba el cumplimiento de las condenas de aquellos militares de reemplazo, reos de estos delitos, y además preveía el sobreseimiento de los encausados —también militares de reemplazo— por delitos de desertión y abandono de destino y residencia. En definitiva, el nuevo escenario en política de defensa en el que nos encontramos parte de la base de no hacer uso de la movilización programada de tropas a través de un servicio militar obligatorio y, en su consecuencia, que nadie pueda ser penado por incumplir los deberes militares que en su día adquirió en razón de una obligación inexistente en la actualidad. Partiendo, como digo, de esta nueva escena, hay que reinterpretar los preceptos del CPM referentes

a esas obligaciones que nacen con la condición militar, y que de no ser por dicha condición, no se deberían observar.

CAMBIOS EN LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 123 CPM

Para entender atípicos los hechos descritos en el art. 123 si éstos fueron cometidos por un militar de reemplazo, hay que acudir a las reglas de interpretación tradicionales en nuestro Ordenamiento Jurídico:

1. Interpretación sistemática

La derogación del art. 119 bis y la modificación del 120, nos debe dar la pista sistemática de la interpretación en el sentido siguiente: siendo como es que el art. 123 se encuentra en el mismo título y capítulo, y, sobre todo, siendo como es que la naturaleza de los delitos que allí se describen es la misma, necesariamente hay que poner en relación la reforma expresa que hace la LO 3/2002 con el articulado intacto de ese mismo capítulo y título. Y al contrario, ahora el art. 123 que se encuentra en el mismo capítulo y título que los modificados y derogados, hay que interpretarlo conforme a esta última reforma, por ser de idéntica o similar naturaleza y por proteger en el fondo un mismo bien jurídico. En este sentido, argumentó el Ministerio Fiscal, que el delito descrito en el art. 123 era de distinta naturaleza por encontrarse en una sección distinta, si bien dentro del mismo título y capítulo. Este hecho, no nos parece relevante por lo que a la interpretación sistemática se refiere, y ello porque si hay algo común entre la denominación del capítulo en el que se incardinan los preceptos estudiados y la sección específica en la que se encuadra el art. 123 es precisamente el término «presencia», por lo que es fácilmente colegible que tal argumento no es de trascendencia hermenéutica dado que esta identidad en la protección del bien jurídico de la presencia del militar —bien sea genérica, bien especial— es la que permite aplicar el criterio de interpretación sistemática y poner en relación el art. 123 con la reforma operada por la LO 3/2002.

2. Interpretación teleológica

De lo que hasta ahora venimos diciendo, ya se ha apuntado cuál es la finalidad última de la ley, a raíz precisamente de los cambios en materia de

política de defensa. La LO 3/2002 no es más que el reflejo jurídico penal de la suspensión del servicio militar obligatorio, es en definitiva el espejo penal en el que se mira la suspensión de la «mili». Es cierto que sólo afecta a los arts. 119 bis y 120 del CPM, pero hemos de mirar más alto y ponerla en relación con su causa. Y así entendido, se infiere sin dificultad que, de la misma manera que a partir del 31 de diciembre de 2001 se suspende toda obligación de prestar servicio militar, y en consecuencia, nadie que no lo desee expresamente puede adquirir la condición militar, así quedan derogadas las conductas punibles de quienes las cometieron durante su servicio y que sólo en razón de éste se podían cometer, entendiendo como tales todas las actitudes relativas al servicio y a la presencia, en sus distintas formas, pues eran obligaciones que sólo se adquirirían por estar cumpliendo una obligación que hoy no existe. Por lo tanto, la finalidad de la LO 3/2002 no puede ser otra que dejar sin castigo todas las conductas contrarias a los deberes de presencia y de servicio, y no sólo a los explícitamente mencionados en dicha Ley.

3. Interpretación auténtica

Esta última regla interpretativa hay que ponerla en relación con la intención del legislador. Alguien podría oponerme que si el legislador realmente hubiera querido afectar con la reforma el art. 123 le habría sido tan fácil como incluirlo en la LO 3/2002 con los mismos efectos que se aplican al 119 bis y 120. Eso es cierto, y de hecho hubiera sido lo deseable. Pero, no fue así, y no lo fue por las siguientes dos razones que me parecen de relevancia: En primer lugar hay que tener en cuenta que la LO 3/2002 tuvo una tramitación parlamentaria de urgencia, lo cual le resta a la ley calidad técnica, aunque la dota de efectividad práctica, dado que los delitos que con ella se derogan tienen escasa penalidad y cuanto antes entrara en vigor evitaría el cumplimiento de un mayor número de condenas. Y en segundo lugar hay que fijarse en cuál es la labor que realiza el legislador para evitar las condenas de los militares de reemplazo. Se limita a derogar un artículo (el 119 bis) que afectaba exclusivamente a los militares de reemplazo, e incorporar el término «profesional» y añadir a los reservistas incorporados al art. 120, en previsión de una futura regulación de esta figura contemplada en la Ley 17/1999 de personal militar, pero aún no desarrollada reglamentariamente. Con esas medidas, entiende el legislador cumplida la finalidad de la Ley. ¿Que sucedió con los arts. 121, 122 y 123? Dichos artículos, a diferencia de lo que sucedía con el 120, no soportaban la carga social de ser los responsables de la gran mayoría de condenas de

quienes abandonaban el servicio militar obligatorio, básicamente porque los dos primeros (el 121 y 122) contemplan situaciones realmente extremas, y el art. 123 no deja de ser un subgénero residual de los dos anteriores, de menor entidad y sólo referido a Unidades especiales como son el Buque o la Aeronave, por lo que fácilmente pasó desapercibido en la reforma. O es que acaso se puede pensar que el legislador quería realmente despenalizar conductas tan graves como la desertión y dejar vigentes las especies menores como el quebrantamiento especial del deber de presencia. Mi opinión es negativa al respecto.

4. Interpretación lógica

Al hilo de esto último, no es difícil aplicar las reglas lógicas de la interpretación. En ese sentido, el razonamiento *a fortiori* del tipo *maiori ad minus* nos debe conducir al mismo resultado: quien ya no es capaz de cometer delitos como la desertión, no puede cometer subtipos menores como el quebrantamiento especial del art. 123 CPM. Así es, estando derogado el género de los delitos contra los deberes de presencia cometidos por militares de reemplazo, deben así mismo ser consideradas atípicas las especies de ese género como es el quebrantamiento especial del deber de presencia.

5. Interpretación gramatical

Finalmente, si nos atenemos a la literalidad de la Ley, leída con los anteojos de la realidad legal actual, cuando el art. 123 habla del militar sin más, no podemos pensar en el militar de reemplazo que hoy no existe. El militar del que habla el art. 123 no es el militar de reemplazo, en nada ya le puede afectar, sino exclusivamente el militar profesional.

Para concluir, todos estos argumentos nos llevan al resultado que ya se ha adelantado: ha cambiado la definición del elemento subjetivo del tipo descrito en el art. 123 CPM. Así es, ahora el militar del que habla el art. 123 no puede ser en ningún caso el militar de reemplazo, y en consecuencia los militares de reemplazo que cometieron el tipo, hoy no pueden ser condenados por estos hechos, precisamente porque el militar al que se refiere el art. 123 no puede ser otro que el militar profesional. Habrá que retrotraer la nueva definición de militar, que con las reformas en el Servicio Militar se ha introducido y excluir a los antiguos militares de reemplazo del concepto de militar que expresan los artículos 121 y siguientes del CPM.

IV. EXTENSIÓN A OTROS PRECEPTOS DEL MISMO CAPÍTULO

SECCIÓN CUARTA. INUTILIZACIÓN VOLUNTARIA Y SIMULACIÓN PARA EXIMIRSE DEL SERVICIO MILITAR Y NEGATIVA A CUMPLIRLO

Artículo 125

El militar que, para eximirse del servicio, se inutilizare o diere su consentimiento para ser inutilizado por mutilación, enfermedad o cualquier otro medio, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión, si es en tiempo de paz y de tres a diez años, si es en tiempo de guerra. En caso de tentativa podrá imponerse la pena en la mitad inferior de las antes señaladas.

En las mismas penas incurrirá el que, a sabiendas, procurare a un militar la inutilización a que se refiere el párrafo anterior, imponiéndose en su mitad superior si se realizare el hecho mediante precio o cuando se tratare de personal sanitario. Se impondrá en su mitad inferior cuando el autor sea cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del mutilado o inutilizado.

Artículo 126

El militar que, para eximirse del servicio u obtener el pase a otra situación administrativa, simulare una enfermedad o defecto físico será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.

En las mismas penas incurrirá el personal sanitario que facilitare la simulación.

SECCIÓN QUINTA. DISPOSICIÓN COMÚN

Artículo 129

El que de palabra, por escrito, impreso u otro medio de posible eficacia, incitare a militares a cometer cualquiera de los delitos comprendidos en las secciones 1.^a y 2.^a de este capítulo, hiciere apología de los mismos o de sus autores, los auxiliare o encubriere, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Quedará exento de pena el encubridor que lo fuere de su cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, de su ascendiente, descendiente o hermano.

No obstante, en tiempo de guerra, se podrán imponer en todo caso las mismas penas que a los autores de los respectivos delitos.

Aún nos queda por saber qué sucede en los casos previstos por los artículos de la Sección Cuarta del Capítulo del CPM objeto de nuestra Sentencia. Vista su redacción, en la que no se distingue al tipo de militar que lo comete, debemos excluir de su comisión a los militares de reemplazo que se inutilizaron o simulaban alguna enfermedad para eximirse del Servicio Militar, precisamente por los mismos argumentos ya expuestos. No se puede condenar a alguien que dejó de cumplir el Servicio Militar obligatorio inutilizándose o simulando enfermedad, porque actualmente no existe la obligación de prestar dicho servicio.

Ahora bien, ¿qué sucede con la Disposición Común que recoge la Sección Quinta del Capítulo? Dicha Disposición tipifica la conducta de cualquier ciudadano, militar o no, que induzca, defienda, encubra o auxilie las conductas de abandono de servicio y residencia o de desertión, o a sus autores. Pues entiendo que, en pura lógica, hemos de considerar vigente este artículo para quienes así actuaron respecto de los deberes de los militares profesionales, no así de los antiguos militares de reemplazo, pues siendo que dicha obligación ya no es tal, y su incumplimiento pasado tampoco es perseguible, no se puede más que concluir que los inductores, encubridores o, auxiliadores no puedan ser inculcados por esos hechos.

V. SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 2003, DICTADA POR EL TRIBUNAL MILITAR TERRITORIAL PRIMERO

Es especialmente interesante el Fundamento Jurídico I de la Sentencia que resolvía el caso en cuestión, el cual sintetiza los argumentos enumerados, y los extiende a los art. 121 y 122 del CPM. Por ese motivo, reproduzco dicho Fundamento a continuación:

«Si bien, la Ley Orgánica 3/2002 de 22 de mayo que modificó las Leyes Orgánicas 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal y la Ley Orgánica 13/1985 de 9 de diciembre del Código Penal Militar, en materia de delitos relativos al Servicio Militar y a la Prestación Social Sustitutoria se limitó a suprimir en lo que se refiere a los delitos militares el art. 119 bis del CPM que castigaba a los militares de reemplazo que injusti-

ficadamente se ausentaren de su Unidad, destino o lugar de residencia por más de 15 días y a modificar el siguiente artículo 120 circunscribiendo la conducta que sanciona a los militares profesionales al haber quedado suspendido el Servicio Militar obligatorio desde el 31 de diciembre de 2001, disponiendo en su Disposición Transitoria Única el sobreseimiento de los procedimientos seguidos por estos delitos contra los referidos militares de reemplazo, dejando por el contrario intactos los artículos 121, 122 y 123 del mismo Código Penal Militar relativos a los «quebrantamientos especiales del deber de presencia» y en consecuencia lo dispuesto en este último precepto que sanciona al militar que se quedare en tierra injustificadamente a la salida de buque o aeronave de cuya dotación o tripulación forme parte, el examen de las conductas atribuidas a quienes como el encartado ostentaban la condición de militares de reemplazo en el momento de ocurrir los hechos debe efectuarse a tenor de la interpretación no sólo sistemática del referido tipo delictivo que se encuentra encuadrado en el mismo Capítulo del Código Penal Militar relativo a los delitos contra el deber de presencia en el que también se hallaban las conductas despenalizadas para los militares de reemplazo sino también desde un punto de vista lógico y teleológico congruente con el espíritu de la reforma de la Ley Orgánica 3/2002 en razón de la desaparición del Servicio Militar obligatorio, y concluir por ello que la conducta del militar de reemplazo, carece en el presente momento de relevancia penal y cabe atribuirle exclusivamente a aquellos militares que ostenten la condición de profesionales».

El Fallo, como es lógico, absolvía al inculpado.

VI. CONCLUSIÓN

Con esta Sentencia, que el Fiscal Militar no recurrió, si bien no contamos con la postura que el Tribunal Supremo hubiera podido aportar a la cuestión, sin embargo podemos considerar concluso y cerrado el proceso de desvinculación jurídico-penal de los civiles a las Fuerzas Armadas a causa del suspendido Servicio Militar obligatorio, del que en gran parte fue culpable la incompleta y precipitada Ley Orgánica 3/2002, y gozamos de argumentos de peso para los eventuales —esperemos que escasos— asuntos análogos.

Es especialmente de agradecer la amplitud de miras, y el pronunciado sentido de Justicia con el que ha resuelto el Tribunal el presente caso, a pesar de las dificultades técnico-legales con las que ha debido lidiar.

No obstante lo dicho, aún nos quedará saber qué sucederá con los militares de reemplazo que al tiempo de prestar sus servicios, cometieron delitos militares de distinta naturaleza a las conductas estudiadas, ya que entre la conducta que vulnera las obligaciones de presencia y residencia y el resto de conductas delictivas existe una principal diferencia: las primeras sólo pueden ser cometidas por militares y por quien ostente esta condición en virtud de una obligación que hoy ya no existe. Las segundas, en cambio, no parece que puedan estar afectadas por ese cambio de concepción de las Fuerzas Armadas. Para muestra, un ejemplo: si un antiguo militar de reemplazo se encontrara a día de hoy encausado a consecuencia de una agresión a un superior cometida durante la prestación del Servicio Militar ¿debe ser sobreseída esa causa? Habrá que avanzar en el estudio técnico de estas causas, mucho más dudosas que la que hemos comentado, aunque los Tribunales Militares se inclinarán por la condena en estos casos casi con toda probabilidad. Me inclino, modestamente, por la vigencia de esos procedimientos, visto que el bien jurídico en juego no está fundamentado en la inexistente obligación de prestación del Servicio Militar, sino en otros valores jurídicos que siguen siendo actuales.

II. TEXTOS

1. LEGISLACIÓN

LEGISLACIÓN

María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera
Documentalista

JEFATURA DEL ESTADO

- Ley Orgánica 6/2003, de 30 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria.
(BOE n.º 156, de 1-7-2003).
- Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.
(BOE n.º 156, de 1-7-2003).
- Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 4/1987, de competencia y organización de la jurisdicción militar.
(BOE n.º 169, de 16-7-2003).
- Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.
(BOE n.º 257, de 27-10-2003).
- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal.
(BOE n.º 283, de 26-11-2003).
- Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.
(BOE n.º 296, de 11-12-2003).
- Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial.
(BOE n.º 309, de 26-12-2003).

Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal. (BOE n.º 309, de 26-12-2003).

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado. (BOE n.º 188, de 7-8-2003. Corrección de errores, BOE n.º 270, de 11-11-2003).

Real Decreto 1051/2003, de 1 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 991/2000, por el que se desarrolla la Ley 26/1999, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas. (BOE n.º 184, de 2-8-2003. Corrección de errores, BOE n.º 250, de 18-10-2003).

MINISTERIO DE ADMINIS- TRACIONES PUBLICAS

Real Decreto 999/2003, de 25 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 999/2002, sobre valoración como mérito del tiempo de servicios prestados en las Fuerzas Armadas como

militar profesional de tropa y marinería o reservista voluntario y la reserva de plazas para militares profesionales en el acceso a la Administración del Estado. (BOE n.º 189, de 8-8-2003).

MINISTERIO DE DEFENSA

Real Decreto 1040/2003, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento general de recompensas militares. (BOE n.º 213, de 5-9-2003).

Real Decreto 1691/2003, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de acceso y régimen de los reservistas voluntarios. (BOE n.º 298, de 13-12-2003).

Orden DEF/3537/2003, de 10 de diciembre, por la que se desarrolla la estructura orgánica básica de los Ejércitos. (BOE n.º 303, de 19-12-2003).

2. JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Luis B. Alvarez Roldán
General Auditor (R)

=====

Por necesidades telemáticas, solo es posible recoger en este número el primer semestre de las Sentencias del Tribunal Constitucional, dejando para el número 83 de la REDEM, las correspondientes al segundo semestre del año 2003.

=====

Auto Tribunal Constitucional núm. 81/2003
(Sala Segunda, Sección 4.^a), de 10 marzo
Recurso de Amparo núm. 3946/2002.

Recurso de amparo contra Sentencia de 03-06-2002 del Tribunal Supremo (Sala Quinta), desestimatoria de recurso de casación contra sentencia de 03-06-2001, del Tribunal Militar Central por la que se condena al recurrente por un delito contra la Hacienda militar. Vulneración de los derechos fundamentales al Juez ordinario predeterminado por la ley y a la presunción de inocencia: inexistencia: carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda: inadmisión del amparo.

ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

El recurrente, Coronel del Cuerpo de Ingenieros y Jefe de la sección de obras de la Región Militar Sur, fue detenido en la ciudad de Ceuta, el 15 de enero de 1998, por Agentes de la Guardia Civil con un sobre que contenía 400.000 ptas. Dicha cantidad le acababa de ser entregada por el administrador único de una empresa constructora como parte del pago en comisiones exigidas por el mencionado Oficial, a cambio de adjudicar a su empresa directamente obras por valor inferior a 5.000.000 de pesetas. El citado administrador de la empresa afirma que había comunicado con anterioridad a algunos Oficiales del destacamento de obras de dicha ciudad la irregular exigencia de que venía siendo objeto, sin resultado alguno, por lo que optó por ponerlo en conocimiento de la Unidad orgánica de la Policía Judicial de la comandancia de la Guardia Civil, previa concertación de una cita con el Oficial ahora recurrente para la entrega del dinero. Su detención se produjo saliendo de dicha reunión, ocupándosele la cantidad antes mencionada.

Como consecuencia de los hechos anteriores, el Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de Madrid, instruyó causa penal núm. 1/1/1998, contra el ahora demandante de amparo como presunto autor de un delito contra la Hacienda militar previsto y penado en el art. 191 del Código Penal Militar (RCL 1985\2914). Recaído auto de procesamiento y presentado escrito de acusación por la Fiscalía militar, la defensa del señor C. formuló escrito planteando como artículo de previo pronunciamiento la declinatoria de jurisdicción a favor de la Jurisdicción ordinaria, por entender que los hechos podrían revestir los caracteres de un delito de cohecho regulado en el art. 426 del Código Penal común (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), declinatoria que sería desestimada mediante auto de 6 de abril de 2000, dictado por el Tribunal Militar Central, que estaba integrado por los siguientes miembros del Cuerpo Jurídico Militar: Don Antonio M. S., en su calidad de Presidente del citado Tribunal, y de don Leopoldo E. S. y Don Angel G. B., como Vocales del mismo. Formalizado recurso de casación contra dicho auto, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo desestimó el recurso mediante sentencia de 5 de octubre de 2000. Recurridas las dos últimas resoluciones en amparo ante este Tribunal, el recurso fue inadmitido mediante providencia de 14 de enero de 2002.

Ulteriormente, la representación del actor formuló recusación, contra el Presidente del TMC, Don Antonio M. S. y contra el Vocal del mismo Organismo Judicial, Don Angel G. B., que fue desestimado mediante auto de 11 de mayo de 2001, dictado por dicho TMC, integrado en esta ocasión por Don Leopoldo E. S., en su calidad de Presidente, y Don Lázaro Montero López y Don Miguel Angel B. R., en calidad de vocales.

Celebrado el juicio oral, el TMC dictó sentencia de fecha 3 de julio de 2001, por la que condenó al señor C. como autor responsable de un delito contra la Hacienda Militar a la pena de un año y ocho meses de prisión, con las accesorias de suspensión de empleo, cargo público y de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Dentro de la composición de la Sala que dictó esta resolución figuraban como Vocales Togados los Generales Auditores don Leopoldo E. S. y don Angel G. B. Contra la anterior sentencia, la representación del señor C. formalizó recurso de casación que fue desestimado mediante sentencia de 3 de junio de 2002 (RJ 2002\5659), dictada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo. El recurrente presenta recurso de amparo contra esta última sentencia.

En la demanda de amparo se estiman vulnerados dos derechos, reconocidos ambos en el art. 24.2 CE (RCL 1978\2836): el derecho a un proceso con todas las garantías conectado con el derecho a un Juez imparcial, y el derecho a la presunción de inocencia.

a) El derecho a un proceso con todas las garantías conectado con el derecho a un Juez imparcial fue conculcado entiendo el recurrente hasta en tres ocasiones. En la primera, porque dos componentes del TMC que dictaron el auto de 6 de abril de 2000, desestimatorio de la declinatoria de jurisdicción que la representación del actor había interpuesto en el procedimiento penal abierto, han formado parte de la Sala encargada de juzgar y dictar sentencia en el proceso judicial abierto contra el mismo por la comisión de un delito contra la Hacienda Militar. En concreto afirma que los Generales Auditores don Angel G. B. y don Leopoldo E. S. tuvieron un contacto previo con el material instructorio del procedimiento cuando el auto citado determinó la incardinación de los hechos dentro del tipo contemplado en el art. 191 del Código Penal Militar (RCL 1985\2914) y desechó la calificación jurídica como delito de cohecho del art. 426 del Código Penal común (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) que proponía la defensa para así acordar la estimación de la declinatoria de jurisdicción planteada; en consecuencia, estima que tales componentes del órgano jurisdiccional se vieron «contaminados» en su actuar, por lo que deberían de haberse abstenido en la formación del Tribunal que posteriormente juzgó y dictó la sentencia de fecha 3 de julio de 2001, que le condenó por el delito contra la Hacienda Militar que habían estimado como presuntamente cometido en su anterior resolución. A ello se une, además, que el señor G. B. actuó como ponente de la sentencia dictada.

En una segunda ocasión, porque el general don Leopoldo E. S. fue uno de los firmantes del auto de 11 de mayo de 2001, que rechazó la recusación del General G. B. propuesta por el actor y, al mismo tiempo, también formó parte

de la Sala que dictó el precedente auto de 6 de abril de 2000, de modo que asevera el solicitante de amparo actuó, por tanto, como Juez de la propia causa.

Y por tercera vez se vio vulnerado de nuevo el mismo derecho porque los Magistrados don José María Ruiz-Jarabo Ferrán, don Javier Aparicio Gallego y don Angel Calderón Cerezo, respectivamente Presidente y Magistrados de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, formaron parte del Órgano judicial que dictó la Sentencia de 5 de octubre de 2000, por la que se desestimó el recurso de casación interpuesto por el recurrente contra el precedente auto de 6 de abril, que había rechazado la antes citada declinatoria de jurisdicción, integrando posteriormente también el Tribunal que dictó la sentencia de 3 de junio de 2002, desestimatoria del recurso de casación formalizado por la parte contra la sentencia del TMC que le condenó por el citado delito contra la Hacienda Militar, por lo que se hallarían igualmente contaminados al haber tenido contacto previo con lo sustanciado en la causa.

b) La conculcación del derecho a la presunción de inocencia entiende el recurrente que tuvo lugar por haberse fundado su culpabilidad en una prueba obtenida ilegalmente y, por ende, ilícita, como fue el que los Agentes que le detuvieron cuando salía de la reunión con el denunciante y en poder del dinero que se le aprehendió, no actuaron conforme a lo que les obliga la Ley, que es a prevenir el delito [concretamente, según dispone el art. 11.1. f) de la LO 2/1986 de 13 de marzo (RCL 1986\788), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad], sino que la Guardia Civil «planeó y propició verdaderos actos delictivos que integraban precisamente la comisión del delito por el que se condenaría» al recurrente, agregando que «los actos planeados, facilitados y vigilados por la Guardia Civil eran auténticos actos ejecutivos del delito...»; tal modo de proceder no cabe conforme al art. 263 bis y ss. LECrim (LEG 1882\16), por lo que, constitucionalmente, al haberse obrado en tal forma arbitraria, se ha vulnerando el art. 9 CE, resultando radicalmente nula no sólo la prueba en cuestión, sino todas las derivadas de ella. En definitiva, ello en el caso comporta una imposición de condena huérfana de prueba, supuesto evidente de quiebra de la presunción de inocencia.

FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

1. ...De entrada ha de constatarse el carácter *ex novo* de la tacha respecto de todos los que no se produjo la recusación en los momentos en que hubo lugar para ello, esto es, de todos menos del General Auditor Don Angel G. B., al que sí recusó la actora en su momento. La naturaleza subsidiaria del amparo constitucional impone que las eventuales vulneracio-

nes de derechos sean planteadas necesariamente ante los propios Organos jurisdiccionales ordinarios, máxime cuando el propio Ordenamiento prevé cauces específicos para ello, como es el caso de la recusación de los juzgadores.

... Este derecho a formular recusaciones comprende, en línea de principio, la necesidad de que la pretensión formulada se sustancie a través del proceso prevenido por la Ley con este fin y a que la cuestión así propuesta no sea enjuiciada por los mismos Jueces objeto de recusación, sino por aquellos otros a que la Ley defiera el examen de la cuestión (STC 47/1982, de 12 de julio [RTC 1982\47], F. 3)» (STC 155/2002, de 22 de julio [RTC 2002\155], F. 2). No habiendo sido objeto de recusación en su debido momento los componentes de los Organos antes señalados, corresponde inadmitir tales alegaciones en virtud del art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 a), ambos de nuestra Ley Orgánica reguladora.

2. En relación con el componente del TMC, General Auditor G. B., que intervino en el auto que desestimó la declinatoria de jurisdicción interpuesta por el recurrente, sí procede entrar a conocer de la vulneración del derecho al Juez imparcial alegada por el recurrente, en tanto en cuanto tal recusación fue desestimada por el TMC, del que formó luego parte el mismo para emanar la sentencia condenatoria del ahora demandante de amparo, lo que en los términos de la actora comportó su contaminación al haber entrado anteriormente en contacto con el material instructorio de la causa. Aunque no se especifica en la demanda, evidentemente se sobreentiende que tal contaminación se proyectaba en el pronunciamiento de la Sala acerca del tipo penal por el que habían de seguirse las actuaciones subsiguientes. Conviene recordar ahora que lo que hubo de solventarse al inicio fue si los hechos por los que se encausaba al recurrente eran constitutivos de un delito de cohecho como propugnaba el acusado, o de un delito contra la Hacienda Militar como propugnaba el acusador público, con la esencial diferencia que ello comportaba en lo que a la jurisdicción competente se refiere, pues en el primer caso habría de conocer la jurisdicción penal ordinaria, y en el segundo la militar.

La desestimación de la declinatoria comportó el conocimiento de la causa por la jurisdicción castrense y la correspondiente condena del ahora solicitante de amparo por el mencionado delito contra la Hacienda Militar, condena decidida por el TMC, del que, como sucedió con la declinatoria, también formaba parte el General Togado G. B. al tiempo de dictarla.

3. ... Interesa subrayar que el criterio en el que la representación del demandante intenta fundamentar la quiebra del derecho al Juez imparcial (el mero contacto con el material instructorio de quien luego ha de pro-

nunciarse sobre la inocencia o culpabilidad del acusado) no es, por sí solo y sin más, determinante en modo alguno para concluir la parcialidad de un juzgador. Así lo hemos señalado reiteradamente, como apunta el Ministerio Fiscal y como hemos sintetizado en el F. 14.a) de la STC 69/2001, de 17 de marzo, en los siguientes términos: «Es importante tener presente en este aspecto que, para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la Ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 145/1988, de 12 de julio; 11/1989, de 24 de enero; 151/1991, de 8 de julio; 113/1992, de 14 de septiembre; 119/1993, de 19 de abril; 299/1994, de 14 de noviembre; 60/1995, de 16 de marzo; 142/1997, de 15 de septiembre; y 162/1999, de 27 de septiembre, F. 5; y SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber; de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt; 16 de diciembre de 1992, caso Saint-Marie; de 24 de febrero de 1993, caso Fey; de 26 de febrero de 1993, caso Padovani; de 22 de abril de 1994, caso Saraiva de Carvalho; de 22 de febrero de 1996, caso Bulut; de 20 de mayo de 1998, caso Gautrin y otros; y de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar)».

En el caso que nos ocupa ninguna contaminación puede entenderse producida cuando el objeto del auto en que intervino el Vocal Togado recusado era única y exclusivamente determinar la jurisdicción que debía entender de los hechos realizados por el encausado, y a ello se limitó *stricto sensu* aquél, sin mostrar en ningún momento nota o elemento que pudiera permitir atisbar un prejuicio en relación con el posterior proceso y la decisión del mismo. En efecto, la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central optó entre el planteamiento del Fiscal y el de la actora, compartiendo el parecer del primero y exponiendo por extenso la razón de tal acuerdo

desde la perspectiva competencial en exclusiva, como palmariamente lo especifican los cuatro apartados sistematizados en el fundamento de Derecho primero cuando recuerdan la jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo en relación con los elementos esenciales del delito que interesaba el Ministerio Fiscal como de aplicación a la actuación del encartado: condición de militar del interviniente, aprovechamiento por él de su condición en la comisión del acto delictivo, operación afectante o relacionada con la Administración Militar y, en fin, finalidad de la sanción aparejada al mismo, que es la de proteger el correcto e imparcial funcionamiento de la Administración Militar, su buena imagen ante los ciudadanos y la probidad de los funcionarios que la sirven. Cotejando tales elementos con los actos imputados al acusado, estos resultaron para la Sala de la que formaba parte el recusado «... plenamente subsumibles en la figura delictiva descrita en el art. 191 del Código Penal Militar, por lo que en aplicación de la normativa contenida en el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, es la Jurisdicción Militar la competente para conocer del delito en cuestión...», pero subsunción que resultaba, como se ha transcrito ya, «... en principio y sin que ello significara prejuzgar tales hechos ni la culpabilidad o inocencia del acusado cuyo análisis y resolución ha de quedar exclusivamente reservado al momento en que eventualmente haya de dictarse sentencia...».

Por todo ello, en definitiva, pues, no cabe entender vulnerado el derecho al Juez imparcial alegado por el recurrente en relación con el único Vocal Togado cuestionado en su momento y respecto del que se rechazó la recusación.

4. Con mayor razón aún ha de rechazarse la otra alegación que conforma la demanda de amparo, la de la quiebra de la presunción de inocencia del solicitante de amparo por la actuación de la Guardia Civil al detenerle portando el dinero tras la reunión con el empresario denunciante: al ser los Agentes conocedores de la ilícita concertación pretendida por aquél, debieron en consecuencia haber evitado la perpetración del delito en cumplimiento de la labor preventiva que impone a los Agentes de la autoridad el art. 11.1 f) de la LO 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, mientras que, por el contrario, «... planeó y propició verdaderos actos delictivos que integraban precisamente la comisión del delito por el que se condenaría» al recurrente, «... actos planeados, facilitados y vigilados por la Guardia Civil [que] eran auténticos actos ejecutivos del delito (subrayado original)...»; esto es, habría tenido lugar en el caso lo que se conoce como delito provocado.

De entrada, no obstante, ha de decirse al respecto que es doctrina reiterada de este Tribunal que «... la inocencia de la que habla el art. 24 CE (RCL 1978\2836) ha de entenderse en el sentido de no autoría, no producción del daño o no participación en él (entre otras muchas, y por citar algunas, SSTC 141/1986, 92/1987, 150/1989, 201/1989, 217/1989, 169/1990, 134/1991, 76/1993 y 131/1997) [fundamento jurídico 2.º A)]» (STC 68/1998, de 30 de marzo, F. 5 o STC 157/1998, de 13 de julio, F. 2). En el presente caso, en ningún momento niega el recurrente los hechos que se le imputan, sino que involucra en ellos a los Agentes de la autoridad intervinientes en la operación de su arresto buscando el resultado de viciar la contundente prueba de cargo que funda su culpabilidad. Tal interpretación sobre la actuación de los Agentes, parte, como es manifiesto, de una premisa interesadamente errónea, consistente en que el delito no estaba consumado cuando intervinieron aquéllos, sino que fueron ellos mismos los que perfeccionaron el delito con su actuación. Como evidencian las resoluciones recaídas, sin embargo, la consumación del ilícito tuvo lugar en el momento en que el recurrente, en la calidad que ostentaba, solicitó del empresario la comisión dineraria por la asignación directa de la obra. Perfectamente consciente el recurrente de que es la consumación del ilícito la que deja sin sustento alguno su alegación, aduce que «la consumación es un concepto meramente formal, pero la vida y dinámica real y efectiva del delito no concluye, ni mucho menos, con la consumación, sino con su agotamiento o terminación», noción que, con independencia ahora de otras consideraciones que pudieran hacerse sobre la misma, evidentemente no comparten los Organos juzgadores y, en la que, como interpretación que es de la legalidad penal (militar en este caso), no puede entrar este Tribunal (STC 185/2000, de 10 de julio, F. 4, entre otras muchas). Por lo demás, va de suyo que los Agentes se limitaron a realizar lo que, justamente en virtud de la letra siguiente del aludido por el solicitante de amparo art. 11.1 de la LO 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, les está confiado, a saber, «g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente...», por lo que difícilmente puede tacharse ni de ilegal ni de inconstitucional su actuación y la importante prueba de cargo que comporta para enervar la presunción de inocencia del recurrente, a todas luces indebidamente invocada ahora y, por ello mismo, con mayor razón que en el caso de la anterior alegación, sin contenido constitucional alguno.

Por todo lo cual, la Sección

ACUERDA

Inadmitir el presente recurso de amparo.

COMENTARIO

La presente Sentencia del Tribunal Constitucional, constituye un respaldo a la correcta actuación constitucional del Tribunal Militar Central, y Sala Quinta del Tribunal Supremo, en la aplicación de hechos constitutivos de un delito contra la Hacienda en el ámbito militar.

La utilización de la garantía a la recusación del juzgador, de forma extemporánea se emplea aquí como mera treta procedimental generalizada, y merece el claro rechazo del Tribunal Constitucional.

En el fondo, se consolida la doctrina del Tribunal Constitucional al asegurar que no hay contaminación por el mero hecho de tener acceso a las actuaciones sumarias al decidir sobre una cuestión de competencia (delito de cohecho, competencia de la Jurisdicción Ordinaria; ó delito contra la Hacienda en el ámbito militar, competencia de la Jurisdicción Militar), que al limitarse a tal cuestión no precisa de otra decisión que la de la calificación de los hechos a tales efectos, sin prejuzgar la comisión o no del hecho delictivo ni menos aún de la responsabilidad y culpabilidad del autor. Así, no se produce perjuicio y no quedó contaminada la intervención del Vocal Togado que, ulteriormente, tomó parte en la sentencia condenatoria.

Finalmente, la detención en el momento del pago del soborno no vicia ésta, y menos aún destruye la presunción de inocencia.

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

José Manuel Blanque Avilés, Abogado del Estado
Laureano Tomás Zafrilla, Comandante Auditor

1. Sentencia de la Sala especial del art. 61 LOPJ de 27 de marzo de 2003 (ponente Excmo. Sr. Hernando Santiago), recaída en los recursos acumulados 6/2002 y 7/2002 seguidos a instancia de la Abogacía del Estado y del Ministerio Fiscal, siendo partes demandadas los Partidos Políticos Herri Batasuna; Euskal Herritarrok y Batasuna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. MARCO CONSTITUCIONAL, LEY DE PARTIDOS Y CONTEXTO HISTÓRICO

1.º El pluralismo político

1.º1. El pluralismo político en la Constitución

El artículo 1 de nuestra Constitución dispone que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su Ordenamiento Jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el **pluralismo político**. Ocupa por tanto el **pluralismo político** dentro del articulado de la Norma Suprema una posición preeminente, correspondiente, a su vez, con la condición de valor superior del Ordenamiento Jurídico que allí mismo se le atribuye. Esta condición comporta,

desde luego, cierta dimensión trascendente o informadora del texto constitucional y del Ordenamiento Jurídico en su conjunto, pero en cierta medida también evoca un rango axiológico superior al que, en principio, pudiera predicarse de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales. Así lo ha hecho constar el Tribunal Constitucional en algún pronunciamiento, como por ejemplo ocurre en su Sentencia 97/2002, de 22 de mayo o en su Auto 121/1984, de 29 de febrero.

No hay democracia sin pluralismo político. Así lo ha afirmado con toda contundencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su reciente Sentencia de 13 de febrero de 2003, una afirmación que sin matices de ninguna clase hace suya esta Sala. Pero más aún —añadimos nosotros— tampoco sin pluralismo político concurren dos de los atributos esenciales de la democracia, como son la libertad política o la ley como expresión de la voluntad general. Y es que, primeramente, así como pocas dudas puede haber en el hecho de que la libertad individual tiene por premisa inexcusable la presencia de garantía de facultades de opción, de manera que, cuanto más amplias sean esas opciones, superiores facultades de decisión habrá y mayor será, en consecuencia, la libertad, algo parejo ocurre con la libertad política. La formulación a la sociedad del más amplio número posible de planteamientos sobre su propia realidad y de opciones para su transformación, y la facultad de elegir libremente entre todos ellos, confiere verdadera sustancia a la libertad política y, a su través, real dimensión a la democracia. Conocedor de ello, así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia de 12 de marzo de 2003, al indicar que «la apertura del ordenamiento a cuantas opciones políticas puedan y quieran nacer y articularse en la realidad social constituye un valor que sólo cabe proteger y propiciar». En pareja dirección, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (de lo Contencioso-Administrativo) de 3 de febrero de 2003 (Sección Séptima) ha expresado que «en el seno de la democracia representativa, junto a las reglas y los procedimientos a través de los que se expresa la voluntad popular (...) late con especial fuerza el valor del pluralismo político».

Pero además, como decimos, también la ley, como expresión de la voluntad general, ostenta cierta cualidad de síntesis de voluntades parciales (no sólo de las personas individuales sino también «de los grupos en que se integra», como el artículo 9.2 de la Constitución se cuida de aclarar), por lo que sólo alcanza verdadero sentido y plenitud en un contexto de amplias facultades de formulación política, esto es, de pluralismo político.

Cabe afirmar, en otro orden de cosas, que **pluralismo político** no equivale sólo a tolerancia ante la pluralidad o ante la diferencia sino que el con-

cepto constitucional evoca, más allá, una actitud comprometida de defensa de la existencia de esa misma pluralidad, por entender, como queda visto, que sólo en un ambiente rico de opiniones y planteamientos puede vivir la verdadera democracia. De esa manera, la existencia efectiva de un ambiente plural se convierte también en un interés jurídico a defender.

Sin embargo, esa posición preeminente del pluralismo político en nuestro sistema constitucional no presupone reconocerle un carácter absolutamente ilimitado, hasta el punto, por ejemplo, de que frente a su talante expansivo deban ceder derechos fundamentales de los demás. En otra vertiente, el verdadero pluralismo demanda a su vez espacio para todos. No debe suponer por ello amparo alguno para persona o grupos que precisamente quieran emplearlo para negárselo en sus actos a sus detractores. «El pluralismo y la democracia se basan en un compromiso que exige diversas concesiones por parte de los individuos o grupos de individuos, que deben aceptar a veces limitar algunas de las libertades de las que gozan con el fin de garantizar una mayor estabilidad del país en su conjunto», ha afirmado la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto Petersen contra Alemania) de 22 de noviembre de 2001.

1.º2. Pluralismo político y partidos

La más precisa materialización de esta clase de pluralismo, el político, queda vinculada en nuestro texto constitucional a los partidos, respecto de los cuales no sólo se indica que dentro del mismo vivan, sino que llega a afirmarse que lo «expresan», es decir lo materializan.

Aunque se incurra con ello en abundar sobre aspectos por demás evidentes, quizá sea oportuno resaltar en este lugar que el Tribunal Constitucional ha declarado «la importancia que se reconoce a los partidos políticos dentro del sistema constitucional, y la protección que de su existencia y de sus funciones se hace, no sólo desde la dimensión individual del derecho a constituirlos y a participar activamente en ellos, sino también en función de la existencia del sistema de partidos como base esencial para la actuación del pluralismo político» (STC 85/1986, F. 2, y STC 15/2000, de 20 de enero).

Sobre la importancia capital de los partidos políticos en toda democracia y su íntima vinculación al pluralismo político se ha pronunciado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este, en su Sentencia (asunto Partido Socialista contra Turquía) de 25 de mayo de 1998 (en idéntica dirección se ha pronunciado la Sentencia de 13 de febrero de 2003),

por sólo citar alguna de las diversas en las que se ha abordado dicha cuestión, ha ratificado «su papel esencial para el mantenimiento del pluralismo y el buen funcionamiento de la democracia»...

Ciertamente en otros lugares de nuestra Constitución existen menciones parciales al pluralismo. Así ocurre por ejemplo en su artículo 20.3, en el que se dispone que el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado y el acceso a ellos por los grupos sociales y políticos significativos respetará el «pluralismo de la sociedad». Pero, como decimos, el pluralismo por antonomasia, con el calificativo de **político**, aquel pluralismo que se eleva al rango de valor superior del Ordenamiento Jurídico, es el que se materializa, el que «expresan», los partidos políticos. Por esa razón vigorosa el artículo 6 de nuestra Constitución dispone que la creación de los partidos políticos y el ejercicio de su actividad son libres.

Aquella materialización del pluralismo que se reconoce a los partidos políticos conduce a su vez a garantizarles una esfera singularmente amplia de libertad de expresión, pues el pluralismo, como es llano, no sólo abarca la posesión de planteamientos sino que también alcanza a su transmisión libre a la sociedad. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 13 de febrero de 2003, ha indicado que «...la protección de las opiniones y la libertad para expresarlas en el sentido del artículo 10 del Convenio constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión y asociación consagrada por el artículo 11. Esto se aplica en mayor medida al caso de los partidos políticos, habida cuenta de su papel esencial para el mantenimiento del pluralismo y el buen funcionamiento de la democracia»... En otro lugar ha subrayado ese mismo Tribunal que «la libertad de expresión, preciosa para todos, lo es particularmente para los partidos políticos y sus miembros activos» (Sentencias de 30 de enero de 1998 y de 9 de junio de 1998).

1.º3. Inexistencia de un sistema constitucional de «democracia militante»

Es por lo tanto dentro de esa premisa esencial que en nuestro texto constitucional rige (irradiada por el rango de valor superior del ordenamiento jurídico que se asigna al pluralismo político), en favor de un régimen de libertad política prácticamente ilimitada (en realidad absolutamente ilimitada en las ideas, no así en los actos a través de los que se pretenda su consecución), donde adquiere pleno sentido que nuestra Norma Suprema no haya optado por un sistema de «democracia militante», sino

por un sistema extremadamente tolerante, si se quiere «combativamente» tolerante, a favor de todos los postulados políticos.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 12 de marzo de 2003, abordando con ello una alegación que estaba presente en el recurso de inconstitucionalidad que resolvía, pero que ha sido reproducida en términos sustancialmente idénticos en el procedimiento que nos ocupa, ratificó que en nuestro ordenamiento constitucional «no tiene cabida un modelo de «democracia militante» (...) esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución», pues, ha aclarado luego, que para ello falta «el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta».

Cabe por ello concluir, a la luz de lo indicado, que en nuestro sistema constitucional tienen cabida todas las ideas y todos los proyectos políticos, incluso, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 7 de diciembre de 1976 y 13 de febrero de 2003), aquellos que «ofenden, chocan o inquietan». Tienen incluso cabida, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, aquellas ideas que fueren contrarias al sistema constitucional, pretendan su sustitución o derogación o, desde luego, postulen fórmulas de organización territorial distintas a las elegidas por el constituyente. Por esto último la Sala acepta y hace suya la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2001, en la que se señala que «el hecho de que un grupo de personas pida la autonomía o incluso la secesión de parte del territorio del país, y por tanto, exija cambios constitucionales y territoriales fundamentales, no puede automáticamente justificar la prohibición de sus reuniones»...

La única exigencia al pluralismo, impuesta por el propio texto constitucional en plena sintonía con el Convenio de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, es que la defensa de sus postulados por los partidos debe hacerse respetando la legalidad y por cauces democráticos, nunca a través de la violencia y nunca cercenando derechos fundamentales de los demás, esto es, nunca aprovechándose de un marco constitucional de extrema amplitud para lesionar unos derechos fundamentales de las personas que ostentan un nivel no inferior de protección. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 3 de febrero de 2003 ha declarado en esa misma dirección que: «En la medida en que la

democracia implica pluralismo, ampara la discrepancia y las formas en las que ésta pueda manifestarse, siempre que esa expresión sea, a su vez, respetuosa con los derechos de los demás». Por su parte, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Sala Segunda), en su Sentencia 2/1997, ha abundado en aquella dirección: ... «el sistema democrático español ampara en su seno la convivencia pacífica de corrientes sociales y actividades políticas discrepantes, incluso la de aquellas 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, usualmente, de su representación parlamentaria».

La Ley Orgánica 6/2002 no es una ley represiva de la disidencia política, como sostiene la representación de la demandada, sino una ley que garantiza la supremacía de la constitución y el principio democrático en lo referente a la actividad de los partidos políticos, dentro del marco de los derechos que protege la Convención Europea de Derechos Humanos y de los límites establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

De todo ello se sigue que en modo alguno, en ese contexto de máxima libertad política y pluralismo, pueda hablarse de «delitos políticos» o «delincuentes políticos»; unos conceptos que la única demandada comparecida utiliza en su discurso alegatorio y que los partidos demandados han empleado en múltiples ocasiones. Acaso tales conceptos se empleen intentando inducir al interlocutor a un determinado posicionamiento, por lo que, salvo que se presenten como ejecución de una estrategia coordinada con el terrorismo —aspecto que comporta introducir un matiz relevante— deben entenderse enmarcados en la libertad a discrepar. Pero eso no significa que este Tribunal deba compartirlos, ya que la naturaleza de los delitos deriva del bien jurídico objeto de protección que lesionan, no de la subjetividad fija, mudable o volátil, atinada o errónea, fija o episódica que en cada caso se incorpora a los motivos últimos del autor de un hecho. También por todo ello este mismo Tribunal rechaza enérgicamente la afirmación realizada por la representación de Batasuna en su escrito de conclusiones (página 4) en el sentido de hallarnos, en el presente, ante un caso de «justicia política», esto es, «del empleo de procedimiento legal para reprimir cierta disidencia política», ya que, como queda indicado, aquel pluralismo político, entendido en su mayor dimensión, es un valor jurídico que a esta misma Sala incumbe proteger con todos los instrumentos a su alcance.

Todos aquellos derechos fundamentales de las personas deben ser por tanto respetados a ultranza. Existe al respecto un consenso prácticamente unánime entre los países civilizados. Un consenso que no merece excepciones, reservas o derogaciones y que desde luego no puede quedar a expensas de alteraciones particulares en su escala de relevancia. En modo alguno además el Estado puede abdicar de la protección de esos mismos derechos fundamentales con todos los instrumentos que el Derecho proporciona.

1.ª4. La Ley Orgánica 6/2002, Reguladora de los Partidos Políticos

En plena armonía con ese clima de libertad política, y al propio tiempo de defensa de los derechos fundamentales, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos, aclara que, a diferencia de otros ordenamientos, considera que «cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución», siempre y cuando «no se **defienda mediante una actividad** que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos». Esa misma exposición ratifica luego, en un razonamiento abundante que sin embargo no sobra, que «no se trata, con toda evidencia, de prohibir la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional».

Por todo ello, esa misma norma no establece después causa alguna de ilegalización de partidos políticos por el hecho de ostentar determinados planteamientos políticos, sino, como luego se verá, porque su «actividad» vulnere los principios democráticos, porque con esa misma **actividad** persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, y por la realización de una serie de «conductas», realizadas de forma reiterada y grave, que la propia ley pasa a describir y que serán objeto de detallado análisis cuando se proceda a estudiar la subsunción en los preceptos legales de las conductas de los partidos demandados que este Tribunal ha declarado como probadas.

1.ª5. La violencia como método político

Ha quedado indicado por tanto que ni el talante expansivo del pluralismo político en nuestra Constitución, ni los convenios internacionales suscritos por España (a caballo de su jurisprudencia aplicativa nos hemos

venido refiriendo al Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) toleran la lesión de los derechos fundamentales de los demás. Una lesión que sin embargo aparece al instante en cuanto por un partido político se exhorta a la violencia o ésta se justifica, y, desde luego, con mucha mayor razón, cuando esa violencia es ejercida por grupos terroristas y lo que hace un partido político es otorgarle amparo.

De ello se ha ocupado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 31 de julio de 2001: «... un partido político cuyos responsables inciten a recurrir a la violencia o propongan un proyecto político que no respete una o más reglas de la democracia o que contemple la destrucción de esta, así como el desprecio de los derechos y libertades que reconoce, no puede invocar la protección del Convenio contra las sanciones infligidas por estos motivos». También al terrorismo dicho Tribunal ha dirigido algunos pronunciamientos, reconociendo, primero, las dificultades que su combate conlleva (STEDH Irlanda contra el Reino Unido, caso Aksoy contra Turquía de 18 de diciembre de 1996, Partido Comunista Unificado y otros contra Turquía de 30 de enero de 1998, Partido de la Prosperidad contra Turquía de 31 de julio de 2001), y luego declarando que «la victoria sobre el terrorismo es un interés público de primera magnitud en una sociedad democrática» (Sentencia —caso Petty Purcell y otros contra Irlanda— de 16 de abril de 1991).

Las invocaciones a la violencia o su justificación, por tanto, no sólo autorizan las restricciones de la actividad de los partidos políticos sino, también, de su libertad adicional de expresión. La Sentencia de 2 de octubre de 2001, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado también que «Un factor esencial a tener en cuenta es la cuestión de si ha habido una llamada al uso de la violencia, un levantamiento o cualquier otra forma de rechazo de los principios democráticos (...) cuando haya habido incitación a la violencia contra una persona, o un agente público o un sector de la población, las autoridades del Estado gozan de un más amplio margen de apreciación al examinar la necesidad de una injerencia en la libertad de expresión»... Aunque ciertamente esas llamadas a la violencia que justifican la limitación de la libertad de los partidos políticos nunca pueden ser episódicas o excepcionales, sino que tienen que ser reiteradas, o más aún, como ha se ha visto y después se abundará y en nuestro caso ocurre, fluyan de un reparto consciente de tareas entre el terrorismo y la política; en palabras de la Abogacía del Estado (página 34 de su escrito de conclusiones) cuando esa actitud con respecto a la violencia esté «en relación directa con la complementariedad de Herri Batasuna respecto de ETA», pues ETA con-

cibe «la justificación de la necesidad del terrorismo como una de las funciones» que corresponden a Herri Batasuna. Bien distinta es, por tanto, la situación abordada en el presente procedimiento de la resuelta por el Tribunal Europeo en su Sentencia (Partido de la Democracia contra Turquía) de 10 de diciembre de 2002, donde no consideraba proporcional la injerencia en la actividad de un partido por declaraciones que, aun incitando a la violencia, se contenían en un discurso aislado (en esta misma línea, Sentencia Incal contra Turquía o Sentencia Stankov y la Organización Macedonia Unida Ilinden contra Bulgaria de 2 de octubre de 2001).

2.º Contexto histórico y social

El contexto histórico y social en el que la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, Reguladora de los Partidos Políticos, es promulgada, y en el que se sitúa el presente proceso, en el cual las distintas partes actoras pretenden la ilegalización de tres partidos políticos, está caracterizado por la lucha contra el terrorismo y contra aquellos instrumentos políticos y organizaciones que lo apoyan y amparan. Por ello, con el fin de situar adecuadamente en la realidad social (criterio interpretativo impuesto por el artículo 3 del Código Civil) el contenido y alcance de esta norma, y de explicar al propio tiempo la actividad probatoria desplegada en el proceso, será preciso describir, aunque sea de forma somera, la importancia que la violencia terrorista ha tenido en las más reciente historia de España y en el normal desenvolvimiento de las instituciones democráticas y de la vida ciudadana. Para ello será preciso acudir tanto a los hechos que por su difusión y notoriedad forman parte integrante de la memoria colectiva subyacente del pueblo español y de esta Sala, como, en mucha mayor medida, al conjunto de la actividad probatoria desplegada en el curso del procedimiento.

El terrorismo no es un problema doméstico ni circunstancial, sino que afecta a toda la comunidad internacional. Pero la sociedad española lo viene sufriendo con especial intensidad desde hace décadas y con un altísimo coste de vidas humanas.

Por ello, la justificación de la violencia no constituye en nuestro país una mera actitud teórica sino la adopción de una práctica política incompatible con el respeto a la Constitución que impone su artículo 6. España, desde el advenimiento de la democracia, ha tenido que soportar atentados terroristas de distintas organizaciones criminales. Pero sin duda la actividad terrorista que mayor impacto ha tenido en nuestra sociedad la ha desa-

rollado la banda ETA, que viene actuando en nuestro país desde hace más de 30 años. Durante ese tiempo ha causado cerca de 1.000 muertos (tan sólo entre el período comprendido entre 1978 y 1980 asesinó a casi trescientas personas), hombres, mujeres y niños. Ha llevado también a cabo más de 80 secuestros, y ha sometido a la sociedad (en especial a su tejido empresarial) a innumerables amenazas y extorsiones a través de lo que eufemísticamente denomina «impuesto revolucionario», logrando, a través de una plural forma de actuar, sembrar el terror entre todos aquellos ciudadanos que no comparten sus ideas y objetivos o se oponen a ellos.

Además, ETA ha atentado en este tiempo contra representantes de las más altas y variadas instituciones del Estado, como el Presidente o miembros del Gobierno o el Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Ha llegado incluso a intentar asesinar a los Reyes de España en Palma de Mallorca. Ha asesinado o secuestrado a militares, a miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, autonómicas y locales, a periodistas, a políticos, a empresarios, a funcionarios de prisiones, a concejales, a profesores de Universidad, a jueces y fiscales, a ingenieros etc. Y lo ha realizado por causa de pertenecer o haber pertenecido a una determinada institución, cuerpo o empresa, por haber manifestado sus opiniones contrarias al terrorismo o sus fines, o por negarse a pagar aquella extorsión llamada «impuesto revolucionario».

En la ejecución de estos asesinatos ha utilizado toda clase de procedimientos sin reparar un instante en las muertes o graves lesiones que han producido, indiscriminadamente, a hombres, mujeres o niños ajenos a su directo designio criminal. En su campaña de terror y muertes ha llegado incluso a asesinar a algunos que, habiendo sido dirigentes de la organización terrorista, quisieron luego desvincularse de ella.

La organización terrorista también ha intentado, y en cierta medida logrado, sembrar el terror de forma indiscriminada y masiva. Por ejemplo ha colocado bombas en lugares públicos de gran concurrencia, como grandes almacenes, estaciones de autobuses y de ferrocarril, aeropuertos, zonas turísticas o inmediaciones de estadios deportivos en días de gran afluencia de público.

ETA ha intentado, pues, imponer por medio de la violencia —que en un uso captatorio del lenguaje denomina «lucha armada»— sus objetivos. Unos objetivos que pudiera perfectamente alcanzar a través de las urnas si llegara a convencer a los ciudadanos de la bondad de sus fines.

En alguna ocasión, ha procedido al inmediato asesinato de una persona que previamente había secuestrado, al no haber sido aceptada una concreta exigencia a los poderes públicos. Tal fue el caso del secuestro y pos-

terior asesinato, en julio de 1997, del Concejal del Partido Popular de la localidad vizcaína de Ermua, don Miguel Angel B. G. La organización terrorista reivindicó su secuestro y concedió al Gobierno español un plazo de cuarenta y ocho horas para que accediese a la reagrupación de todos los presos de la organización terrorista en las cárceles del País Vasco. Transcurridas las cuarenta y ocho horas, y pese a las manifestaciones masivas que en todos los lugares de España se produjeron, y pese a las peticiones de la mayoría de los líderes políticos, el concejal fue encontrado atado y con una herida de bala en las cercanías de Lasarte, muriendo pocas horas después.

Como complemento de estas acciones terroristas ha intentado crear un clima de terror y enfrentamiento mediante lo que ella misma denomina «Kale borroka» (lucha callejera). Una forma de terrorismo urbano en la que jóvenes encapuchados intimidan a la población civil quemando autobuses públicos, destruyendo mobiliario urbano, lanzando artefactos incendiarios contra las patrullas de la policía autónoma, etc. Muchos de estos jóvenes, después de una estancia relativamente breve en el desempeño de esa forma de terrorismo, han pasado a formar parte de la propia organización terrorista ETA.

Otra manifestación del efecto intimidatorio que producen el terrorismo y los grupos que le apoyan en nuestra patria, reside en que, con extrema frecuencia políticos, intelectuales, periodistas, jueces, profesores de universidad, etc. aparecen en carteles o pintadas en las paredes de las calles con una diana a su lado, en clara alusión al hecho de que constituyen uno de los objetivos de la organización terrorista. Esa realidad alcanza la mayor gravedad cuando luego esos nombres y direcciones aparecen en los documentos que son incautados por las fuerzas de seguridad a la organización terrorista ETA. Con bastante frecuencia, además, tales personas reciben cartas amenazantes en sus propios domicilios y en ocasiones sus coches particulares son quemados.

Esta situación de violencia y terror ciudadanos ha motivado que la mayoría de los personajes públicos del País Vasco tengan que disponer de escolta en su vida diaria, y que muchos de ellos, y un gran número de profesionales, se hayan visto también obligados a abandonar esta tierra por el temor fundado de sufrir personalmente o en sus familiares un atentado terrorista. El elevado número de atentados y amenazas que padecen los concejales y otros representantes políticos de los partidos nacionales (fundamentalmente del Partido Popular y del Partido Socialista Obrero Español) ha dificultado, en los últimos años, la búsqueda de candidatos que deseen incorporarse a las listas electorales, quedando cercenado de esa

manera el ejercicio del derecho fundamental de participación en actividades públicas.

Y todo esto acontece en un país, como España, que vive un régimen de democracia parlamentaria que garantiza la máxima tolerancia ante las ideas u opiniones de todo género, **en el que el advenimiento de la democracia fue acompañado de una amplia amnistía** y que en su Constitución alberga un reforzado sistema de protección de los derechos fundamentales de todos, tanto frente a posibles excesos en el ejercicio del poder como frente a las lesiones que los particulares pudieran causarles, y en el que ya desde las primeras elecciones constituyentes, en junio de 1977, las distintas opciones políticas han podido concurrir a los procesos electorales que regularmente se convocan, cualquiera que sea su ideología; incluso las de aquellas formaciones que han defendido un modelo distinto de organización territorial o han pretendido la sustitución del marco constitucional. Un país, por tanto, en el que la falta de legitimidad que de suyo acompaña al ejercicio de la violencia terrorista se encuentra además desprovista de cualquier clase de justificación por supuestas limitaciones en el ejercicio de derechos políticos.

SEGUNDO. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. INTRODUCCIÓN

TERCERO. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA PRACTICADA

CUARTO. SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS DENTRO
DE LAS PREVISIONES DE LA LEY ORGÁNICA REGULADORA
DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

I. Trascendencia de los hechos descritos en el apartado denominado «origen, naturaleza y circunstancias de los partidos políticos demandados»

Los hechos que describen la creación del partido Herri Batasuna por la organización terrorista ETA y su posterior sustitución por las organizaciones que le sucedieron (Euskal Herritarrok y Batasuna), así como todos aquellos otros hechos que son descriptivos de la intervención y control que ETA o KAS ejercían sobre dichos partidos, todos los cuales quedan relatados en el apartado cuyo encabezamiento queda expresado

en las líneas antecedentes, por lejanos en el tiempo que puedan parecer, y, por tanto, aunque de primera apariencia puedan reputarse como irrelevantes para este procedimiento por efecto del mandato constitucional de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos (artículo 9.3 de la Constitución), vienen en realidad a expresar un aspecto que posee capital importancia, cual es la verdadera naturaleza de la que todas estas organizaciones fueron externamente dotadas. Esa misma real dimensión fluye también del preciso contenido funcional que le fue encomendado desde ETA, en una decisión que comportaba un «desdoblamiento» o un reparto coordinado de responsabilidades entre la actividad terrorista y la política.

Esa real dimensión, esa realidad de «actividad coordinada», resulta (insistimos, pese a lo que inicialmente hubiera podido parecer) relevante a los efectos de la aplicación de algunas de las categorías normativas previstas en el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, Reguladora de los Partidos Políticos, y ello sin mengua alguna del mandato constitucional de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos que nuestra Constitución en su artículo 9.3 contiene, como pasará a razonarse.

Para aclarar el alcance de todas estas afirmaciones debe primeramente notarse que el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, reguladora de los Partidos Políticos, establece una regla general o frontis tras el cual se sitúan todas las demás. Dicho apartado establece, con aquella generalidad, que un partido político será declarado ilegal cuando «su actividad» (nunca sus ideologías) vulnere los principios democráticos, particularmente, indica dicha ley, cuando con esa misma actividad persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, y todo ello, además, mediante una serie de conductas en las cuales han de concurrir los atributos de reiteración y gravedad.

Entre tales conductas interesa ahora destacar el apartado c) de este inciso 2, donde se establece, como causa de ilegalización de un partido, el que éste complemente o apoye políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional. Y después, en un nivel adicional de concreción de todo este inciso 2, el que le sigue (inciso 3), pasa a describir una serie de conductas respecto de las cuales entiende que concurren tales circunstancias genéricas.

Lo primero que se debe indicar con respecto a esta proposición («se entiende que») es que posee un carácter aclaratorio o puramente especificativo de las previsiones más generales anteriores, pero en modo alguno, contrariamente a lo afirmado por la demandada en su escrito de contesta-

ción, alberga esa regla una norma que discipline el sistema de prueba y que introduzca una específica presunción. Es necesario insistir pues en el carácter puramente descriptivo o aclaratorio que la mención tiene.

Lo segundo que interesa ahora es que el apartado a) de este inciso 3 indica que se entenderá que en un partido político concurren las circunstancias expresadas cuando, entre otras, se produzca la repetición o acumulación de la conducta de «dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo». Por otra parte se erigen también en causas de ilegalización, que en algunos aspectos superponen la realidad que describen a la que se acaba de indicar, el «fomentar, propiciar o legitimar la violencia» o el acto de contribuir (debe entenderse que por cualquier medio) a «multiplicar los efectos de la violencia terrorista» (esta última mención contiene una prohibición de resultado que dentro de sí comprende la contribución a la penetración de los postulados de las organizaciones terroristas en la sociedad).

Pues bien, a la luz de las expresadas descripciones normativas debe concluirse ya que el reparto de tareas o funciones entre un grupo terrorista y un partido político, un reparto (hablar de **reparto** equivale a exigir que sea consciente y no meramente espontáneo o casual) que se traduzca en su «complemento» y «apoyo político», que «fomente, propicie o legitime» la violencia o «multiplique sus efectos» posibilitando su asunción por la sociedad, es una actividad que queda incurso en todas estas causas de ilegalización. Y es ésta una realidad típica que concurre en los tres partidos demandados (y decimos «los tres», pues todos ellos responden en realidad una única organización) a partir de la entrada en vigor de la Ley Reguladora de los Partidos Políticos.

La evolución o la trayectoria anteriores, que quedan cumplidamente descritas, no son, pues, más que la descripción de una realidad, de una dimensión, de una forma de ser, que permiten percibir la que es su verdadera naturaleza; una naturaleza verdadera que se transforma en causa de ilegalización al permanecer inmutable, con la necesaria reiteración y gravedad, a partir de la entrada en vigor de dicha Ley.

Todos los hechos previos a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002 son pues ilustrativos (solamente ilustrativos) de aquella real condición que los partidos políticos demandados poseen; la causa de su ilegalización, por incurrir en «complemento político» del terrorismo, por fomentar o propiciar la violencia o por aumentar su capacidad penetradora en la sociedad, surge del mantenimiento de esa misma realidad, inmutable, con posterioridad a la entrada de vigor de la ley. La efectividad o contraste probatorio de ese mismo mantenimiento (así como sus necesi-

rios atributos de persistencia y gravedad), se obtiene, eso sí, de los múltiples hechos en los que tales partidos han incurrido a partir de la entrada en vigor de la norma; hechos que han quedado descritos en el apartado II del relato de los que se consideran probados, y hechos que a partir de ahora serán objeto de estudio desde la perspectiva de sus individuales adecuaciones a las previsiones típicas; pero todos ellos hechos, conjuntamente valorados, capaces de poner de manifiesto que lejos de haber experimentado modificación alguna en sus formas de ser, todos esos partidos han continuado ejecutando idéntico designio de reparto funcional con el terrorismo.

El apartado 2 del artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, en respeto de aquel valor superior del Ordenamiento Jurídico español que es el pluralismo político, para producir un efecto tan grave como es la ilegalización de un partido político, no se conforma con que se presenten actos episódicos o aislados que puedan ser subsumibles en previsiones normativas. Contrariamente, requiere que los actos se realicen de forma «reiterada y grave». Por ello su exposición de motivos indica que la norma pretende conciliar, con extrema prudencia, la libertad inherente al máximo grado de pluralismo con el respeto a los derechos humanos y la protección de la democracia. E indica también que uno de los principios tomados en consideración es el de «evitar la ilegalización por conductas aisladas», exigiéndose, por el contrario, una «reiteración o acumulación de acciones que pongan de manifiesto inequívocamente toda una trayectoria de quiebra de la democracia y de ofensa a los valores constitucionales, al método democrático y a los derechos de los ciudadanos».

Ambos requerimientos legales de **reiteración** y **gravedad** también se hallan presentes en el hecho de haber persistido, después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002, con un reparto funcional entre la actividad terrorista y la política.

En lo que atañe a la **reiteración** de las conductas, debe notarse que la realidad ante la que el Tribunal se encuentra es de «personificación de función», esto es, de creación de unas estructuras para el desarrollo constante de la función de la «Unidad Popular», correspondiente a su vez con la tarea de complemento político del terrorismo. Ello hace que los hechos típicos adquieran el carácter de actos de naturaleza **permanente**, pues en ellos la reiteración da un salto cualitativo, como se dice, en favor de un estado de permanencia.

Ninguna duda existe tampoco con respecto a la **gravedad** de esta conducta cuando lo evidenciado a través de la oportuna prueba, de actos posteriores a la entrada en vigor de la ley, no es la aparición de apoyos coyun-

turales ante sucesos de sólo relativa relevancia, sino que aquella permanencia de los apoyos al terrorismo no ha sufrido atenuación alguna ante actos violentos de gravísima entidad, como los múltiples asesinatos.

De esta permanencia de la situación descrita después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002, permanencia que revela el conjunto de hechos posteriores al 29 de junio de 2002 que hemos declarado probados, se deriva la concurrencia de la causa de ilegalización prevista en el artículo 9, apartado 2, letra c), y apartado 3, letra a), en relación también con la proposición primera de la letra b) del citado apartado 2 y al último de la letra c) del mismo apartado de aquella misma ley.

II. Subsunción, individual y conjunta, en las previsiones de la Ley Orgánica 6/2002, de los grupos de hechos producidos con posterioridad a su entrada en vigor

Un adecuado análisis de la manera en que debe producirse la subsunción de todos los grupos de conductas que a partir de ahora se expresarán en las previsiones contenidas en el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, Reguladora de los Partidos Políticos, aconseja ahondar en la línea apuntada en el apartado precedente.

Como ha quedado indicado, de las relaciones de complementariedad existentes entre las distintas determinaciones del inciso 3 y todo su anterior 2 se obtiene que algunas de las conductas descritas tienen un contenido más genérico, como las de «complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines», mientras que otras poseen un substrato mucho más preciso o, si se quiere, en ocasiones hasta instrumental respecto de las anteriores; o dicho de otra manera, que además de resultar incardinables en un concreto precepto, producen, y más cuando surgen agrupadamente y de manera continua, un efecto de complemento político del terrorismo y por ello pasan a ubicarse en un precepto de mayor generalidad.

Dentro de este grupo de conductas que hemos llamado instrumentales reina además una amplia heterogeneidad, pues tanto se contienen allí verdaderas acciones como resultados que son prohibidos (sería algo parejo a los llamados «tipos prohibitivos de causar») con independencia de las acciones que pudieran darles lugar. Un ejemplo de esto último es la contribución a la multiplicación de los efectos de la violencia terrorista, con respecto a la cual la Ley prescinde de relatar los modos en los que esa contribución haya de tener lugar.

Todas estas consideraciones vienen ahora al caso porque si bien los distintos grupos de conductas que a partir de ahora se citarán pudieran merecer cómoda e individual (aislada) subsunción en cualquiera de los apartados del número 3 siempre aludido, lo cierto es todos ellos, conjuntamente considerados, van a suponer, sin ningún género de dudas, una actividad de complemento político, consciente y reiterado, de la actividad terrorista a través de la política, y en esa condición serán incardinables en el 2.c) del mismo artículo y, en cuanto sea su concreción, en el 3.c).

Sólo de esta manera llegan a entenderse en su justa dimensión, y también alcanzan adecuado tratamiento, las conductas que se dirán; conductas que individualmente apreciadas pudieran llevar a creer en la presencia de hechos aparentemente inocuos para el Derecho, pero que sin embargo, cuando son realizadas en ejecución de un designio previo de complemento político del terrorismo, y además, cuando su realización está tendencial y objetivamente encaminada («persiga» dice la ley) a deteriorar o destruir el régimen de libertades, llegan a ser percibidas en su verdadera realidad.

Eso ocurre del modo más patente cuando, por ejemplo, se enmarcan, en una estrategia consciente de **contextualización**, los asesinatos dentro de un supuesto conflicto preexistente.

Pues bien, esas conductas, que si fueran analizadas separadamente probablemente llevarían a declarar que están realizadas en el puro marco de la libertad de expresión y el derecho que todo ciudadano tiene, en un contexto de amplio pluralismo, incluso a errar en sus percepciones políticas, sin embargo, **cuando son ejecución de una estrategia marcada desde el terrorismo se convierten en una manifestación más de aquel reparto consciente de tareas con él.** Y cuando además, en vez de fluir libres de la propia convicción, «persiguen» (como el encabezamiento del inciso 2 del artículo 9 describe) deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, adquieren la condición de extraordinariamente relevantes para el Derecho y se convierten en motivo de ilegalización.

Ninguna duda existe por tanto para esta Sala, como ya ha quedado cumplidamente desarrollado en el Fundamento Jurídico Primero de esta Sentencia, sobre el hecho de que el pluralismo político, entendido en su máxima expresión, como nuestra Constitución exige, ampara incluso a las opiniones o juicios discrepantes, incómodos y hasta errados. Pero, como decimos, todo ello es cosa bien distinta de la ejecución coordinada de una estrategia, con un grupo terrorista, para posibilitarle la consecución de sus propósitos lesivos de los derechos fundamentales.

No se olvide, además que, a la hora de efectuar este análisis, la posición en la que los partidos demandados se encuentran, ocupando el primer plano de la actividad política y con técnicos a su disposición para el trazado de sus estrategias (lo que no supone negar que, como ya se ha dicho, con frecuencia esas mismas estrategias hayan sido diseñadas desde la banda terrorista ETA). Esa posición tiene por efecto la producción de un conjunto probatorio en el cual, en ocasiones, la contundencia y claridad de los mensajes que los documentos internos albergan se ve después enturbiada por algunas actitudes y posiciones públicas de sus representantes o miembros más caracterizados. Tampoco es infrecuente la presencia simultánea de documentos de un contenido irreprochable (como aquellos que la demandada Batasuna transcribe en la página 14 de su escrito de contestación a la demanda pero cuyo nivel de difusión pública la Sala ignora) junto a otros documentos, o en unión de declaraciones o actos, que llaman a la violencia de modo explícito o legitiman los más graves asesinatos. Pues bien, los autores de aquellos actos, como es de lógica estricta entenderlo, intentan hasta el límite de lo posible trasladar a la sociedad sus postulados de ruptura y sus actos de llamamiento y legitimación de la violencia terrorista y al propio tiempo evitar una acción directa de la Justicia que pudiera estar asentada en aquellos mismos hechos aislados. Eso ha podido dar lugar, como se dice, a la producción de ciertos mensajes, en ocasiones equívocos (cuya equívocidad por cierto ha sido aprovechada por su representación procesal en los presentes autos), los cuales son, sin embargo, perfectamente entendidos por la sociedad en su verdadero alcance, ya que ésta bien conoce el contexto social en el que se producen y la evolución histórica de los partidos demandados.

De la misma manera que lo hace el Tribunal Europeo de Derechos humanos nos hemos ocupado de los actos de naturaleza ambigua o equívoca en los que una actividad antijurídica es presentada con apariencia de legalidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dice en este sentido en su Sentencia reciente de fecha 13 de febrero de 2003, cuyo valor jurisprudencial alcanza especial significación por el hecho de haber sido dictada en Gran Sala y por unanimidad: «El Tribunal considera que (...) **reinaba cierta ambigüedad en la terminología utilizada** en cuanto al método a emplear para acceder al poder político. En todos estos discursos, se mencionaron la eventualidad y la posibilidad de recurrir «legítimamente» a la fuerza con el fin de superar diversos obstáculos en la vía política contemplada (...) para acceder al poder y permanecer en el mismo. (...) **Si bien es verdad que los dirigentes (...) no han pedido en documentos gubernamentales la utilización de la fuerza y de la violencia como medio**

político, tampoco se han apartado, concretamente en su momento, de los miembros del [partido] que sostenían públicamente el recurso potencial a la fuerza contra las políticas que les fueran desfavorables. Por lo tanto los dirigentes [del partido demandado] no han suprimido la ambigüedad que caracterizan estas declaraciones en cuanto a la posibilidad de recurrir a los métodos violentos para acceder al poder y permanecer en el mismo...» (véase, mutatis mutandis, la Sentencia Zana c/ Turquía de 25 de noviembre de 1997).

Asigna la presente Sala a esta Sentencia un importante valor ya que no sólo legitima la adopción de decisiones de ilegalización de un partido político por el hecho de lanzar mensajes ambiguos o poco claros sobre la violencia (pese a que en nuestro país esa falta de claridad tenga un nivel significativamente menor que el apuntado en la Sentencia, pues aquí las llamadas a la violencia son mucho más explícitas) sino, más aún, en cuanto declara existir un verdadero deber jurídico de actuar en alejamiento de todos aquellos mensajes de naturaleza equívoca (lo que en modo alguno ha sucedido en nuestro país) por los partidos que pretendan ejercer su relevante tarea dentro de una democracia. Este deber tendrá evidente utilidad cuando se trate de analizar la trascendencia de las negativas a la condena de atentados.

La bondad del empleo de aquel sistema de tratamiento conjunto de la evolución y actividades de los partidos políticos demandados, como única fórmula para percibir su verdadera naturaleza, ha sido también sancionada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su Sentencia de fecha 13 de febrero de 2003 (asunto Partido de la Prosperidad y otros contra Turquía) ha declarado: «... **El conjunto de estos actos y tomas de posición, siempre que formen un todo revelador del fin y de las intenciones del partido,** puede tenerse en cuenta, en el procedimiento de disolución de un partido político (Sentencias antes citadas Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c/ Turquía, y Partido Socialista y otros c/ Turquía)»...

La parte demandada, sabedora de que ese análisis de conjunto es uno de los principales escollos que debe batir, le dedica una buena parte de su escrito de conclusiones. Sin embargo, como se dice, esa técnica de inferencia conjunta del resultado de las pruebas y la plasmación que el convencimiento que de ella deriva en pos de un precepto englobador de actos parciales, no sólo no ostenta defecto alguno de legalidad sino, bien al contrario, ha sido sancionada, como acomodada a la real naturaleza y actuación de los partidos políticos, y como ajustada al derecho a constituir y formar parte de partidos políticos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por fin, sólo a la luz de todas estas consideraciones se explica en sus justos términos todo lo que anteriormente quedó expuesto sobre la evolución y verdadera naturaleza de los partidos demandados, donde se describe su verdadera dimensión y donde se aportan las claves para su justa comprensión.

Pues bien, con arreglo a todo lo expresado, la Sala declara que todas las conductas que a partir de ahora se citarán, globalmente consideradas, integran la letra c) del apartado 2 del artículo 9 de la Ley, a saber: «Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública».

Una vez dicho lo anterior, pasará la Sala a efectuar un análisis más singularizado de determinados grupos de conductas.

QUINTO. REPROCHES DE INCONSTITUCIONALIDAD QUE BATASUNA PLANTEA EN SU ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

El representante legal del partido político Batasuna cuestiona la constitucionalidad de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, tanto en su conjunto como de manera particular varios de sus preceptos, solicitando de este Tribunal, al amparo del art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. Y ello por entender que la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, norma de cuya validez depende la decisión que debe recaer en el presente procedimiento, resultaría contraria a varios preceptos de nuestra Constitución.

Antes de otra consideración conviene dejar sentado que peticiones como la presente no obligan al órgano judicial a plantear la cuestión solicitada, de modo que la decisión de promoverla corresponde en exclusiva al Tribunal, lo que además sólo hará cuando tenga dudas reales acerca de la contradicción entre la Ley que ha de aplicar y la Constitución. El hecho de que la cuestión pueda plantearse «de oficio o a instancia del interesado», según dispone el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, no supone reconocer a las partes en el proceso un papel relevante en la decisión de su planteamiento. Como ha señalado una reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional, «el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no concede un derecho a las partes al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que establece el artículo 163 de la Constitución española, sino únicamente la facultad de

instarlo de los órganos judiciales, a cuyo único criterio la Constitución ha confiado el efectivo planteamiento de aquélla» (Sentencia 130/1994, de 9 de mayo). En definitiva, se trata de una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial, que sólo debe ejercitar cuando aprecie dudas efectivas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso que debe resolver, y además sólo cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional, como recuerda el artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por otra parte, al tiempo de abordar esta labor de enjuiciamiento reservada al presente Tribunal, cobra una especial relevancia la Sentencia dictada recientemente por el Pleno del Tribunal Constitucional 48/2003, de 12 de marzo, en la que vino a desestimar el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno Vasco contra diversos preceptos de dicha Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los Partidos Políticos. Y ello por cuanto de conformidad con el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional existe un deber de todo órgano jurisdiccional de hacer efectivas y cumplir en sus propios términos las Sentencias dictadas en los recursos de inconstitucionalidad, como manifestación positiva del efecto de cosa juzgada, tomando además en consideración sus pronunciamientos y la interpretación realizada de todos aquellos preceptos legales llamados a ser aplicados en el procedimiento de que se trate. Además, aun cuando resulte formalmente posible, en una interpretación «sensu contrario» del artículo 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la norma que ya ha sido objeto de un recurso previo de inconstitucionalidad que concluyó con un pronunciamiento desestimatorio, lo cierto es que ello sólo cobra sentido si el Tribunal, después de analizar las razones tomadas en consideración por la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, y de confrontarlas con las concurrentes en el caso enjuiciado, aprecia la existencia de nuevos motivos, no analizados en aquélla, o, incluso, consecuencias concretas o posibles interpretaciones que pasaron inadvertidas en el enjuiciamiento de la ley; y siempre, claro está, que en tales casos albergue una duda real y efectiva sobre la constitucionalidad de alguno de los preceptos legales que está llamado a aplicar.

Se trata, por tanto, de analizar si, a la vista de los elementos reseñados, las dudas de constitucionalidad invocadas por el demandado justifican, a juicio de este Tribunal, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto del total de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, o de alguno de sus preceptos.

Cabe anticipar, sin perjuicio de proceder a un análisis más detallado, que los pronunciamientos contenidos en la Sentencia del Tribunal Cons-

titucional 48/2003, de 12 de marzo, dan respuesta a la práctica totalidad de las dudas de inconstitucionalidad planteadas por el demandado en el procedimiento que nos ocupa, al ser sus argumentos esencialmente coincidentes con los motivos que justificaron la interposición del recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno Vasco, por lo que este Tribunal asume en su integridad los razonamientos contenidos en dicha Sentencia, con independencia de los que a continuación se exponen, y todo ello sin perjuicio de pronunciarse expresamente sobre todos aquellos motivos o argumentos concretos que no hayan sido abordados en la citada Sentencia.

El demandado expone, primero de forma extensa en su contestación a la demanda y posteriormente de forma mucho más concisa y esquemática en su escrito de alegaciones finales, los motivos que deben llevar a este Tribunal a dudar de la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Partidos Políticos y de algunos de sus preceptos. Y al hacerlo se advierte una cierta contradicción entre lo solicitado en ambos escritos. De modo que si analizamos el escrito de contestación a la demanda se aprecia que muchas de las razones que a su juicio justifican el planteamiento de las dudas de constitucionalidad de la Ley en su conjunto no aparecen recogidas, sin embargo, en el breve resumen que se contiene en su escrito de alegaciones finales, y, por el contrario, en este último se solicita el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de preceptos no mencionados o sólo apuntados de forma genérica en el escrito de contestación; si bien, es cierto, en este último caso la alegada vulneración de derechos fundamentales está carente de toda motivación, habiéndose limitado dicha demandada a su enunciado, pero sin aportar razonamiento alguno que permita a este Tribunal conocer las razones que, a su juicio, justifican la contradicción entre ese precepto y los derechos fundamentales invocados. En estas circunstancias, y dado que el escrito de alegaciones finales, en este punto, pretende ser un mero resumen de lo ya argumentado en la contestación a la demanda, a cuya fundamentación jurídica se remite y tiene íntegramente por reproducida, y dado que, en definitiva, el verdadero hilo argumental de las razones que le hacen dudar de la constitucionalidad de la norma se contienen y desarrollan en aquel escrito de contestación a la demanda, resulta procedente centrarse en los motivos aducidos en éste, con el fin de determinar si el Tribunal alberga duda alguna de constitucionalidad, en los términos que le han sido planteados.

Por ello, para el adecuado análisis de los distintos motivos planteados, seguiremos el orden argumental fijado en la contestación a la demanda y sintetizaremos sus argumentos en los siguientes apartados:

1.º Límites constitucionales a la actividad exterior de los partidos políticos

Con carácter general el demandado cuestiona la posibilidad de que la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, pueda establecer límites al derecho de asociación que sean distintos de los contemplados en el artículo 22 de la Constitución, dado, indica, que el artículo 6 de esta misma Norma Suprema tan sólo contiene una habilitación constitucional que referida a la organización y funcionamiento interno de los partidos. Estima, por ello, que el único límite constitucionalmente admisible respecto de la actividad externa de los partidos políticos será la incursión en alguno de los tipos previstos en el Código Penal, que en consecuencia el control de la actividad de los partidos hacia el exterior sólo puede ser un control de legalidad penal, y llega a la conclusión de que no resulta constitucionalmente legítima la disolución de un partido político por motivos distintos a su ilicitud penal.

Este Tribunal no comparte sin embargo ni el razonamiento ni la conclusión a la que llega demandada, y, en consonancia con lo afirmado en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 48/2003, ratifica que el reconocimiento constitucional de los partidos políticos en el artículo 6 de la Constitución, como manifestación específica y cualificada del derecho de asociación, introduce límites y condiciones adicionales que aparecen referidos no sólo a la exigencia de posesión de estructura y funcionamiento democráticos, sino también al desenvolvimiento de su actividad «dentro del respeto a la Constitución y a la Ley», exigencia que se corresponde con la importante función que en un régimen democrático le es atribuida. Y ello por cuanto, en palabras del Tribunal Constitucional, «la relevancia constitucional de los partidos les viene dada por pretender un fin cualificado de interés público y de cuya aspiración se sirve el Estado para proveer a la integración de los procedimientos de formación de la voluntad general. La libertad característica de las asociaciones, y de la que los partidos también disfrutaban, no puede ser para éstos tan omnímoda que a su amparo se desvirtúen como instrumentos para la consecución de sus fines constitucionales (...)». A ello añade: «concluir que los partidos sólo están sometidos a los límites del artículo 22 de la Constitución Española sería tanto como admitir que las previsiones del artículo 6 se agotan en el contenido de una norma no sancionada, lo que es tanto como decir, simplemente, en una proposición no normativa. Otra cosa será que la concreta disciplina legal de los partidos, en lo que se aparte del régimen normativo de las asociaciones comunes, establezca límites confor-

mes con el propio art. 6 de la Constitución. Límites entre los que no sólo figura, como afirma el Gobierno Vasco, el de la obligación de tener una estructura y un funcionamiento democráticos, sino también, y como cuestión previa, el de respetar los cometidos que ese precepto enumera como definidores de la condición de partido político. Que el constituyente haya descartado encomendar la garantía del respeto del artículo 6 de la Constitución Española por parte de los partidos al Tribunal Constitucional (como ya recordamos en la STC 3/1981, de 2 de febrero, F. 11) no significa, obviamente, que se haya descartado dicha garantía en sí; únicamente que su verificación ha de corresponder al Poder Judicial ordinario en tanto no se establezca otra cosa».

De los razonamientos expuestos deriva que sea perfectamente posible que la ley introduzca límites a su actividad que sean distintos de los contemplados en el Código Penal, con tal de que tales límites sean conformes con la naturaleza de los partidos políticos y permitan el normal desenvolvimiento de la actividad que la sociedad democrática les ha encomendado.

2.º La Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, no es una ley singular o *ad casum*, que tenga como exclusiva finalidad ilegalizar al partido político Batasuna

El partido demandado sostiene en otro momento que no estaríamos en presencia de una Ley en sentido material, pues la Ley Orgánica 6/2002 no sería una norma jurídica de carácter general que pretenda en efecto regular la creación de partidos y establecer un régimen general de funcionamiento de los mismos, sino una regulación singular o particular y, por tanto, de excepción, confeccionada de modo especial para Batasuna.

Tampoco comparte sin embargo este Tribunal las dudas de constitucionalidad que dicha representación aduce respecto a que la única finalidad de la Ley sea disolver los partidos políticos ahora demandados.

El legislador ha pretendido dotar a nuestro Ordenamiento Jurídico de una Ley postconstitucional que establezca el régimen jurídico de los partidos políticos en una sociedad democrática, cubriendo de ese modo las importantes lagunas que a este respecto existían. Y al tiempo de establecer esta regulación lo ha hecho de forma general y con vocación de futuro, sin que los efectos o el alcance de la norma se agoten con la aplicación a un caso en concreto. El hecho de que la citada norma haya dedicado una atención especial a regular las conductas, y las consecuencias jurídicas que estas se anudan, de aquellos partidos que despliegan una actividad que puede consi-

derarse contraria a los principios democráticos y a los derechos humanos y, de forma especial aunque no exclusiva, de aquellas actividades partidistas que prestan apoyo a la violencia y a las actividades terroristas, es fruto de una doble consideración que la propia Ley detalla en su Exposición de Motivos: por un lado, la existencia de una importante laguna en esta materia que se trata de cubrir; por otro, la experiencia acumulada en estos últimos años en la lucha contra el terrorismo. Pero esto no hace que la norma incurra en vicio de inconstitucionalidad por participar de las características de una ley singular o «ad casum» sino que trata de responder a las necesidades sociales y jurídicas existentes. Las normas no surgen en el vacío sino que son fruto de la experiencia histórica y de las vivencias y problemas de un pueblo, y por ello nacen para dar respuesta a los problemas concretos y a las situaciones presentes y futuras que una sociedad demanda.

Nuestro Tribunal Constitucional tampoco alberga dudas a este respecto. Por ello ha señalado que «... la Ley impugnada no sólo es general formalmente por el modo en que se halla formulada; sino que también lo es materialmente, en tanto contempla, en abstracto, una serie de conductas cuya realización en forma «reiterada y grave» podría determinar la disolución de cualquier partido presente o futuro. La Ley Orgánica 6/2002 no es el resultado de un ejercicio excepcional de la potestad legislativa del Estado, como sostiene el Gobierno Vasco, sino que su generalidad y abstracción hacen de ella expresión de un ejercicio correcto y normal de la función normativa. En efecto, la Ley Orgánica 6/2002 es una Ley de Partidos Políticos, en la que se disciplina y regula con perfecta abstracción y generalidad cuanto afecta al régimen jurídico de estas singulares asociaciones, con la salvedad de las cuestiones relativas a su financiación y control contable, que la propia Ley Orgánica remite, en su art. 13, a lo previsto en la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos, y a la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y a la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento de dicho Tribunal. En este sentido, la Ley Orgánica recurrida constituye la primera regulación jurídica de ese régimen general dictada tras la entrada en vigor de la Constitución, y deroga la anterior Ley de Partidos (Ley 54/1978, de 4 de diciembre) y los preceptos vigentes de la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el Derecho de Asociación Política. Estas Leyes preconstitucionales fueron fruto de su tiempo, que fue el de la transición de un Estado no constitucional y de partido único a un Estado constitucional y democrático de Derecho basado en el valor del pluralismo, del que los partidos políticos son expresión significada. Se explica así la parquedad de aquellas regulaciones y, sobre todo, su especial atención al momento de la creación e inscripción registral de los

partidos. También la Ley impugnada responde a las necesidades del tiempo en que se ha dictado, que no es ya el del establecimiento e incipiente consolidación de los partidos políticos, sino el de la garantía del régimen plural de partidos frente a los grupos y asociaciones que pretendan desvirtuarlo con la utilización de medios violentos y al margen de la legalidad.

La maduración constitucional, tras las primeras etapas del Estado instaurado con la Constitución, ha permitido que la nueva Ley de Partidos desarrolle en mayor detalle las cuestiones del régimen general de los partidos políticos referidas a su creación, organización, estructura y funcionamiento. Pero, como reconoce el Abogado del Estado, «no cabe negar, puesto que es notorio», que la configuración de buena parte del art. 9 «se ha hecho teniendo en cuenta la trayectoria y actividad de un notorio partido político vasco, que ha dado lugar al primer supuesto de aplicación del procedimiento del art. 11 LOPP, en trámite cuando estas líneas se escriben». Ello, sin embargo, no abona la calificación de la Ley como una ley de caso único. La percepción por el legislador orgánico de que una formación política determinada puede ser contraria, en su actividad y con sus comportamientos, al modelo de partido que tiene encaje y cobertura en la Constitución puede perfectamente erigirse en ocasión para la adopción de una ley como la recurrida, pero lo que determinará su constitucionalidad o inconstitucionalidad no será el acierto de esa percepción circunstancial, sino el alcance objetivo de la ley finalmente adoptada, cuya ratio no se limita a reflejar las inquietudes de la ocasión, sino que se acomoda a la racionalidad objetivada del ordenamiento constitucional.

El examen del art. 9 LOPP arroja una conclusión contraria a la defendida por el recurrente. Los comportamientos y actividades descritos en sus apartados 2 y 3 podrán, en su caso, por su generalidad y abstracción, proyectarse sobre cualquier partido, cualesquiera que fueren sus fines, aspiraciones o ideologías. Y ello porque, según hemos dicho en fundamentos anteriores, el precepto no atiende a fines, sino a la actividad antidemocrática desplegada para alcanzar los que libremente se haya marcado un partido pero al margen de los procedimientos legalmente instaurados. Se contempla, pues, el caso del partido político que con su actividad demuestra no ser el instrumento de participación a que se refiere el art. 6 CE. Lo determinante no es el fin, sino, precisamente, la conducta contraria a las reglas del juego democrático. A la generalidad y abstracción de la Ley se corresponde la previsión de un procedimiento judicial en el que habrá de concretarse la efectiva concurrencia de las causas de disolución descritas en aquellos términos. No hay, pues, nada parecido a una asunción de funciones jurisdiccionales por parte del legislativo, pues la norma adoptada por este último exige una aplicación individualizada que la Ley misma

confía al Poder Judicial ordinario. Los órganos judiciales no quedan convertidos en meros ejecutores de una decisión legislativamente acordada en todos sus extremos, sino que, en ejercicio de la función jurisdiccional que la Constitución les confía, sólo reciben del legislador los márgenes normativos en los que han de fundar una decisión que sólo a ellos cumple concretar a partir de lo acreditado en un proceso con todas las garantías».

3.º La Ley no vulnera los principios de legalidad y seguridad jurídica contenidos en el art. 9.3 CE

El demandado aduce, en tercer lugar, que las conductas descritas en el art. 9 apartados 2 y 3 de la Ley atentan contra los principios de legalidad y seguridad jurídica, que exigen concreción, precisión y taxatividad a la hora de fijar los supuestos que habiliten la ilegalización de un partido y sin embargo, a su juicio, las conductas descritas en estos preceptos, especialmente las contenidas en el apartado 3, incurren en una excesiva vaguedad que lo convierten en un «cajón de sastre» dejando un amplio margen de arbitrariedad a la Sala del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que unido a la extrema subjetividad en su posible apreciación conlleva una extrema inseguridad jurídica.

También en este punto hemos de rechazar las dudas de constitucionalidad planteadas por el demandado. Y ello, en primer lugar, porque, tal y como señala el Tribunal Constitucional, aun cuando «ciertamente los supuestos comprendidos en el art. 9 no tienen el grado de concreción que resultaría de haberlos delimitado con términos puramente descriptivos» en esta materia «nos encontramos ante una constante en lo que al derecho comparado se refiere en materia de legislación antiterrorista, es decir, la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista» (STC 136/1999, de 20 de julio). Es por ello que el Tribunal Constitucional, al tiempo de analizar una alegación similar realizada por el Gobierno Vasco en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley, concluya que «la tutela frente al terrorismo comporta un coste en la determinación de la conducta; pero, atendiendo a las consideraciones expuestas, ese coste no nos aboca a una situación en la que resulte imprevisible para los partidos calcular las consecuencias jurídicas de su conducta».

Tampoco debe olvidarse, en segundo término, que las conductas descritas en el número 3 del artículo 9 hay que ponerlas en relación con el

numero segundo de ese mismo precepto, de forma que la posible interpretación y aplicación de las actividades descritas en el apartado tercero son una especificación de los comportamientos básicos y muy graves que, a modo de descripción general de conductas que vulneran los principios democráticos, se contienen en el apartado segundo. De ahí que ante las eventuales dudas que pudiesen surgir al analizar tales supuestos debe tenerse siempre presente que se están contemplando tales actividades en cuanto reveladoras de una conducta que «vulneran sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales», «fomentan o propician la violencia...» o «complementan y apoyan políticamente la acción de las organizaciones terroristas», en los términos que se detallan en estos preceptos. Conjunción que diluye el apuntado riesgo de convertir tales preceptos en un «cajón de sastre» que permita un amplio margen de arbitrariedad al Tribunal, al estar este último también vinculado con esta interpretación sistemática y con el espíritu y finalidad que persigue esta norma.

Ambas consideraciones sirven a este tribunal para rechazar las dudas de constitucionalidad planteadas por el demandado pues, con los límites ya apuntados, los partidos políticos pueden alcanzar un grado suficientemente fiable de previsibilidad y los jueces llamados a aplicarlas de conocimiento que les permitan disipar el reproche de inseguridad jurídica alegado.

4.º La Ley no vulnera el principio *non bis idem*

El demandado considera que los artículos 9.2 y 3 de la LOPP vulneran el principio «non bis in idem». A tal efecto, razona que existe una identidad entre los hechos definidos en estos apartados y los tipos descritos en distintos preceptos del Código Penal, coincidiendo también en el bien jurídico protegido en ambos supuestos y en la respuesta punitiva prevista —la disolución del partido—. Asimismo, argumenta sobre la existencia de una clara coincidencia de dos procedimientos sancionadores para unos mismos hechos, sin que establezca una regla de subordinación entre órdenes jurisdiccionales, sino que, al contrario, se prevé que ambos continúen hasta su finalización produciendo cada uno de ellos los correspondientes efectos (art. 10.6 LOPP). De ahí extrae como conclusión que existe una clara vulneración del principio «non bis in idem» al no respetarse las dimensiones material y procesal de este principio. En síntesis, la demandada entiende que la Ley Orgánica 6/2002 vulnera el principio «non bis in idem» pues se establecen dos procedimientos sancionadores para unos mismo hechos y no se determina al mismo tiempo una regla de subordinación entre los órdenes jurisdiccionales.

Este Tribunal no comparte los argumentos ni la conclusión que le llevan al demandado a cuestionar la constitucionalidad de los citados preceptos de la LOPP, a la luz de la vulneración del principio «non bis in idem». Y ello con independencia que se aprecie una cierta contradicción en el hecho de cuestionar la constitucionalidad de estos mismos preceptos por entender que recogen conductas que no constituyen ilícitos penales para a continuación argumentar que la vulneración constitucional se produce precisamente por el hecho de que exista una identidad entre los hechos definidos en estos apartados y los tipos descritos en distintos preceptos del Código Penal.

Con carácter general, cabe señalar que el principio «non bis in idem» parte de la existencia de una triple identidad: de sujeto, hecho y fundamento. Y ello tanto en su faceta sustantiva como en la procesal, pues la garantía consiste en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, el mismo sujeto, por los mismos hechos y con el mismo fundamento.

La impugnación, ya desestimada por el Tribunal Constitucional, carece de fundamento, pues, suponiendo que se tratara de los mismos hechos, las consecuencias jurídicas previstas en el Código Penal y en la Ley Orgánica 6/2002 no pueden nunca recaer sobre el mismo sujeto jurídico. En efecto, las sanciones penales y las medidas previstas en la Ley Orgánica 6/2002 recaen sobre distintas personas. Las penales sólo recaen y sólo pueden recaer en personas físicas. Las previstas en la Ley Orgánica 6/2002 se deben aplicar sólo a personas jurídicas y con independencia de si se imponen sanciones penales a algún sujeto individual. Consecuentemente, no existe ninguna infracción del principio «non bis in idem», dado que en ningún caso las diferentes consecuencias jurídicas pueden recaer sobre el mismo sujeto.

Sentadas estas bases, fácilmente se desprende que la posibilidad de incurrir en una posible vulneración de este principio con incidencia constitucional esta condicionada, como premisa previa, a la existencia de la triple identidad a la que nos hemos referido (sujeto, objeto y fundamento) y al ejercicio de la potestad punitiva del Estado en dos momentos diferentes. Pues bien, en el caso que nos ocupa, como acertadamente ha señalado la STC núm. 48/2003, faltan ambas premisas.

5.º La Ley no vulnera el derecho de asociación (art. 22.2 CE)

Esta infracción del derecho fundamental invocado se produce, al parecer del demandado, en cuanto que el art. 9.3 de la LOPP declara ilícitas

actividades partidistas que no constituyen ilícitos penales. Y ello por cuanto, nuestra Constitución no permite en el art. 6 un control de los partidos políticos similar a la democracia militante del art. 21.2 de la Ley Fundamental de Bonn y en esa medida no existen otros límites a la actividad de los partidos que los derivados de la Ley penal. Partiendo de esta premisa, y dado que en la LOPP existen supuestos de ilegalidad de un partido político que no son conductas tipificadas como delito, considera que existe una clara vulneración del art. 22.2 CE.

Esta inicial afirmación la completa con la enumeración de algunos supuestos que estando recogidos entre las conductas susceptibles de generar la ilegalización según el art. 9.3 de la LOPP no son, sin embargo, delictivas, para posteriormente afirmar que estas conductas también violan otros derechos fundamentales.

Este Tribunal, en consonancia con el criterio sustentado por el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 48/2003, ya ha tenido la oportunidad de razonar en anteriores apartados sobre la constitucionalidad de la LOPP, y en especial de su art. 9, en cuanto introduce límites referidos actividad externa de los partidos distintos de los contemplados en el Código Penal llegando a la conclusión de que la regulación contenida en el art. 9 es conforme con los artículos 6 y 22 de nuestra Constitución, razonamientos que damos aquí por reproducidos. Es por ello que procede centrarse en los reproches que el demandado dirige a determinados apartados del art. 9. 3 en relación con otros derechos fundamentales.

A tal efecto, menciona las siguientes:

El artículo 9.3.c) de la LOPP, al tipificar como conducta que puede llevar a la ilegalización de un partido la mera inclusión en sus órganos directos o en las listas electorales de un partido político a personas condenadas por delitos de terrorismo infringe, a su juicio, el derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), el de reinserción social y el principio de proporcionalidad (art. 25 CE).

En este sentido, el demandado razona que esta extensión de los efectos en el tiempo, más allá de la pena e incluso de la cancelación de los antecedentes penales, equivalente a una pena accesoria sin límite de duración que plantea un problema de constitucionalidad. Además, al exigirse el rechazo público no sólo de los medios terroristas sino de los fines se conculca la libertad ideológica (art. 16.2 CE) y el propio art. 25.2 CE en cuanto no busca la reinserción social del delincuente. Considera, asimismo, que esta medida es desproporcionada máxime si se compara con las consecuencias que se derivan del art. 4.6 de la Ley Orgánica del Derecho de Asociación.

Alegaciones estas que, referidas a este mismo precepto, han sido objeto de una especial consideración en la STC 48/2003, en la que se descarta que el mismo pueda ser considerado contrario al principio de proporcionalidad y a los derechos de libertad de expresión, libertad ideológica y de asociación.

La citada sentencia comienza por señalar que cuando el art. 9.3 c) se refiere a la acción de «incluir regularmente» en los órganos directivos y listas electorales a personas condenadas por delitos de terrorismo, esta exigiendo una conducta dilatada en el tiempo que reviste una singular gravedad, concediendo relevancia de cara a su posible disolución a las que evidencien una decidida incompatibilidad con los medios pacíficos y legales inherentes a los procesos de participación política para los que la Constitución demanda el concurso cualificado de los partidos políticos, lo cual no sólo es conforme con la Constitución sino también con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de disolución de partidos políticos.

Pero especialmente razona, en relación con los derechos fundamentales ahora invocados, que la referencia a las personas condenadas por delitos de terrorismo «ha de entenderse que alcanza sólo a aquellos condenados que no hayan obtenido su rehabilitación; y (que) la alusión a los fines terroristas ha de entenderse ceñida sólo a los fines inmediatos de perturbar la paz, generalizar el miedo, etc. y no a la ideología del partido».

Para afirmar, a continuación, que «el precepto no perpetúa, pues, los efectos de las sanciones penales ni establece una causa de inelegibilidad no prevista en la Ley Electoral, con infracción del art. 70.1 CE. La Ley impugnada no priva del derecho de sufragio pasivo a quien haya sido condenado por delito de terrorismo. Simplemente permite que la circunstancia de que un partido incluya regularmente en sus listas electorales a personas condenadas por ese concepto (y cuya elegibilidad dependerá de lo dispuesto en la legislación electoral) pueda ser valorada, en el correspondiente proceso, como acreditativa de que con su actividad el partido «[vulnera] los principios democráticos» (art. 9.2 LOPP). La utilización de penas por terrorismo incluyéndolos de manera regular en puestos directivos y en listas electorales, puede suponer la expresión de solidaridad con los métodos del terror que no se cohonesta con las exigencias que la CE impone a un partido político. Por su parte, la previsión de que esa circunstancia sólo puede valorarse si los penados no han «rechazado públicamente los fines y los medios terroristas» no puede interpretarse como la obligación de realizar una retractación de sus actividades pasadas. El precepto sólo tiene proyección hacia el futuro y en relación con el partido político en el

que los penados se integren como directivos o candidatos, convirtiendo en causa de disolución el empleo de forma regular de personas de las que quepa presumir, fundadamente, una afinidad con los métodos del terror, no con las ideas y programas que, eventualmente, puedan también perseguir organizaciones terroristas. Se juzga, debe insistirse en ello, a partir de una trayectoria de conjunto dilatada en el tiempo y materializada, mediante la reiteración de esta concreta conducta, en la convicción, alcanzada en un proceso judicial, de que el partido que así actúa vulnera la legalidad en términos incompatibles con la continuidad de su reconocimiento como partido.

Lo mismo ha de decirse en relación con la doble militancia, que ha de afectar a «un amplio número de sus afiliados». Obviamente, el partido debe conocer esa circunstancia. Pero, de conocerla, y con el objeto de disipar toda sospecha de connivencia con los métodos terroristas, fácilmente deducible del hecho de que un número significativo de sus afiliados estén integrados en organizaciones terroristas, se le exige que demuestre una clara voluntad de distanciamiento mediante la adopción de medidas tendentes a la expulsión de esos afiliados. Ello no supone, contra lo que sostiene el Gobierno Vasco, injerencia en el ámbito de organización interna del partido, sino acudir al único expediente capaz de acreditar, desde el partido, que éste no permite que sus miembros militen en grupos violentos».

La conclusión obtenida por el Tribunal Constitucional, y que este Tribunal comparte, no podría ser otra que considerar que el precepto enjuiciado, interpretado en los términos expuestos, no vulnera ninguna de los derechos y las libertades invocados, y que la medida de disolución que pudiera acarrear no resulta desproporcionada.

a) El artículo 9.3 a) de la LOPP en cuanto tipifica el apoyo político tácito al terrorismo como motivo de ilegalización de un partido.

b) A su juicio, ello implica una restricción ilegítima de la libertad ideológica sin que se pueda extraer consecuencia jurídica alguna del silencio.

Para analizar esta cuestión es preciso volver a recordar que el art. 9 de la LOPP describe conductas y no hace referencia a programas o ideologías, sino a actividades que, en cuanto conectadas con las descritas en el apartado segundo del cual constituyen una especificación, dan lugar a comportamientos muy graves que vulneran los principios democráticos. Y ello sin olvidar, como razona la STC 48/2003, que «la legitimación de las acciones terroristas o la exculpación o minimización de su significado antidemocrático y de la violación de derechos fundamentales que comportan puede llevarse a cabo de modo implícito, mediante actos concluyentes, en determinadas circunstancias, siendo claro que, en tales supuestos, no

puede hablarse de vulneración de la libertad de expresión», a lo que cabe añadir que tampoco del derecho a la libertad ideológica, por idénticos motivos.

En este punto, no sería ocioso recordar que el TEDH ha tomado en consideración como un indicio relevante para valorar la ilegalización de un partido los mensajes ambiguos de los dirigentes de un partido en relación con la violencia terrorista (sentencia Zana contra Turquía de 25 de noviembre de 1997) o el hecho de que la cúpula de un partido no se desmarcase de los mensajes violentos y contrarios a la democracia realizados con otros miembros del partido que la apoyaron (sentencia Partido de la Prosperidad y otros contra Turquía de 31 de julio de 2001, posteriormente confirmada por la sentencia de la Gran Sala de 13 de febrero de 2003).

c) El art. 9.3 f) de la LOPP en el que se tipifica «colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o violenta, o que amparan o apoyan al terrorismo o a los terroristas».

El demandado reprocha a este precepto su carácter genérico e imprevisible, vulnerando así el principio de taxatividad que el art. 25.1 CE impone para la descripción de los tipos sancionadores.

Esta alegación ya ha sido examinada con carácter general en anteriores apartados y, por otra parte, coincide con la formulada por el Gobierno Vasco en el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley Orgánica de Partidos Políticos, siendo expresamente rechazada en la citada sentencia.

Ya hemos dicho, y ahora reafirmamos, que la tutela frente al terrorismo comporta un coste de cierta generalidad en la determinación de la conducta, pero ese coste, en una interpretación sistemática de las conductas descritas en el apartado tercero del art. 9 en relación con las contempladas en el apartado segundo, no aboca a una situación en la que resulte imprevisible para los partidos calcular las consecuencias jurídicas de su conducta.

Pero específicamente en lo que respecta a este inciso el Tribunal Constitucional ha señalado que «la colaboración habitual con grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o apoyan el terrorismo, debe ser entendida como directamente referida a la específica colaboración con el terrorismo a la que se refiere el art. 9.3 f). De modo que lo que se describe como presupuesto de la ilegalización no es ninguna clase de ayuda genérica sino aquella específica dirigida a apoyar en concreto la colaboración con el terrorismo. Se trata, pues, de una especie de «complicidad en la complicidad» que no cabe duda de que puede incluirse en el marco del art. 9.2».

Se cuestiona el art. 9.3 g) de la LOPP en el que se tipifica el «apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de otro orden a las entidades antes mencionadas».

e) El demandado considera que existe una disociación entre el partido político y el grupo parlamentario o los grupos políticos municipales, sin que quepa identificarles y sin que pueda imputarse a un partido las resoluciones de sus grupos parlamentarios.

Con carácter general ya la STC 48/2003 ha interpretado que «El apoyo desde las instituciones a que se refiere el apartado g) es el apoyo específicamente dirigido a asociaciones que, directa o indirectamente, amparan el terrorismo o la violencia y, justamente, con el objetivo de reforzar esa actividad ilegítima. Sólo entendida así, la conducta descrita en el apartado g) puede inscribirse en el marco establecido por el art. 9.2».

En esta misma línea argumental cabe destacar que la jurisprudencia del TEDH ha destacado que las declaraciones y actos de los dirigentes de un partido y de sus representantes en las instituciones públicas pueden imputarse al partido al que pertenecen, pues son percibidas por las instituciones políticas y por la opinión pública como actos que reflejan la posición de su partido y no como sus opiniones o conductas personales, a no ser que se declare lo contrario (STEDH Partido de la Prosperidad y otros contra Turquía de 13 de febrero de 2003).

6.º El art. 9.3 de la Ley Orgánica no vulnera el principio de proporcionalidad

En este punto, el demandado razona que el principio de proporcionalidad impide que se impongan restricciones mas allá de lo estrictamente necesario y, que, a su juicio, el art. 9.2 y 9.3 junto a conductas que constituyen ilícitos penales añaden otras que no lo son, y que por su imprecisión adolecen de una falta de entidad del desvalor de conducta y de resultado jurídico suficientes para poder conllevar la privación de un derecho fundamental por lo que la disolución sustentada en aquellas es claramente desproporcionada en relación con los fines perseguidos. Por otra parte, aduce que en dichos apartados se comprenden conductas con una intensidad e importancia muy distinta y sin embargo la respuesta sancionadora siempre es única —la disolución— sin que existan medidas intermedias, ni criterios de graduación, con lo que se conculca la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 136/1999, 55/1996, y 161/1997) y el principio de proporcionalidad.

Por lo que respecta a la posibilidad de incluir entre los supuestos que pueden dar lugar a la ilegalización de un partido político conductas que no sean constitutivos de ilícitos penales y a la alegada imprecisión de que adolecen cabe remitirse a lo ya argumentado anteriormente.

Pero el demandado va más allá, apuntando la pretendida lesión del principio de proporcionalidad que implica el que determinadas conductas descritas en el artículo 9, como supuestos que pueden implicar su ilegalización, carecen de entidad para anudar una sanción tan grave como la disolución del partido y a su vez la falta de previsión de otras medidas disuasorias o preventivas distintas. También este aspecto ha sido objeto de un especial pronunciamiento desestimatorio en la STC núm. 48/2003, de 12 de marzo, al coincidir esta línea argumental con la sostenida por el Gobierno Vasco en el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la LOPP. Y a este respecto la citada sentencia razona que «A esa objeción cabe responder, en primer término, señalando, de una parte, que ninguna de las conductas descritas en el art. 9 determina aisladamente la disolución: para que ésta pueda tener lugar, es preciso que sean realizadas «de forma reiterada y grave» como precisa el encabezamiento del art. 9.2. En segundo lugar, que la existencia de un partido que con su actividad colabore o apoye la violencia terrorista, pone en peligro la subsistencia del orden pluralista proclamado por la Constitución; y, frente a ese peligro, no parece que pueda aplicarse otra sanción reparadora del orden jurídico perturbado que la disolución. Por último, ha de destacarse que el art. 6 CE contiene una configuración constitucional de partido: en la Constitución, un partido, para merecer la condición de tal, ha de poder ser expresión del pluralismo político y, por lo tanto, no es constitucionalmente rechazable que un partido que con su actuación ataca al pluralismo, poniendo en peligro total o parcialmente la subsistencia del orden democrático, incurra en causa de disolución. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera que si bien el margen de apreciación de los Estados debe ser escaso en materia de disolución de partidos políticos, cuando el pluralismo de las ideas y los partidos, que es inherente a la democracia, está en peligro, el Estado puede impedir la realización o continuación del proyecto político que ha generado ese peligro [STEDH, de 31 de julio de 2001, Caso Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) contra Turquía].

Por lo demás, a la gravedad de la medida de disolución se hace corresponder, como destacan el Abogado del Estado y el Senado, una evidente exigencia de rigor en la entidad de las causas desencadenantes de su adopción. Así, como acabamos de señalar, no basta la realización de uno sólo de los comportamientos descritos en la Ley. Se exige, por el contrario, que

se realicen «de forma reiterada y grave» (art. 9.2) o por «repetición o acumulación» (art. 9.3). Y las conductas cuya reiteración o acumulación se exige abundan en la idea de gravedad y continuidad en el tiempo. El art. 9.2 a) habla de «vulnerar sistemáticamente»; ni siquiera, pues, de vulneraciones reiteradas, sino de infracciones desarrolladas por sistema. El art. 9.3 c) se refiere a la acción de «incluir regularmente» en los órganos directivos y listas electorales a personas condenadas por delitos de terrorismo, siendo también aquí clara la idea de comportamientos dilatados en el tiempo y en línea de continuidad. Se describen, en definitiva, conductas de singular gravedad y se concede relevancia, a efectos de erigirlas en causas de disolución, a las que evidencien una decidida incompatibilidad con los medios pacíficos y legales inherentes a los procesos de participación política para los que la Constitución demanda el concurso cualificado de los partidos políticos. Todo ello verificable y comprobable en un proceso judicial en el que quienes promuevan la disolución deberán probar suficientemente que el partido afectado realiza las conductas descritas en la Ley y que lo hace en términos que demuestran que no es acreedor a la condición de partido político. Se respetan, en definitiva, los criterios sentados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de disolución de partidos políticos (SSTEDH de 30 de enero de 1998, Partido Comunista Unificado de Turquía contra Turquía; 25 de mayo de 1998, Partido Socialista contra Turquía; 8 de diciembre de 1999, Partido de la Libertad y la Democracia contra Turquía; 31 de julio de 2001 y 13 de febrero de 2003, partido de la Prosperidad contra Turquía; 9 de abril de 2002, Yazar y otros contra Turquía; 10 de diciembre de 2002, DEP contra Turquía)».

Razonamientos que este Tribunal hace suyos y que descartan las dudas de constitucionalidad suscitadas por el demandado.

7.º El art. 9 de la Ley Orgánica no vulnera los derechos fundamentales a la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones

El demandado argumenta que dentro de las conductas de los artículos 9.2 y 9.3 existen una falta de concreción en numerosos términos, tales como «apoyar políticamente», «exculpando y minimizando», «programas y actuaciones que fomenten una cultura de enfrentamiento y confrontación civil», que pueden ser utilizados para cercenar el ejercicio de la libertad de expresión.

Ya se ha tenido la oportunidad de razonar que la utilización de términos más amplios cuando se trata de describir conductas que sirvan para combatir la colaboración o el apoyo a los grupos terroristas se justifica por el intento de no dejar fuera ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista y al mismo tiempo el riesgo de inseguridad jurídica se disipa por la interpretación conjunta y sistemática de los apartados 2 y 3 del citado precepto, a cuyos razonamientos nos remitimos expresamente para no incurrir en reiteraciones innecesarias. Y siendo así, no se aprecia motivo alguno para considerar que la libertad de expresión puede quedar conculcada, dado que en estos tipos se trata de describir conductas que, en cuanto vinculadas con el respeto a los principios democráticos, dejan fuera de su ámbito los programas o las ideologías de los partidos políticos para centrarse tan sólo en las actividades de colaboración o apoyo al terrorismo o la violencia. A esta misma conclusión llega el Tribunal Constitucional en la ya referida sentencia afirmando que «de la interpretación sistemática del art. 9, entendiendo los supuestos del apartado 3 como especificaciones del género de conductas descritas en el apartado 2, permite descartar que, al configurar aquéllos como supuestos a partir de los cuales puede llegarse a la disolución de un partido político, se hayan vulnerado las libertades ideológica, de participación, de expresión o información».

8.º El art. 9 de la LOPP no vulnera el derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16.1 CE)

El demandado razona que las restricciones de la libertad de asociación no pueden tener por objeto la preservación del Estado y menos de un determinado modelo de Estado sino la preservación del propio sistema democrático. De modo que no es exigible, bajo sanción de ilegalización, que los partidos políticos respeten los valores constitucionales, pues ello constituye una seria quiebra de la libertad ideológica y del pluralismo político. Sin embargo, el art. 9.1 de la LOPP utiliza la expresión «respeto a los valores constitucionales» lo que, a su juicio, sólo puede interpretarse como adhesión ideológica a la Constitución, de donde se extrae la conclusión de que se «está procediendo con la norma a una penalización de las ideas y de los proyectos políticos».

Para dar respuesta a estas dudas bastaría con tener por reproducidas las razones expuestas en el apartado anterior, aunque tampoco estará demás recordar que en la STC 48/2003 se razonaba al respecto que en nuestro

ordenamiento jurídico no tiene cabida un modelo de «democracia militante» entendida como un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y en particular a la Constitución, pues no existe «un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos. La Ley recurrida no acoge ese modelo de democracia. Ante todo, ya en la Exposición de Motivos parte de la base de la distinción entre ideas o fines proclamados por un partido, de un lado, y sus actividades, de otro, destacando que «los únicos fines explícitamente vetados son aquellos que incurren en el ilícito penal», de suerte que «cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos».

Razones que le llevan al Tribunal Constitucional a concluir que «la Ley contempla como causas de ilegalización, precisamente, «conductas», es decir, supuestos de actuación de partidos políticos que vulneran con su actividad, y no con los fines últimos recogidos en sus programas, las exigencias del art. 6 CE, que la Ley viene a concretar» por lo que, cabe añadir, que cuando la LOPP exige que los partidos políticos deben respetar «los valores constitucionales» lo hace conectándolo con los principios democráticos y el respeto a los derechos fundamentales a los que ha de responder su actividad y no como una exigencia que tienda a limitar o cercenar sus ideas o proyectos políticos».

9.º El artículo 9.4 de la Ley Orgánica no vulnera el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE)

El demandado considera que el citado precepto permite la aplicación retroactiva de la norma, utilizando hechos y circunstancias anteriores a la vigencia de la Ley para justificar la disolución de un partido político.

Esta alegación ha sido expresamente tratada y rechazada en la sentencia del Tribunal Constitucional tantas veces citada y que en aras a una mayor claridad reproduciremos literalmente. La sentencia razona al respecto que «La redacción del precepto no merece un juicio de inconstitucionalidad, pues queda claro que lo perseguido, en todo caso, es permitir

la aplicación del art. 9.4 LOPP «a las actividades realizadas con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica», tal y como advierte la propia Disposición recurrida. Es decir, en ningún supuesto se prevé el enjuiciamiento de actividades y conductas anteriores a la Ley Orgánica 6/2002, de suerte que la Ley considera relevantes únicamente las posteriores a su entrada en vigor.

Con otras palabras, por disposición expresa de la Ley, la totalidad del presupuesto que determina la disolución ha de llevarse a cabo bajo su vigencia. Tanto las actividades aisladamente consideradas como «la continuidad y repetición» a las que se refiere el art. 9.4 al que remite la Disposición Transitoria son posteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002. Y otra cosa es que, a efectos de determinar la significación de tales actividades y valorar su relevancia en el conjunto de la conducta del partido de que se trate (y exclusivamente a esos efectos, pues tener en cuenta la conducta anterior a la entrada en vigor de la Ley como base de la ilegalización sería inconstitucional por incurrir en la retroactividad prohibida por el art. 9.3 CE), pueda tomarse en consideración lo que la Ley llama «trayectoria» (art. 9.4 LOPP), que puede comprender comportamientos producidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley; pero, eso no comporta ninguna clase de retroactividad prohibida por la Constitución».

10.º No vulneración de las garantías procesales y el derecho a una doble instancia

Dos parecen ser los reproches que el demandado dirige contra la regulación procesal contenida en la LOPP, que plantean una cuestión nueva no abordada en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. A saber:

a) En primer lugar, al considerar que se esta articulando un proceso carente de las garantías propias del proceso penal en lo que califica de «huida del derecho penal», y que no satisface las exigencias de un proceso garantista por cuanto: se basa en una norma de derecho sustantivo que califica de especialísima en la que se puede disolver un partido por causas ajenas a la comisión de delitos; se regula un procedimiento específico, preferente y rápido; contiene una remisión a las normas de prueba contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil lo que, a su juicio hace innecesario una prueba de cargo; y el órgano competente para su conocimiento es la Sala Especial del Tribunal Supremo.

b) En segundo lugar, al considerar que la inexistencia de segunda instancia que posibilite una posterior tutela conculca el artículo 14.5 del

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con el artículo 13 del CEDH.

Por lo que respecta al primer conjunto de alegaciones, parece desprenderse que, a juicio del demandado, tan sólo los procesos penales están dotados de las garantías suficientes para la defensa de los derechos y libertades, afirmación carente de toda base jurídica y que este Tribunal no puede compartir. En nuestro ordenamiento jurídico existen numerosos procesos de naturaleza no penal y que, sin embargo, están dotados de todas las garantías necesarias para satisfacer el derecho a una tutela judicial efectiva; sería ocioso recordar la existencia de procesos tan variados como los existentes en el ámbito civil, contencioso-administrativo, laboral, electoral o constitucional que con distinta regulación respetan tales garantías. Y este es precisamente el caso del proceso que nos ocupa, en el que se respeta escrupulosamente las posibilidades de alegación, prueba en vista pública (con un trámite final de alegaciones) y en el que existe una igualdad de armas para las partes intervinientes.

El hecho de que se configure como un proceso preferente y rápido tampoco incorpora elemento de reproche alguno al mismo, siempre que, como así ocurre, se respeten las garantías de defensa y contradicción, y sin que el demandado razone en este aspecto cuales son las limitaciones que, a su juicio, restringen tales derechos y le hacen acreedor de un reproche de inconstitucionalidad. Es, sin duda, la importancia que nuestro legislador atribuye a un proceso destinado a ilegalizar un partido político lo que justifica que los plazos y la estructura del proceso permitan obtener una decisión en un plazo razonable de tiempo sin merma de la seguridad jurídica y de las garantías de las partes, pues no sería aconsejable que iniciado un proceso destinado a ilegalizar un partido político, por su presunta participación en actividades contrarias al funcionamiento del sistema democrático y a los derechos y libertades de los ciudadanos se prolongase en el tiempo permitiendo que su actividad siguiese lesionando los derechos y libertades que se tratan de proteger; y, al mismo tiempo, tampoco sería razonable para el propio partido político, sus afiliados y sus votantes que la sospecha, exteriorizada con la presentación de una demanda tendente a su ilegalización, no tuviese una respuesta adecuada en un corto período de tiempo que disipe las dudas surgidas al respecto. Criterio, que exterioriza expresamente la Exposición de Motivos de la LOPP al señalar que «Dicho procedimiento se conforma de forma clásica, sobre la base de la escritura, con una serie de trámites convencionales (alegaciones, prueba, nuevas alegaciones y sentencia) que, por los plazos y la forma de su articulación, compaginan los principios de seguridad jurídica y derecho de defensa con

el de celeridad, procurando que la incertidumbre que puede provocar la iniciación del mismo no se incremente con una tramitación dilatada». En esta misma línea argumental tan sólo cabe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico los procesos en defensa de los derechos fundamentales y los electorales también participan de las características de especialidad, preferencia y sumariedad que ahora se reprocha al que nos ocupa.

Por otra parte, no se advierte en que medida la existencia de una norma sustantiva específica destinada a regular el régimen jurídico de los partidos políticos incide en la falta de garantías procesales pero, en todo caso, el Tribunal Constitucional en su STC núm. 48/2003 ha tratado exhaustivamente la constitucionalidad de la existencia de una Ley específica para regular los partidos políticos, descartando que se trate de una Ley «ad casum» o singular y reconociendo la posibilidad de incluir como supuestos de ilegalización conductas que no son constitutivas de ilícitos penales, a cuyos razonamientos nos remitimos en aras a una mayor claridad y concisión.

Tampoco la remisión a las normas generales de prueba contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en este aspecto generalmente operan en nuestro ordenamiento jurídico como supletorias para todos los procesos no penales, introduce límite alguno a las garantías procesales de las partes o exime de acreditar los hechos relevantes en los que se sustenta la petición de ilegalización.

Se argumenta también, en esta misma línea, la especialidad que supone el conferir la competencia para el conocimiento de este procedimiento a la Sala del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero sin concretar las razones por las que, a su juicio, ello implica una limitación de sus garantías, fuera de la pretendida lesión del derecho a una doble instancia que a continuación trataremos. Respecto a este punto tan sólo cabe recordar que con independencia de la opinión que le merezca al demandado la elección realizada por el legislador, estamos ante una previsión normativa que respeta las exigencias constitucionales del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley (como expresamente razona el la STC 48/2003, F. 17) y el resto de las garantías propias de un tribunal de justicia. Y es de nuevo la importancia que para el legislador tiene un proceso destinado declarar la ilegalidad de un partido la que ha justificado esta elección, como señala la Exposición de Motivos de la Ley «el texto establece, por razón de la importancia y relevancia constitucional de los partidos políticos y, por añadidura, de las decisiones que afectan a su declaración de ilegalización o que justifican su disolución, que sea la Sala del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el órgano competente para poder disolver un partido político, Sala

que, como señala el auto de 9 de julio de 1999 de la propia Sala «simboliza por su composición al Pleno del Tribunal Supremo. Es de alguna manera, el Pleno, un pleno `reducido». Se resalta esto para poner de relieve que la Sala del art. 61 de la LOPJ, por su significativa composición, goza de un «estatus» de relevancia respecto a las Salas ordinarias en orden a la definición de sus competencias y de las recíprocas de aquéllas».

Razones todas ellas que nos sirven para concluir que no existen motivos fundados para dudar de la constitucionalidad del proceso diseñado en la LOPP.

En segundo término, se alega la pretendida lesión del derecho a disponer de una doble instancia que el demandado articula como una presunta lesión del derecho a la tutela que conculca los artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con el artículo 13 del CEDH.

Ante todo conviene destacar que de acuerdo con una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 109/1987, 160/1993, 322/1993, 199/1994, 169/1995, 19/1998, entre otras) el derecho a la tutela no garantiza, en principio, el derecho a una doble instancia judicial salvo en el ámbito penal, lo que resulta conforme con la exigencia, también circunscrita al ámbito penal, contenida en los preceptos y normas internacionales invocadas.

Dicho lo anterior, resulta patente la inconsistencia de esta argumentación dado que no nos encontramos ante un proceso de naturaleza penal. Es mas, ni siquiera puede sostenerse el carácter punitivo del proceso destinado a la ilegalización de un partido en los términos que hemos tenido ocasión de razonar anteriormente. A mayor abundamiento, conviene tener presente que nuestro Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones ha sostenido con carácter general y en ocasiones con especifica referencia al Protocolo Adicional núm. 7 al Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos de fecha 22 de noviembre de 1984, que incluso en materia penal el principio general de la doble instancia puede ser objeto de excepciones cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por la jurisdicción más alta (SSTC 41/1998, 136/1999), porque el propio Protocolo Adicional núm. 7 al Convenio ya citado, en su artículo 2, intitulado «Derecho a un doble grado de Jurisdicción en materia penal», bien claramente señala como una de las excepciones al ya expresado principio general de la doble instancia **«cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más Alto Tribunal** o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolucón». Es decir, que aquel principio quiebra cuando el Tribunal sentenciador en única instancia está revestido de las características definidoras del derecho

aplicable en último grado, como en el presente caso acontece, en que quien juzga el presente proceso es la Sala prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que como se ha venido a indicar en otras ocasiones es un «mini pleno» del Tribunal Supremo al estar integrada por el Presidente de dicho Tribunal, los presidentes de sus cinco Jurisdicciones y por los magistrados más antiguo y más moderno de cada una de esas cinco Salas jurisdiccionales; Tribunal Supremo que como señala el art. 123.1 de la Constitución Española «**es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes**, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales», garantías que por mandato de la propia Constitución Española están reservadas al Tribunal Constitucional. Por último, son muy escasas las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que abordan esta cuestión, siendo, además, resoluciones de inadmisión, lo que viene a significar que la alegación relativa a la ausencia de doble instancia en toda su amplitud no ha merecido que la cuestión superase dicho trámite. Así es de ver en los Autos de 18 de enero de 2000 (caso Presti y Frodl), 30 de mayo de 2000 (caso Loewenguth) y 22 de junio de 2000 (caso Deperrois).

En síntesis, en esta materia no cabe invocar el artículo 14.5 del Pacto de Nueva York, ya que éste sólo se refiere al derecho de un condenado en causa penal. En cuanto al artículo 13 del Convenio Europeo debemos señalar que garantiza un recurso efectivo para la defensa de los derechos que son objeto del Convenio y que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, cuya función es la protección de los derechos fundamentales con la extensión que establece el artículo 10.2 de la Constitución, cumple sobradamente tales exigencias.

SEXO. NECESIDAD DE APLICAR LA TÉCNICA DEL «LEVANTAMIENTO DEL VELO» EN EL PRESENTE CASO

Como recuerda la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 782/2002, de 30 de julio, la técnica del levantamiento del velo de las personas jurídicas la inició la jurisprudencia de los Estados Unidos a través de la «disregard of the legal entity» para permitir a los jueces introducirse en los entresijos y entramados de las sociedades, actuando en el ámbito jurídico de nuestro entorno como instrumento eficaz para combatir sociedades ficticias o de sólo fachada que llevan a cabo un ejercicio social no ajustado a la línea de la buena fe comercial a efectos de defraudar a terceros, abusando de una personalidad jurídica formal que puede contar incluso con respaldo legal.

A partir de este planteamiento, el levantamiento del velo se ha revelado como una excelente herramienta para resolver los conflictos que frecuentemente se plantean entre seguridad jurídica y justicia material, haciendo prevalecer a ésta sobre aquélla, fundamentándose su aplicación por nuestros Tribunales indistintamente, según los casos, en el fraude de ley, en el abuso de derecho y en la buena fe (artículos 6.1 y 4, 7.1 y 2 del Código Civil).

Pues bien, con independencia de cuál sea el fundamento teórico más adecuado para averiguar la verdad real que se oculta tras una apariencia jurídica, lo cierto es que el uso de esa técnica está admitido de forma generalizada en la actualidad por nuestros más altos Tribunales (en este sentido, por recordar sólo algunas de las más recientes, pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre, 17 de octubre, 30 de julio y 25 de junio de 2002, así como las sentencias 162/2002, 125/2001 y 115/2000 dictadas por el Tribunal Constitucional) y constituye en el presente caso un instrumento idóneo para constatar la auténtica realidad que subyace bajo la apariencia de tres partidos políticos legales —las tres formaciones demandadas en este proceso—, así como para determinar si tras esa veste formal se oculta verdaderamente la organización terrorista ETA, esto es, si Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna son sólo artificios legales creados por ETA para lograr el complemento político de su propia actividad terrorista, existiendo, por tanto, un único sujeto real que utiliza múltiples ropajes jurídicos.

Para abordar esta cuestión debemos proceder, siguiendo la jurisprudencia antes indicada, a examinar todos los aspectos que pudieran poner de manifiesto esa identidad real entre los tres partidos demandados y ETA, objetivo que es posible alcanzar si atendemos a los siguientes extremos que han quedado constatados, todos ellos, en este proceso mediante las múltiples pruebas incorporadas a la causa y que han sido ya convenientemente analizadas por la Sala:

a) Unidad de designio creador. La creación de los tres partidos políticos demandados responde a un único designio, el de ETA, que diseñó lo que podría denominarse gráficamente como una «sucesión operativa» de formaciones políticas legales que le prestaran cobertura jurídica legal y apoyo político de cara a la sociedad, y que le permitieran beneficiarse de las ventajas de operar en el seno de la legalidad constitucional, participando en el «juego electoral» pese a estar realmente al margen de aquélla y ser su objetivo, precisamente, el de la destrucción del sistema constitucional por métodos no democráticos y, por tanto, no permitidos.

b) Desempeño subsiguiente de la misma función. Según ha quedado cumplidamente expresado en los hechos probados de esta Sentencia y en

el apartado en el que se procede a la valoración de la prueba, fue la banda terrorista ETA quien prefiguró un contenido funcional específico, que estimaba era el idóneo para la consecución de sus fines, consistente en un peculiar agregado de tareas. Aquel contenido funcional vino a denominarse **Unidad Popular**. Pues bien, de una manera absolutamente constante, los distintos partidos políticos demandados han venido asumiendo esa misma función, declarándolo expresamente con frecuencia e intentando regresar a las esencias de aquella misma asignación funcional tantas veces cuantas fueron detectadas desviaciones en su curso. Frente al desempeño de esa función, las distintas personificaciones jurídicas que los partidos demandados han venido asumiendo adquieren el carácter de puramente instrumentales, hasta el punto de poder afirmar que nos encontramos ante una verdadera **personificación de función**, en la que ésta es el elemento inmutable y aquellas fórmulas jurídicas el contingente.

c) Identidad de personas que ejercen cargos directivos y de representación. Varios de los más relevantes dirigentes de Batasuna han formado parte también de los órganos directivos de las otras dos formaciones políticas que precedieron a aquella y, asimismo, han sido condenados por los Tribunales por su vinculación directa o indirecta con la actividad terrorista (casos de don Arnaldo O. y don Josu U.).

d) Identidad de la persona que procedió a la inscripción constitutiva de Euskal Herriarrok y Batasuna. En ambos casos fue don Pedro María L. F. la persona que procedió a efectuar la inscripción de las respectivas actas notariales en el Registro de Partidos Políticos para proceder a su constitución.

e) Reconocimiento expreso por Euskal Herriarrok de su integración en Batasuna y de la continuidad entre las páginas web de ambas organizaciones. Esta integración se evidenció con meridiana claridad en la propia página web de Euskal Herriarrok, y así quedó acreditado notarialmente.

f) Sucesión de hecho entre los integrantes de grupos parlamentarios y municipales. Esta constatado que las mismas personas que integraban los grupos parlamentarios y municipales continuaron formando parte del nuevo grupo que se constituyó cuando se produjo la sucesión de los partidos demandados.

g) Sucesión en el uso de sedes y locales. Está acreditado que Herri Batasuna, Euskal Herriarrok Y Batasuna han seguido ocupando los mismos locales y sedes con independencia de denominación de la formación titular de los mismos.

h) Identidad sustancial de estrategias y programas de actuación. En este proceso se ha podido constatar que las tres formaciones políticas se ajustan en su «modus operandi» a idéntica estrategia, que ha sido previa-

mente diseñada por ETA. A estos efectos, baste recordar, a título de ejemplo, cómo entre la documentación incautada a esta organización figuraban escritos en los que se establecía como pauta de actuación la no condena de los atentados terroristas, táctica seguida rigurosa y sucesivamente por los tres partidos demandados.

i) Utilización de anagramas ligados a la actividad de organizaciones terroristas. El anagrama de Gestoras Proamnistía, organización satélite de ETA, y en tal concepto incluida por la Unión Europea en la lista de organizaciones terroristas, ha sido utilizado reiteradamente por la organización Batasuna como símbolo de su campaña para acercar a los presos de ETA al País Vasco.

En definitiva, todos estos aspectos de esencial coincidencia entre los tres partidos políticos demandados entre sí y de todos ellos, a su vez, con ETA, ponen de manifiesto una identidad sustancial entre las tres formaciones en los ámbitos mencionados (personal, de fines, de estrategias y de actividad), y, asimismo, un riguroso control de todos ellos por la citada banda criminal. Por esta razón podemos concluir afirmando la existencia en el presente caso de un **único sujeto real**, que es la organización terrorista ETA, que se oculta tras esa apariencia de diversidad de personalidades jurídicas creadas en diferentes momentos en virtud de una «sucesión operativa» previamente diseñada por aquella.

Ahora bien, alcanzada esta conclusión debemos tener presente que, propiamente, el levantamiento del velo es una técnica cuya aplicación no cuestiona la existencia de la personalidad jurídica a otros efectos distintos de los examinados en el caso concreto en relación con el tercero perjudicado (que es en este caso el propio Estado español y, por extensión todos los ciudadanos que padecen la violencia terrorista de ETA directamente, o a través de la actividad de los partidos demandados que otorgan a aquella su complemento político), por lo que es más preciso técnicamente acudir a la doctrina del abuso del derecho, dado que de lo que se trata —por imperativo del artículo 12 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos— es de impedir en el futuro a los titulares de un derecho subjetivo que lo ejerciten en la forma en que lo venían haciendo, pues no debe olvidarse que el referido artículo 12 detalla los efectos de la disolución judicial de un partido político, señalando que, tras la notificación de la sentencia, se procederá al cese inmediato de toda la actividad del partido político en cuestión y se presumirá fraudulenta y, por tanto, no podrá prosperar la constitución de una formación que continúe o suceda al declarado ilegal y disuelto.

Declarada por tanto, a través de esta técnica del levantamiento del velo y del empleo conjunto del recurso del abuso de derecho previsto por el

artículo 7.2 del Código Civil, la existencia de una unidad de sujeto real, frente al cual las distintas estructuras interpuestas vienen a ser puros ropajes jurídicos, insusceptibles de ocultar, por esa misma condición, aquella verdadera naturaleza, es claro que a la misma conclusión se llegará tantas veces como sea detectada la asunción o transmisión, a través de las fórmulas jurídicas que fuere, de aquel mismo contenido funcional en idéntico o similar régimen de reparto de tareas con la banda terrorista ETA. Sin embargo ésa es cuestión que, por referente a un futuro hipotético, deberá ser resuelta, en su caso, en ejecución de Sentencia. Ello conduce a que la Sala, en el preciso momento presente, no pueda acoger la expresa petición que el Ministerio Fiscal formula respecto de la extensión del pronunciamiento a partidos u otras fórmulas jurídicas de futura constitución, pero esa falta de acogida expresa menos aún impedirá el cumplimiento del mandato de efectividad final de la tutela judicial que el artículo 24 de la Constitución introduce que, como la jurisprudencia viene declarando, se extiende con igual vigor a la ejecución de la Sentencia, pues a la jurisdicción (artículo 117 de la Constitución), junto a la tarea de juzgar, incumbe hacer cumplir lo juzgado, en todos sus precisos términos.

Como consecuencia de lo expuesto y sin que ello implique, en absoluto, prejuzgar futuras decisiones de esta Sala ante eventos aún no acaecidos, cabe advertir que los efectos de esta Sentencia, en virtud de la técnica ahora aplicada, podrían proyectarse también sobre todas aquellas formaciones políticas que a partir de este momento intentaran continuar la labor que hasta el presente desarrollaban los tres partidos políticos demandados o que, de cualquier otro modo, pudiera servir igualmente de complemento político a la banda terrorista ETA.

SÉPTIMO. NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE DISOLUCIÓN

La resolución de la precisa cuestión que queda indicada en el enunciado del presente Fundamento Jurídico aconseja, con el fin de proceder a su adecuado encuadramiento, destacar que el derecho a constituir y participar en los partidos políticos se integra en España dentro del marco del derecho fundamental más amplio de asociación que queda regulado en el artículo 22 de nuestro Texto Constitucional. La Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1981, de 2 de febrero, luego ratificada en este particular por la más reciente de 12 de marzo de 2003, ha indicado al respecto que «un partido es una forma particular de asociación», sin que, a mayor abundamiento, el artículo 22 de la Constitución excluya «las asociaciones que

tengan una finalidad política». El derecho a constituir y pertenecer a partidos políticos debe estimarse, en consecuencia, como un derecho fundamental en nuestro país, como parte relevante del más amplio derecho de asociación, bien que, adicionalmente, no se agote en ello su realidad, pues el art. 6 de la Constitución, como queda visto en extenso más atrás, haga de los partidos materialización del pluralismo político, con lo que, más aún, participan también del derecho fundamental a la libertad de expresión necesaria para esa mismo pluralismo.

Aunque no de modo especial para los partidos políticos, sino con aquel alcance más amplio o general, el primer derecho fundamental de asociación queda además garantizado por el artículo 11 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En él además se fijan los parámetros legítimos de restricción de este derecho esencial, al indicarse que las asociaciones «no podrán 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». En parecida dirección se pronuncia el art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, que, como al anterior, ha sido debidamente ratificado por España. Y en una cláusula coincidente, tras declararse el derecho que existe a asociarse, solamente vienen a tolerarse aquellas 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».

Antes decíamos, sin embargo, que aquella componente que los partidos políticos ostentan, como piezas esenciales que son del pluralismo político, lleva a garantizarles también (además en grado máximo) su libertad de expresión. Pues bien, este derecho se reconoce y garantiza también en el artículo 20 de nuestra Constitución, en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, y en el 10 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Todas estas disposiciones convencionales que se acaban de indicar no sólo forman parte del Ordenamiento jurídico español por imperativo del artículo 96 del texto constitucional, sino que incluso, como indica su artículo 10.2, ello condiciona la interpretación de nuestro derecho interno, al

establecerse que 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.

Pues bien, la Sala declara, sin que albergue duda alguna en ello, y pese a que asume que la disolución de un partido político es una de las medidas más graves que pueden ser adoptadas en una democracia, que en el presente caso concurren los altos estándares que tanto los tratados internacionales como la jurisprudencia interna, ordinaria y constitucional, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos exigen para acordar la limitación de un derecho fundamental.

En primer lugar es claro que la medida se halla oportunamente prevista por la Ley, pues halla acomodo en el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002. Además en este precepto se apareja la consecuencia de la disolución de un partido sólo a contravenciones específicas de la mayor significación, reiteración y gravedad. En efecto concurren, por tanto, los atributos de ley previa y cierta inherentes a la exigencia de reserva de ley.

En segundo término, la medida de disolución que se acuerda en la presente Sentencia no sólo puede ser calificada sin violentarla como «necesaria para una sociedad democrática», sino que, precisamente, se halla encaminada a la preservación de una sociedad en la que ese mismo sistema político impere en su plenitud. Cumple en este sentido destacar que la relación entre la defensa de la Democracia y la protección que dispensa el Convenio Europeo de Derechos Humanos se ha puesto de relieve en numerosas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las que se ha venido afirmando que la democracia representa, sin duda alguna, un **elemento fundamental del orden público europeo**. Esto se desprende del preámbulo al convenio, que establece un vínculo muy claro entre el Convenio y la democracia al declarar que la salvaguarda y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales descansan en un régimen político verdaderamente democrático, de una parte, y en una concepción común de los derechos humanos, de otra. La democracia aparece de este modo como el único modelo político contemplado por el Convenio y, por consiguiente, como el único compatible con él (Sentencia Partido Comunista Unificado de Turquía y otros contra Turquía, de 30 de enero de 1998), y más recientemente, Sentencia Partido de la Prosperidad y otros contra Turquía de 13 de febrero de 2003. Pues bien, ese mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido claro en admitir restricciones que pudieran ser dirigidas contra partidos políticos por causa de sus llamadas a la violencia. La Sentencia de 2 de octubre de 2001 ha indicado, por ejem-

plo, que «cuando haya habido incitación a la violencia contra una persona, o un agente público o un sector de la población, las autoridades del Estado gozan de un más amplio margen de apreciación al examinar la necesidad de una injerencia en la libertad de expresión»... Y en otro momento que las medidas restrictivas de naturaleza preventiva para suprimir la libertad de reunión y expresión, «a menos que sean casos de incitación a la violencia y rechazo de los principios democráticos», por más chocantes e inaceptables que puedan parecer hacen un flaco servicio a la democracia y a menudo la ponen en peligro. Pues bien, del hecho, plenamente acreditado, de que los partidos aquí demandados son materialización de aquella estrategia de «separación táctica» con el terrorismo que ha quedado en frecuentes ocasiones indicada, y, por consecuencia de ello, las frecuentes llamadas que, bien en documentos internos o bien en actos exteriores, han venido realizando a la violencia («lucha armada»), viene a derivarse que la defensa de los derechos fundamentales de los demás, componente inescindible de la democracia, exija la expresada declaración de ilegalidad y disolución.

Además, vista la gravedad de los actos terroristas en nuestro país, situación que ha quedado expresada en extenso en el apartado denominado «Contexto Histórico y Social», en el que cerca de mil muertos son imputables a la acción de la banda terrorista ETA, y entre los cuales se encuentran hombres, mujeres y niños, hace que la medida tampoco albergue reproche alguno en términos de proporcionalidad.

Por último, reiterada jurisprudencia constitucional viene exigiendo que el sacrificio de un derecho fundamental sea objeto de la oportuna ponderación con aquellos beneficios, también constitucionalmente relevantes, que con ese sacrificio se ven protegidos, no sólo en garantía de aquellos derechos sino como adicional trasunto del principio que veda la arbitrariedad de los poderes públicos. Pues bien, esa ponderación es precisamente lo realizado en las líneas que anteceden, y el beneficio que se obtiene es una inmediata protección a la democracia y los derechos fundamentales (incluidos por más primarios) de los demás, de modo que debe concluirse que en el caso presente concurren todas las exigencias para que la restricción del derecho a constituir y formar parte de partidos políticos alcance plena legitimidad.

Es ahora, cuando aborda el Tribunal la proporcionalidad de la medida de disolución, el momento oportuno para precisar aquellas concretas limitaciones que serán lineal y directa consecuencia de la restricción que comporta la declaración de ilegalidad de los partidos demandados. Pues bien, conforme establece el artículo 12 de la Ley Orgánica 6/2002 (de

manera que incluso las consecuencias finales de la declaración de ilegalidad se encuentran previstas en una ley previa dotada de la oportuna generalidad), la extinción de sus respectivas personalidades jurídicas que la decisión de disolución conlleva producirá, en primer lugar, plenas consecuencias sobre todas aquellas esferas de la vida jurídica sobre las que se hallan extendido en el pasado. En consecuencia, serán ineficaces cuantas relaciones deriven de aquella relación de pertenencia o representación de los partidos disueltos. Pero también aquella desaparición de personalidad impide que a partir de la fecha de esta Sentencia puedan constituir situaciones o relaciones jurídicas de clase alguna. Todo ello con plena independencia de que el estatuto singular de los miembros de dichos partidos siga la suerte prevista para ellos en las normas jurídicas que resulten de aplicación. Esta disolución conducirá además a la cancelación de las respectivas inscripciones de los partidos demandados en el registro de Partidos Políticos y a la apertura de un proceso de liquidación patrimonial, que será llevado a efecto por tres liquidadores que esta Sala en ejecución de Sentencia designará. El patrimonio neto resultante de esta actividad de liquidación se destinará, por último, a actividades de interés social o humanitario.

OCTAVO. COSTAS

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria al presente proceso, tanto por cuanto su artículo 4 bien claramente expresa 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 misma, como porque dicha supletoriedad viene específicamente marcada en la Ley 6/2002, de Partidos Políticos, en su art. 11.5 en lo atinente a las reglas sobre plazos y substanciación de la prueba en los procesos que se articulen al amparo de esta última, señala, decimos, aquella Ley de Enjuiciar en su artículo 394.1 que en los procesos declarativos, como es la naturaleza del presente, las costas de primera instancia se impondrán «a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones», salvo que el Tribunal aprecie y así lo razone que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En el presente proceso complejo y novedoso (la prueba de ello es lo extenso de la presente sentencia) se han tenido que comprobar, depurar y enjuiciar una serie de conductas desarrolladas por los tres partidos políti-

cos demandados y al mismo tiempo aplicar una legislación variada y en algunos casos totalmente inédita en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que la Sala entiende que la oposición realizada por la única parte demandada comparecida, no puede ser tachada de temeraria al no aquietarse con las pretensiones deducidas por la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal si se tiene en cuenta, además, de sus razonamientos lógicos expuestos en defensa de su tesis impeditiva de la ilegalización, el hecho cierto por demás, que los partidos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, partían en su tesis defensiva de una situación de legalidad previa derivada de su inscripción en el Registro de Partidos Políticos del Ministerio del Interior y de la protección que el ordenamiento jurídico les dispensaba hasta la presente sentencia, en la que como consecuencia de cuanto se ha venido exponiendo y razonando a lo largo de misma, se ha entendido que sus conductas desplegadas operativamente, les hacen acreedores de la declaración de ilegalidad y disolución que por la presente se acuerda. A la vista de todo ello, la Sala considera que por las razones expuestas aún siendo totalmente rechazada su pretensión de absolución de las demandas en su contra interpuestas y estimarse íntegramente las pretensiones deducidas en aquéllas, tal decisión no debe comportar una expresa declaración respecto de las costas producidas y causadas en los procedimientos que acumuladas quedan enjuiciados, en los cuales cada parte habrá de soportar las causadas a su instancia.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos íntegramente las demandas interpuestas por el señor Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, y por el Ministerio Fiscal y, en su consecuencia:

PRIMERO. Declaramos la ilegalidad de los partidos políticos demandados, esto es, de Herri Batasuna, de Euskal Herritarrok y de Batasuna.

SEGUNDO. Declaramos la disolución de dichos partidos políticos con los efectos previstos en el art. 12.1 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

TERCERO. Ordenamos la cancelación de sus respectivas inscripciones causadas en el Registro de Partidos Políticos.

CUARTO. Los expresados partidos políticos, cuya ilegalidad se declara, deberán cesar de inmediato en todas las actividades que realicen una vez que sea notificada la presente sentencia.

QUINTO. Procédase a la apertura de un proceso de liquidación patrimonial de Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna en la forma que se establece en el art. 12.1.c) de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, lo que se llevará a cabo en ejecución de la presente sentencia.

Todo ello sin efectuar especial pronunciamiento respecto de las costas procesales causadas en los procesos acumulados que enjuiciados quedan.

2. **Sentencia de la Sala Tercera, Sección Tercera, del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2003 (ponente Excmo. Sr. Maurandi Guillén)** recaída en el recurso 187/2003 interpuesto por el Excmo. Sr. Don Eloy, el Excmo. Sr. Don Isidro y la Excma. Sra. D.^a Marina contra Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de fecha 23 de julio de 2003.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—El Presidente de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en los rollos acumulados que se tramitaban como consecuencia de unas querellas presentadas ante dicha Sala contra el Presidente del Parlamento Vasco Excmo. Sr. Don Eloy y contra los Diputados de la misma Cámara Excmo. Sr. Don Isidro y Excma. Sra. D.^a Marina, dictó el once de julio de dos mil tres una resolución con el encabezamiento de Providencia Excmo. Sr. Presidente Don Manuel María Zorrilla Ruiz, que decía así:

«Dada cuenta; no habiendo resultado mayoría de votos sobre la admisión de las querellas acumuladas, se acuerda la constitución de la Sala prevista en el artículo 262.2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y que, teniendo en cuenta que la referencia al Presidente de la Audiencia se tiene hecha al Presidente del Tribunal, quedará formada, por los integrantes de origen y, a causa de no haber otros Magistrados del mismo orden jurisdiccional, por los tres Magistrados que, según el turno preexistente son:

- D. Manuel Díaz de Rábago Villar
- D. Enrique Torres López de la Calle
- D.^a María Abelleira Rodríguez

Los así designados concurrirán al acto de deliberación que, en unión de los componentes originarios de la Sala, tendrá lugar el día 14 de julio a las diez horas de su mañana (...).».

El Ministerio Fiscal planteó ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial —CGPJ— recurso de alzada que terminaba con esta petición:

«En su virtud, el Fiscal interesa se tenga por interpuesto recurso de alzada contra el acuerdo gubernativo incorporado a la providencia de fecha de 11 de julio de 2003, dictada en el marco formal del Rollo de Sala 19/03, acordando la suspensión del acto de deliberación fijado para el próximo día 14 de julio a las diez horas, dejando sin efecto la designación de los Magistrados D. Manuel Díaz de Rábago Villar, D. Enrique Torres López de la Calle y Doña María Abelleira Rodríguez, al no constar que esas designaciones se han verificado conforme al turno preestablecido.

Al propio tiempo se interesa se declare que el llamamiento a realizar por el órgano de Gobierno —Presidente del TSJ—, ha de ajustarse a las previsiones legales definidas en los artículos 262, 198 y 199 de la LOPJ, atendiendo al turno establecido y aprobado por la Sala de Gobierno a propuesta de dicho Presidente para completar Sala, debiendo ser preferidos los Magistrados que se encuentren libres de señalamientos, y entre estos, los más modernos».

El acuerdo del Pleno del CGPJ de 23 de julio de 2003 resolvió:

«Estimar parcialmente el recurso de alzada n.º 152/03 interpuesto por el Excmo. Sr. Fiscal General del Estado contra el acuerdo del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ínsito en la Providencia que como Presidente de la Sala de lo Civil y Penal del mismo Tribunal Superior dictó con fecha 11 de julio de 2003, en los rollos acumulados núms. 19/03 y 21/03 de la expresada Sala de lo Civil y Penal, Acuerdo que se anula y revoca, en cuanto a la aplicación de los criterios complementarios analizados en el fundamento de derecho quinto de esta resolución, que no satisfacen las exigencias constitucionales de objetividad y predeterminación».

SEGUNDO.—El presente proceso se ha iniciado en virtud de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Excmo. Sr. Don Eloy, el Excmo. Sr. Don Isidro y la Excma Sra. D.^a Marina, a través del trámite del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, contra el acuerdo de 23 de julio de 2003 del Pleno del CGPJ a que antes se ha hecho referencia.

En ese escrito de interposición se hace constar: «El derecho cuya tutela judicial se pretende es el previsto en el artículo 24 CE, concretamente, el regulado en el apartado 2, esto es, el derecho que todos los ciudadanos tienen a un juez ordinario predeterminado por la ley»; y lo que se solicita en la posterior demanda es que se anule y deje sin efecto la resolución del CGPJ impugnada.

Los principales argumentos de fondo con que los demandantes intentan sostener que el acuerdo impugnado ha vulnerado su derecho al juez

ordinario predeterminado por la ley están constituidos por éstos que siguen.

Que el derecho fundamental del artículo 24.2 CE implica que la composición del órgano judicial venga determinada por ley y que, en cada caso concreto, se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente.

Que una eventual irregularidad en la designación del juez puede constituir una infracción del derecho del justiciable al juez ordinario predeterminado por la ley.

Que en el caso de que aquí se trata el juez u órgano predeterminado para dirimir el empate entre los magistrados favorables y contrarios a la admisión a trámite de la querrela es la Sala prevista en el artículo 262 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —LOPJ— y el procedimiento para la designación de magistrados es el regulado en el artículo 263.1 del mismo texto legal.

Que este procedimiento tiene un núcleo incontrovertible, cual es que la designación debe ser efectuada por el Presidente de la Sala.

Que lo anterior no implica que las designaciones efectuadas resulten inatacables, puesto que pueden ser recurridas y anuladas mediante los recursos jurisdiccionales correspondientes.

Y que en el caso de la actual controversia la designación efectuada por el órgano competente se anula a través de un procedimiento arbitrario que provoca que se realicen nuevas designaciones, mediante la injerencia en el ámbito de la esfera jurisdiccional y una inaceptable presión que conculca el derecho a la independencia de los órganos judiciales; lo cual no casa con la idea de que el CGPJ tenga por objetivo velar la independencia externa de Jueces y Magistrados, o que uno de los elementos esenciales de ese Consejo sea precisamente constituir un instrumento de proyección o salvaguarda de la imagen de independencia del poder judicial.

Con el presupuesto de lo que acaba de expresarse se aduce que el acuerdo del CGPJ objeto de impugnación está viciado de nulidad por estas tres razones:

a) porque la resolución cuya naturaleza se discute es una providencia y su mera forma le hace inmune al control por parte de los órganos que no tengan naturaleza jurisdiccional;

b) porque esa resolución controvertida tiene naturaleza jurisdiccional, y

c) porque el acuerdo del CGPJ vulnera el artículo 113.3 de la Ley 30/1992, por incongruencia entre lo recurrido y lo resuelto por el CGPJ.

TERCERO.—Como resulta de lo anterior, el problema capital que en este proceso ha de resolverse es la naturaleza o alcance que ha de atribuirse al acto de designación de los Magistrados que han de componer la Sala

dirimente de la discordia surgida en un proceso, y que el artículo 263.1 de la LOPJ regula con estos términos:

«El que deba presidir la Sala de Discordia hará el señalamiento de las vistas de discordia y designaciones oportunas».

Lo que más concretamente ha de decidirse es si esa designación constituye un acto de gobierno interno de los Tribunales y Juzgados, cuya impugnación pueda ser planteada mediante un recurso administrativo ante el CGPJ, o si, por el contrario, es un acto de carácter y naturaleza jurisdiccional que, por esta razón, solo permite su impugnación a través de los recursos procesales y ante las Salas de Justicia del correspondiente orden jurisdiccional.

Ya debe adelantarse que el anterior interrogante no puede despejarse con una mera interpretación gramatical de la LOPJ, porque sus preceptos no abordan directamente dicha cuestión y tampoco incluyen o sientan expresos criterios directamente dirigidos a definir la frontera que separa los respectivos espacios que corresponden a lo jurisdiccional y a lo gubernativo.

Por tanto, la solución habrá de buscarse siguiendo una técnica principal o conceptual que, partiendo de lo que sean criterios mayoritariamente compartidos en el campo doctrinal, tome en consideración los conceptos fundamentales sobre potestad jurisdiccional, proceso y presupuestos del proceso; pondere los valores constitucionales en juego y su mejor realización; se atenga al perfil institucional que usualmente se viene atribuyendo a la concreta garantía de reserva jurisdiccional; y no olvide la relevancia constitucional que corresponde al Consejo General del Poder Judicial.

Ese método deberá completarse con un criterio de interpretación sistemática que tenga en cuenta la solución seguida por la LOPJ en otros preceptos que regulan aspectos o cuestiones semejantes a la que aquí se analiza.

CUARTO.—La potestad jurisdiccional está enderezada a la aplicación individualizada del ordenamiento jurídico y, según lo establecido en el artículo 117.3 CE, consiste en juzgar y ejecutar lo juzgado según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. Constitucionalmente comprende, pues, el enjuiciamiento de fondo de la correspondiente contienda individualizada y también la actividad procesal que legalmente ha de ser desarrollada para ese enjuiciamiento.

Por lo que hace a esta última (la actividad procesal), es usual subrayar que su fin es determinar cuales son los elementos objetivos y subjetivos de la contienda, esto es, el tema de controversia, quienes pueden comparecer y han de ser llamados como partes en el litigio y cual ha de ser el concreto

órgano jurisdiccional, de entre los que con ese carácter figuran en el elenco legal, a quien corresponde la competencia para enjuiciarlo y resolverlo.

Directamente relacionado con lo anterior algo más debe ser destacado: toda resolución jurisdiccional, ya sea de fondo o de ordenación procesal, ha de ser dictada por la totalidad de los componentes personales del órgano jurisdiccional cuando este es colegiado (aunque la firme o rubrique solo el Presidente).

En la Ley Orgánica del Poder Judicial la designación de los componentes de los órganos jurisdiccionales es una atribución de sus órganos de gobierno. Así sucede con el nombramiento de Jueces y Magistrados que corresponde al CGPJ (artículos 107.5 y 316); con la competencia reconocida a las Salas de Gobierno para establecer anualmente la ordinaria composición de Salas y Secciones, adoptar medidas en casos de disidencias y completar provisionalmente las Salas en casos circunstanciales (artículo 152.1, apartados 2.º, 3.º y 4.º); con la determinación de la composición de las Secciones que se atribuye al Presidente de Sala (artículo 198); y con la atribución que se reconoce al Presidente del Tribunal respectivo sobre designación de Magistrados para completar Sala cuando no asistieren Magistrados en número suficiente (artículo 199).

En esa misma Ley Orgánica del Poder Judicial los Presidentes de las Salas de Justicia están también configurados como órganos de gobierno interno y, con este carácter, el artículo 165 les asigna esta atribución: «tendrán en sus respectivos órganos jurisdiccionales la dirección e inspección de los servicios y asuntos, adoptarán las resoluciones que la buena marcha de la Administración de Justicia aconseje (...)».

Este carácter de órgano de gobierno de los Presidentes de las Salas de Justicia lo viene a confirmar el Reglamento 1/2000, de 26 de julio, del Consejo General del Poder Judicial, de los Órganos de Gobierno de Tribunales, que somete sus actos a lo establecido para los actos de las Salas de Gobierno y permite frente a sus acuerdos el recurso de alzada ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (artículos 58 y 59).

QUINTO.—Lo que antecede ya permite una primera aproximación sobre la caracterización de esa facultad de designación que, según el artículo 263.1 de la LOPJ, corresponde a los Presidentes de las Salas de Justicia en orden a completar el número de los que legalmente han de concurrir para dirimir la discordia. Y lo que resulta es lo siguiente:

a) No se trata de una actividad de enjuiciamiento.

b) Tampoco es una actividad llamada a determinar uno de los presupuestos procesales; o dicho más concretamente: no decide cual ha de ser el órgano jurisdiccional competente.

c) Está atribuida individualmente al Presidente de la Sala de Justicia, que como tal únicamente es órgano de gobierno interno y no órgano jurisdiccional (los Presidentes no figuran en la relación tasada de Juzgados y Tribunales que incluye el artículo 26 de la LOPJ a los efectos de atribuir «El ejercicio de la potestad jurisdiccional»).

d) La resolución en que se exterioriza, cualquiera que sea su denominación, es dictada (no sólo firmada) únicamente por el Presidente, y no puede ser calificada de resolución jurisdiccional al no ser referible a ninguno de los Juzgados o Tribunales a los que está atribuido en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Por otro lado, lo que sí se advierte es que se trata de una facultad de composición interna del órgano jurisdiccional, muy semejante a las que tienen atribuidas las Salas de Gobierno y los Presidentes de Tribunales, y fácilmente encuadrable en la genérica atribución que el artículo 165 de la LOPJ asigna a los Presidentes de las Salas de Justicia, en su calidad de órganos de gobierno interno de los tribunales, de adoptar las resoluciones que la buena marcha de la Administración de Justicia aconseje.

Finalmente, debe también destacarse que se trata de una decisión que afecta tanto a los Magistrados designados como a los que no lo han sido (unos podrán tener interés en no asistir y otros en lo contrario), a quienes se les debe reconocer la posibilidad de impugnarla cuando entiendan que ha sido adoptada de manera irregular. Esta impugnación, referida a derechos y obligaciones del estatuto profesional de Jueces y Magistrados, tiene su encaje más natural en un recurso administrativo y no en uno procesal, y abona a favor de la naturaleza gubernativa de la designación.

SEXTO.—La configuración de la designación de los componentes de la Sala de Discordia como acto gubernativo es la solución que mejor se acomoda a las exigencias del derecho fundamental de tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE.

Hay en este precepto una clara meta de efectividad para la actuación jurisdiccional que constituye el principal contenido del derecho fundamental que reconoce. Lo que equivale a un enérgico designio de evitar en la mayor medida posible las dilaciones procesales y las actuaciones innecesarias.

El logro de esa meta constitucional resulta más factible si para la controversia que pueda suscitar la composición de la Sala de Discordia se arbitra un inicial e inmediato mecanismo de solución, como acontece con el recurso gubernativo ante el CGPJ, que si esta posibilidad queda diferida al final del proceso jurisdiccional en el que ha de actuar dicha Sala de Discordia. Esa primera solución, además de facilitar una respuesta rápida, puede evitar la práctica de actuaciones innecesarias, porque permite afron-

tar la cuestión de la composición de la Sala de Discordia antes de que comience su actuación jurisdiccional (o en su fase más inicial).

Esa caracterización gubernativa de la designación que es aquí objeto de polémica es también la que mejor facilitará en esta materia la observancia de los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica (artículos 14 y 9.3 CE).

Permitirá centralizar en un solo orden jurisdiccional, el contencioso-administrativo, las respuestas jurisprudenciales a todas las cuestiones que se puedan suscitar sobre la constitución y composición de la Sala de Discordia; y de esta manera se ahuyentarán los riesgos de soluciones contradictorias y la incertidumbre que con ellas se generaría.

SÉPTIMO.—El principio de reserva de jurisdicción tampoco queda comprometido por esa residenciación en el CGPJ de un recurso gubernativo frente al acto de designación de los componentes de la Sala de Discordia.

La garantía inherente a este principio lo que reclama es que las tareas que son contenido propio de la potestad jurisdiccional estén asignadas en exclusiva a los juzgados y tribunales que legalmente integran el poder judicial.

Ya se ha razonado con anterioridad que la actividad jurisdiccional está encarnada por el enjuiciamiento de fondo de la contienda que enfrenta a los litigantes y por la actividad procesal que legalmente ha de ser desarrollada para ese enjuiciamiento. También se ha dicho que esta última actividad procesal está acotada por la determinación de lo que se vienen a denominar los presupuestos procesales, y que dicha actividad procesal, en lo que hace al órgano jurisdiccional, se concreta en decidir cual ha de ser el competente de entre todos los que figuran en el elenco legal de juzgados y tribunales.

Por lo cual, en la designación que se está analizando no es de apreciar una invasión en la específica esfera de actividad a la que está referida, en su perfil más convencional, esa garantía propia del principio de reserva de jurisdicción.

Por otro lado, el hecho de que la designación de la Sala de Discordia se haga para un concreto proceso individualizado no es motivo para suponer una injerencia gubernativa dirigida a mediatizar la actuación del órgano jurisdiccional que ha de enjuiciarlo.

La razón de que así deba ser entendido es que la constitución de la Sala de Discordia tiene como necesario hecho desencadenante una disidencia entre los miembros iniciales del órgano jurisdiccional competente, y esto lleva consigo que la designación de los componentes de dicha Sala de Discordia no sea una iniciativa que libremente pueda ser adoptada.

A lo que debe sumarse que siempre quedaría el control jurisdiccional de la actuación gubernativa realizada para esa designación a través del orden contencioso-administrativo.

OCTAVO.—La calificación constitucional del CGPJ es la de ser el órgano de gobierno del Poder Judicial, y entre las funciones que la Carta Magna le asigna expresamente figura la concerniente a la materia de nombramientos (artículo 122.2 CE). Consiguientemente, su intervención, a través de un recurso administrativo, en el control de la designación de los componentes de los Magistrados que han de formar una Sala de Discordia, es coherente con ese papel constitucional.

NOVENO.—La conclusión que se deriva de lo que se ha venido exponiendo es que la aquí discutida designación de los componentes de la Sala de Discordia no es ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino actuación realizada por el Presidente de la Sala de lo Civil y Penal en el ejercicio de las funciones que están legalmente asignadas, en su condición de órgano de gobierno interno de los Tribunales y Juzgados, a los Presidentes de las Salas de Justicia.

Por tanto, no pueden ser compartidas ni acogidas ninguna de las razones que los demandantes han aducido para intentar sostener esa vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, previsto en el artículo 24.2 CE, en la que fundan la pretensión que ejercitan en este proceso.

Es de añadir, como complemento de lo anterior, que la denominación atribuida al inicial acto de designación de los componentes de la Sala de Discordia no determina su naturaleza, porque lo decisivo a este respecto es el contenido de la decisión adoptada a través de esa designación.

También debe subrayarse, en relación al concreto reproche de incongruencia que se dirige al acto del Pleno del CGPJ directamente impugnado, que lo decisivo a este respecto no es la motivación de ese acto plenario ni los términos con los que se expresa. Lo relevante es el resultado práctico de su decisión, que consistió en la anulación y revocación de la designación efectuada por el Presidente de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal de Justicia del País Vasco.

DÉCIMO.—Todo lo antes razonado hace procedente desestimar el recurso contencioso-administrativo y no son de apreciar circunstancias que justifiquen una especial imposición de costas.

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso contencioso-administrativo que, a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, ha sido interpuesto por el Excmo. Sr. Don Eloy, el Excmo. Sr.

Don Isidro y la Excma. Sra. Doña Marina contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 23 de julio de 2003, por no ser de apreciar la vulneración del derecho fundamental que ha sido denunciada.

2. No efectuar especial imposición de costas.

3. DOCUMENTACIÓN

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO

Comentario general de doctrina legal: ámbito subjetivo de aplicación de la legislación de contratos de las Administraciones públicas.

1. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas requiere que una de éstas sea parte en el contrato para resultar de aplicación. Sin que ello ocurra, no hay contrato calificable como «de las Administraciones Públicas». Ahora bien, los contratos en los que es parte una Administración pública ni tienen todos el mismo régimen jurídico, ni quedan todos incluidos en la citada Ley de Contratos.

La descentralización funcional, realizada por las Administraciones territoriales desde finales del siglo XIX y justificada doctrinalmente en los albores del XX, ha tenido como consecuencia que la gestión de numerosos servicios públicos haya sido asumida por organismos públicos instrumentales, de naturaleza dispar. Unas veces se trata de entidades de Derecho público, bien sometidas en toda su actividad al Derecho público, bien, en todo o en parte de su labor, al Derecho privado; otras, de sociedades mercantiles en cuyo capital participan Administraciones o Entes Públicos. La disparidad de formas de conformación y actuación de este tipo de Organismos ha suscitado la polémica y difícil cuestión de su inclusión en el ámbito de aplicación de la legislación de los contratos públicos.

En las últimas décadas y, de un lado, sobre la base de que régimen administrativo y eficacia son conceptos antagónicos, diametralmente opuestos y aún incompatibles y, por otra parte, por influencia anglosajona, se ha propugnado la aplicación de técnicas de gestión privadas en el ámbito de las Administraciones Públicas. Ello ha llevado a someter al Derecho privado la actuación de numerosos Organismos públicos que gestionan servicios públicos o desarrollan actividades administrativas. Es el fenómeno conocido y estudiado de *huida del Derecho administrativo* de las Administraciones Públicas.

Importante influencia en dicho fenómeno de sujeción a las reglas del Derecho privado de Organismos públicos la ha tenido —y la sigue teniendo— el modelo anglosajón de organización pública, en el que las agencias (*agencias*) carecen de privilegios de toda índole frente al particular. No obstante, es de resaltar que el proceso de adaptación del modelo anglosajón a la Europa continental ha tomado derroteros distintos. En ésta y, en especial, en nuestra Patria, la sujeción de determinados Organismos públicos a las reglas jurídico privadas, de un lado, ha sido parcial, de tal suerte que éstos han conservado potestades y prerrogativas administrativas, y, de otra parte, ha venido sólo motivada por el espurio ánimo de remover controles.

No obstante el fenómeno producido, el Consejo de Estado ha señalado que el planteamiento que lo sustenta es erróneo, por cuanto las ideas de régimen administrativo y eficacia no son antagónicas. Además, ha añadido que las Administraciones, aun cuando contraten sometándose al Derecho privado, han de sujetarse a determinadas reglas de carácter público, que las diferencia de las personas privadas, con plena autonomía y disponibilidad en su actuación para la consecución, a su propio riesgo, de lo que consideren en cada momento sus intereses y objetivos particulares. Y ello porque «toda la contratación pública, revestida de un interés general que la justifique, deberá necesariamente asegurar la objetividad y concurrencia en la adjudicación a través de una adecuada publicidad y la utilización de criterios previamente conocidos en los que se estipule las condiciones necesarias para contratar» (GIMENO).

2. El ámbito subjetivo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debe deducirse primordialmente de sus artículos 1.º y 2.º

El artículo 1.1 previene que,

«los contratos que celebren las Administraciones públicas se ajustarán a las prescripciones de esta Ley»

El número 2 del mismo precepto legal establece que, a los efectos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,

«2. Se entiende por Administración Pública a los efectos de esta Ley:

- a) La Administración General del Estado.*
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.*
- c) Las entidades que integran la Administración Local».*

Por último, el número 3 del mencionado artículo previene:

«3. Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los Organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

- a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial.*
- b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos Organos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de Derecho público».*

No obstante lo establecido en el artículo 1.º de la Ley, el segundo previene

«1. Las entidades de Derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior (artículo 1) quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, respecto de los contratos en los que concurran los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de contratos de obras y de contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales relacionados con los primeros, siempre que su importe, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, será igual o superior a 891.521.645 pesetas (5.358.153 euros equivalentes a 5.000.000 de derechos especiales de giro), si se trata de contratos*

de obras o a 35.660.846 pesetas (214.326 euros equivalentes a 200.000 de derechos especiales de giro) si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.

b) Que la principal fuente de financiación de los contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las Administraciones Públicas.

2. Quedan sujetos a las prescripciones a que se refiere el apartado anterior los contratos de obras de la clase 50, grupo 502 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), los de construcción relativos a hospitales, equipamientos deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y a edificios de uso administrativo y los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales que estén relacionados con los contratos de obras mencionados, cuando sean subvencionados directamente por la Administración con más del 50 por 100 de su importe, siempre que éste, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 831.930.000 pesetas (5.000.000 de euros), si se trata de contratos de obras o a 33.277.208 pesetas (200.000 euros), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados».

Además, en relación a la contratación de las Empresas Públicas con forma mercantil, la disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que:

«Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos, o entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios».

3. A la vista de la regulación expuesta, la Administración General del Estado queda sujeta a la regulación contenida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Dicha sujeción es plena, puesto que la norma se aplica en su integridad.

La Administración General del Estado está dotada de personalidad jurídica única (Ley 6/1997, artículo 6.º). El ordenamiento le atribuye la gestión de los intereses generales de España (defensa, acción exterior, Fuerzas Armadas, etc.). Se integra por Organos centrales, que extienden su

competencia a todo el territorio nacional, u Organos periféricos, que extienden su competencia a parte del territorio nacional; y Organos interiores o exteriores, según ejerzan sus competencias dentro o fuera del territorio nacional.

La utilización del adjetivo calificativo «general» predicado de la Administración del Estado, introducida en la legislación orgánica y de funcionamiento e incorporada por la de contratos, no comporta que las tradicionalmente denominadas Administraciones especiales, la exterior, la militar y la de la Hacienda pública, queden excluidas de la regulación general de la contratación administrativa.

4. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas resulta igualmente de aplicación a la Administración de las Comunidades Autónomas, excluidos aquellos preceptos enumerados en la disposición final primera, que tienen carácter supletorio, y que se aplican, por consiguiente, en defecto de la regulación específica dictada por las Comunidades Autónomas.

Las Comunidades Autónomas pueden dictar normas atinentes a la regulación de la composición del Organo que ha de seleccionar al contratista (artículo 12 de la Ley); introducir mecanismos de arbitraje (artículo 61, no obstante su carácter básico); la creación de juntas consultivas de contratación administrativa (artículo 10.3) y la creación de sus propios registros oficiales de contratistas (artículo 35.2).

Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, subordinadas a sus Consejos de Gobierno, ejercen las competencias ejecutivas atribuidas a cada una de ellas por los Estatutos respectivos. Por lo general, se han organizado tomando como modelo el de la Administración General del Estado. Tienen personalidad jurídica única, bien por establecerlo así los propios Estatutos de Autonomía (Aragón y Murcia), bien por disponerlo las leyes de gobierno y administración.

5. Las entidades que integran la Administración Local están sujetas también a las prescripciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En concreto, se aplica a las Entidades locales; esto es, el municipio, la provincia, la entidad local menor y la isla, comarcas, áreas metropolitanas y mancomunidades (Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, artículo 3.1).

La Administración Local está integrada por diversas entidades, a saber:

A) La *provincia*. Es una Entidad Local con personalidad jurídica desde el Estatuto provincial de 1925, —además de una división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado—. En cuanto Entidad Local, la provincia se integra en la Administración Local. Está constituida por la agrupación de municipios y goza de autonomía para la gestión de

sus intereses propios. Sus competencias están establecidas en el artículo 35 y 36 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, por la que se establecen las bases del régimen local. Se gobiernan por la correspondiente Diputación. Sus límites están definidos legalmente y la modificación de éstos debe hacerse mediante Ley Orgánica. Las provincias de Navarra, Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Baleares y Madrid no existen como Entidades Locales en cuanto se identifican con las respectivas Comunidades Autónomas uni-provinciales. En estos casos, tiene lugar la desaparición de la Diputación provincial y de todos sus Organos que quedan subsumidos en la organización propia de la Comunidad Autónoma; en otros términos, desaparece la Entidad Local, asumiendo sus competencias la Comunidad Autónoma (*Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981*). Las provincias de Alava, Guipuzcoa y Vizcaya se denominan, en la terminología del Estatuto del País Vasco, como *Territorios Históricos*, con competencias mucho más amplias que las comunes de las demás provincias (Ley 27/1983, de 25 de noviembre, del País Vasco). En Canarias, la provincia se gobierna mediante la *Mancomunidad provincial interinsular*.

B) El *municipio*. Es una agrupación de personas asentada en un determinado territorio. Constituye la entidad local básica de la organización territorial del Estado (Ley 7/1985, de 2 de abril, artículo 11). Sus competencias están fijadas en los artículos 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

C) La *isla*. Es entidad local de naturaleza territorial que asume las competencias de las Diputaciones provinciales en los archipiélagos balear y canario (Ley 7/1985, artículo 41). Tiene personalidad jurídica (Reglamento de Organización y funcionamiento de las Entidades locales, artículo 3).

La isla es un concepto jurídico que no guarda correlación exacta con la realidad geográfica que evoca y ello porque: a) no todas las islas en sentido geográfico son entidades locales territoriales; no lo son ni las islas e islotes del litoral peninsular (Columbretes, Cíes, Alborán, Peñón Velez de la Gomera, Chafarinas, etc.), ni otros pertenecientes a los dos archipiélagos, bien sin población permanente (Cabrera, Vedra, Conejera y Dragoneira en Baleares; Alegranza, Roque del Este, Roque del Oeste, Mompeña, Montaña Clara y Lobos en Canarias), bien con ésta (Formentera, perteneciente a Ibiza o La Graciosa, integrada en Lanzarote) (Santamaria).

La representación de la isla balear corresponde al *Consell insular* y de la isla canaria al *Cabildo insular*.

Ch) Además, se integran en la Administración local, de una parte, las *entidades de ámbito territorial inferior al municipal* concepto éste que agrupa las *entidades locales menores* (Ley 7/1985, de 2 de abril, artículo

45), cualesquiera que sean sus denominaciones, tales como caseríos, parroquias, aldeas, barrios, etc., y, de otra, las *comarcas* (Ley 7/1985, de 2 de abril, artículo 2), y las *áreas metropolitanas* (Ley 7/1985, de 2 de abril, artículo 43). Estas últimas, no tienen el carácter de entidades primarias, en los términos antes expresados.

6. Los Organismos autónomos deben, en todo caso, ajustar su actividad contractual a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según previene su artículo 1.3.

Como es sabido, los Organismos autónomos son entidades de Derecho público que se organizan, funcionan internamente y actúan en el tráfico sujetándose a las normas de Derecho administrativo. A ellos se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de una Administración Pública, la realización de actividades de fomento, prestaciones o de gestión de servicios públicos (Ley 6/1997, artículo 45). Se rigen por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Tienen personalidad jurídica pública diferenciada de las Administraciones Públicas territoriales a las que están adscritas; patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión. Ejercen las potestades precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos previstos en sus Estatutos, salvo la potestad expropiatoria (Ley 6/1997, artículo 42). Se organizan, funcionan internamente y actúan en el tráfico sujetándose a las normas de Derecho administrativo. A ellos se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de una Administración Pública, la realización de actividades de fomento, prestaciones o de gestión de servicios públicos (Ley 6/1997, artículo 45).

No obstante, los Organismos autónomos pueden ejercer potestades de policía. Las actividades de prestación que desarrollan no pueden dar lugar a una contraprestación compensatoria de su coste por parte de sus destinatarios.

Con arreglo a dicha Ley 6/1997, a efectos del régimen jurídico de sus actos, y frente a lo establecido en la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, contra los actos de los máximos órganos de dirección de un Organismo autónomo sólo cabe inicialmente recurso de reposición y contencioso-administrativo ante los Tribunales, pues causan estado en vía administrativa. En otros términos, que no puede interponerse recurso de alzada ante el Ministerio al cual están adscritos (Ley 6/1997, disposición adicional 15.^ª3).

No obstante, el artículo 82 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Fiscal estableció que los

actos y resoluciones de los máximos órganos personales o colegiados de determinados Organismos autónomos no ponen fin a la vía administrativa, de tal suerte que cabe recurso de alzada contra ellos.

Tal es el caso del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia y de la Mutualidad General Judicial (Ministerio de Justicia); del Canal de Experiencias Hidrodinámicas del Pardo, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, del Servicio Militar de Construcciones y del Fondo de Explotación de Servicios de Cría Caballar y Remonta (Ministerio de Defensa); del Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado, del Instituto Nacional de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y del Banco de España, conforme a su legislación específica, y del Organismo autónomo Comisionado Nacional para el Mercado de Tabacos (Ministerios de Economía y Hacienda); del Instituto Nacional de Empleo, del Fondo de Garantía Salarial (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales); de la Agencia para el Aceite de Oliva, la Entidad de Seguros Agrarios, el Fondo de Regulación y Ordenación del Mercado de Productos de la Pesca y Cultivos Marinos, del Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, del Instituto Nacional de Oceanografía, del Fondo Español de Garantía Agraria (Ministerio de Agricultura); del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional (Ministerio de la Presidencia); de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (Ministerio de Administraciones Públicas) y de los administradores de infraestructuras ferroviarias, por lo que respecta a las decisiones relativas a la adjudicación de franjas o surcos de infraestructuras (Ministerio de Fomento).

De manera coherente con las previsiones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el artículo 49.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado prevé:

«La contratación de los Organismos autónomos se rige por las normas generales de la contratación de las Administraciones públicas»

Los Organismos autónomos eran clasificados por la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 en dos categorías, a saber: Organismos autónomos administrativos y Organismos autónomos de carácter industrial, financiero o análogo. Tal distinción desapareció con la Ley 6/1997, de 14 de abril. No obstante esta circunstancia, de manera indirecta, la distinción ha reaparecido precisamente al socaire de la legislación de contratos administrativos.

En efecto, el apartado cuarto del artículo 60 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social antes citada dispuso:

«El régimen de contratación será el establecido en el artículo 49 de la citada Ley 6/1997, y les será de aplicación lo previsto para los Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, en el artículo 3.1.f) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas».

7. Las restantes Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas están sujetas igualmente a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Que hayan sido creadas (las Entidades de Derecho Público) para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;

b) Que se trate de entidades:

— bien que su actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras Entidades de Derecho Público,

— bien que su gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas,

— bien que sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras Entidades de Derecho Público (artículo 1.3).

Las entidades a que se refiere la Ley en su artículo 1.3 han de tener forma jurídico pública. Es erróneo identificarlas con las antiguas sociedades estatales a que se refería el artículo 6.1.b) de la Ley General Presupuestaria. Su ámbito es más amplio y, cuando concurren los requisitos legales, permite sujetar al régimen de contratación pública a entidades tales como las entidades públicas empresariales, las universidades, los consorcios, las mancomunidades y entidades gestoras de la Seguridad Social.

En concreto, pueden quedar incluidos en la categoría de restantes entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas las siguientes:

a) Las Entidades públicas empresariales que son entidades de Derecho público que se organizan y funcionan internamente, sujetándose a las normas de Derecho administrativo, y, en sus relaciones con terceros,

sometiéndose al Derecho privado. A ellas, se les encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (Ley 6/1997, artículo 53). Les resultan de aplicación las normas de Derecho público en el caso de ejercicio de potestades que impliquen autoridad por parte de las entidades públicas empresariales.

Las Entidades públicas empresariales dependientes del Estado se rigen por las previsiones de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Las potestades administrativas atribuidas a las Entidades públicas empresariales sólo pueden ser ejercidas por aquéllos órganos de éstas a los que los Estatutos se les atribuya expresamente.

A efectos del régimen jurídico de sus actos, que sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas, debe tenerse en cuenta que, frente a lo establecido en la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, contra los actos de los máximos órganos de dirección de un Organismo autónomo sólo cabe recurso de reposición y contencioso-administrativo ante los Tribunales, pues causan estado en vía administrativa. En otros términos, que no cabe recurso de alzada ante el Ministerio al cual están adscritos (Ley 6/1997, disposición adicional 15.ª3).

No obstante, el artículo 82 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Fiscal ha establecido que los actos y resoluciones de los máximos órganos personales o colegiados de determinadas entidades públicas empresariales no ponen fin a la vía administrativa, de tal suerte que cabe recurso de alzada contra ellos.

b) Las entidades gestoras de la Seguridad Social que son entidades de Derecho público que actúan conforme al Derecho administrativo y a su derecho propio. Les son aplicables las previsiones de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado relativas a los Organismos autónomos, salvo en lo tocante al personal, régimen económico-financiero, patrimonial y presupuestario, impugnación de actos, su revisión y a la asistencia jurídica que se rigen por su legislación específica y la Ley General Presupuestaria.

La Seguridad Social, en cuanto tal, no tiene existencia jurídica. Ahora bien, como sistema, está integrada por sus organismos de diversa naturaleza. Unos son las Entidades gestoras (Servicios regionales de Salud, INSS); y, otros, Organismos autónomos (IMSERSO, INEM, Instituto Social de la Marina y Tesorería General).

El *IMSERSO* (*Instituto Migraciones y Servicios Sociales*) y *INEM* (*Instituto Nacional de Empleo*) son Organismos autónomos, que gestionan

los servicios complementarios y la prestación por desempleo, y deben incardinarse en la categoría antes descrita; por su parte, las entidades gestoras (*INSS*) y la Tesorería General de la Seguridad Social son distintos de éstos, aunque se someten a su régimen jurídico (Ley 6/1977, disposición adicional sexta).

El Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre, atribuye personalidad jurídica a la Tesorería General de la Seguridad Social. El Real Decreto 1414/1981, de 3 de julio, se la reconoce al Instituto Social de la Marina. No la tienen expresamente atribuida, pero es obvio que son sujetos de Derecho, las entidades gestoras de la Seguridad Social, según se deduce de lo establecido en el artículo 59 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

El *régimen de personal, económico financiero, patrimonial, presupuestario y contable* de las entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social, así como el relativo a la impugnación y revisión de sus actos y resoluciones y a la asistencia jurídica es el establecido en su legislación específica, en la Ley General Presupuestaria en las materias que les son de aplicación y en la Ley 6/1997, de 26 de noviembre.

El *Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)* es el competente para la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, incluidas las familiares, las contributivas y las no contributivas, excluidas las pensiones de invalidez y jubilación en sus modalidades no contributivas. Le corresponde además el reconocimiento del derecho a las prestaciones (Real Decreto 1854/1979, de 30 de julio y Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio).

El Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) era el competente para la gestión y administración de los servicios sanitarios en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas que no hayan asumido dicha competencia. Le corresponde además la medicina preventiva y comunitaria (Real Decreto 1855/1979, de 30 de julio). Ha sido transformado por Real Decreto de 9 septiembre de 2002 en *Instituto Nacional de Gestión Sanitaria*.

El *Instituto Migraciones y Servicios Sociales* es el competente para la gestión y administración de las pensiones de invalidez y jubilación en sus modalidades no contributivas y de los servicios complementarios de las prestaciones del sistema de Seguridad Social (prestaciones recuperadoras) (Real Decreto 1856/1979, de 30 de julio).

El *Instituto Nacional de Empleo (INEM)* es el competente para la gestión y administración de la prestación del desempleo.

El *Instituto Social de la Marina* gestiona, por su parte, en exclusiva, el régimen especial de Seguridad Social de los trabajadores del mar.

La *Tesorería General de la Seguridad Social* es competente para recaudar, custodiar y administrar los recursos financieros y para gestionar la inscripción, afiliación, altas y bajas en la Seguridad Social.

c) Las entidades de Derecho público excluidas del Régimen General. Son entidades creadas, bien bajo la dependencia de una Administración territorial, bien con carácter independiente de éstas, para la realización de actividades de ejecución o gestión administrativas de fomento o prestación y de contenido económico.

Esta categoría, de carácter residual, integra a variados organismos de diversa naturaleza y régimen jurídico tales como el Banco de España (Ley 6/1997, disposición adicional octava), la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, el Consejo Económico y Social, el Instituto Cervantes (Ley 6/1997, disposición adicional novena), la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público RTVE, las Universidades dependientes del Estado, la Agencia de Protección de Datos, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y la Comisión Nacional de Mercado de Telecomunicaciones (Ley 6/1997, disposición adicional décima).

En realidad, son Organismos públicos, del tipo de las Entidades públicas empresariales, pero subsisten como categoría independiente, al haber sido excluidas del Régimen General por la Ley 6/1997.

La razón de tal exclusión obedece, en unos casos, a la necesidad de asegurar su peculiar funcionamiento en atención a sus especiales fines o de garantizar su independencia funcional u orgánica (*Administraciones independientes*); en otras ocasiones, sólo se encuentra en la deliberada voluntad de huir de las reglas y principios generales.

Estas Entidades se rigen por sus disposiciones propias y, supletoriamente, bien por la Ley General Presupuestaria (Ley 6/1997, disposición adicional novena), bien por las previsiones de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Ley 6/1997, disposición adicional décima).

Las potestades administrativas atribuidas a las Entidades públicas empresariales sólo pueden ser ejercidas por aquéllos Organos de éstas a los que los Estatutos se las atribuya expresamente.

Contra los actos y resoluciones dictados en el ejercicio de potestades administrativas caben los recursos administrativos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

ch) Las Fundaciones públicas, constituídas como tales, por las Administraciones públicas. Se rigen por lo dispuesto en el artículo 44 y siguientes de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Como tipos especiales de Fundaciones públicas pueden citarse: Las Fundaciones del Patrimonio Nacional que se rigen por la Ley 23/1982, de 16 de junio, del Patrimonio Nacional; las Fundaciones públicas que tienen su regulación específica en el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, y Real Decreto 29/2000, de 14 de febrero; y las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

8. La hermenéutica del artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha sido polémica en el ámbito administrativo, dada, bien la voluntad de algunos organismos de escapar del régimen jurídico público de contratación, bien las dificultades de adecuación de las reglas de ésta al cotidiano actuar de algunas entidades.

La locución legal de que «las Entidades de Derecho público hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil» ha sido objeto de dos interpretaciones diametralmente opuestas.

En unas ocasiones, se ha hecho especial hincapié en que lo determinante para quedar en su ámbito de aplicación es satisfacer un interés general sin perseguir una finalidad industrial o mercantil. Tal es el caso sustentado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 45/1995, de 21 de diciembre, emitido a requerimiento del Director del Instituto Cervantes y en relación con el régimen jurídico aplicable a éste. En este informe se señaló que, habida cuenta que el Instituto Cervantes es una entidad que satisface un interés general como es la difusión del español, sin perseguir una finalidad industrial o mercantil, está sujeto a las prescripciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, entendiéndose derogada la previsión específica, contenida en su ley de creación (Ley 7/1991, de 21 de marzo), de que adecuaba su actuación contractual al Derecho privado.

En el mismo sentido se pronunció la Dirección General del Servicio Jurídico en informe sobre la aplicación de las previsiones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al Instituto Español de Comercio Exterior, al considerar que las actividades de éste eran típicamente administrativas.

El Consejo de Estado sostuvo esta interpretación en el dictamen núm. 499/99, de 4 de marzo de 1999, emitido con ocasión del Proyecto de Real Decreto de adaptación del Instituto de Crédito Oficial a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. El artículo 23 del proyecto preveía la exclusión de la aplicación de la legislación administrativa de contratos en virtud de

lo prevenido en el artículo 1.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo. Pues bien, el Consejo señaló que «el Instituto de Crédito Oficial desarrolla una actividad de fomento económico, orientada a satisfacer necesidades de interés general que no tienen, en principio, carácter industrial o mercantil, dado que no concurre el ánimo de obtener un beneficio económico en sí mismo, finalidad ésta que constituye una de las notas esenciales de la mercantilidad». Y concluyó, en consecuencia, que debía «modificarse la redacción del artículo 23 del proyecto de Estatutos consultado a los efectos de sujetar la contratación del ICO a la normativa administrativa de contratos; un sometimiento al Derecho público que debe garantizarse, cuando menos, en relación con la formación de la voluntad contractual de este Organismo público, sin perjuicio, por tanto, de que los contratos que celebre puedan ser de naturaleza privada y de que se produzca la correspondiente dualidad jurisdiccional en relación con su eventual enjuiciamiento, en virtud de la técnica de los actos separables». Se reiteró análoga doctrina en relación con la Fabrica Nacional de Moneda y Timbre y el Organismo Nacional de Loterías y de Apuestas Mutuas del Estado.

En otros casos, al interpretar el requisito legal de que «las Entidades de Derecho público hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil» se ha puesto el acento en la actividad desarrollada. Así, el Consejo de Estado sostuvo que el Instituto Español de Comercio Exterior, el Centro de Desarrollo Tecnológico Industrial y el Instituto para el Ahorro y la Diversificación de la Energía no estaban incluidos en el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, en los dictámenes núms. 2.718/95, de 14 de diciembre de 1995; 555/96, de 28 de marzo de 1996 y 2.962/96, de 3 de octubre de 1996. Frente al criterio, como se ha indicado, sustentado por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de que las citadas entidades tenían como finalidad satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil, el Cuerpo Consultivo declaró que «cualquiera que sea la calificación administrativa que merezca esta actividad de fomento dentro del esquema clásico, lo que no puede negarse es que sirve intereses generales de política económica que trascienden los del propio sector y contribuye a satisfacer necesidades que indudablemente tiene carácter mercantil (o industrial, según el caso)».

No puede ocultarse la excogitada solución sustentada en estos dictámenes que contraviene directamente la naturaleza de las cosas, de una parte, y la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Este Organismo declaró que «si existe una función de interés general, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se pro-

duce una vis atractiva del primer elemento, debiendo entenderse ese ente (uno público) sujeto a las reglas de la contratación pública» en las Sentencias de 15 de enero de 1998 (caso *Mannesmann*) y de 10 de noviembre de 1998 (caso *BFI Holding*).

El segundo de los requisitos exigidos por el artículo 1.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es el de «que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras Entidades de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de Derecho público».

La noción de «financiación pública» comprende tanto las consignaciones y transferencias presupuestarias como los recursos obtenidos de la exacción de tasas y precios públicos.

9. Como se ha indicado, las Entidades públicas empresariales pueden quedar sujetas a las prescripciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si concurren en ellas los requisitos exigidos por su artículo 1.3, según se deduce de lo establecido en el artículo 57 de la Ley 6/1997, de 14 de abril.

Así están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 1.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la actuación de la Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento del Suelo (Real Decreto Ley 12/1980, de 26 de septiembre, Real Decreto 2640/1981, de 30 de octubre y Real Decreto 1525/1999, de 1 de octubre); el Instituto Cervantes (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa número 45/1995, de 21 de diciembre) y el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado, con excepción de los contratos directamente relacionados con su actividad industrial, de los contratos de suministro de boletos de juego y billetes de lotería nacional y los de servicios con sociedades mercantiles en las que participa mayoritariamente (Ley 50/1998, artículo 70.3). La jurisprudencia ha declarado en la sentencia, de 16 de octubre de 1990, la sujeción al régimen contractual público del Instituto Cartográfico. En el mismo sentido, quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de la LCAP las Universidades (STJC 18-3-1992)

No está sujeta a la LCAP la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales. La Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda tampoco está sujeta a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por así establecerlo, al no concurrir los requisitos del artículo 1.3, sus Estatutos, aprobados por Real Decreto 1114/1999, de 25 de junio.

10. Las disposiciones adicionales octava, novena y décima de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado prevén que el Banco de España, de una parte; la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Instituto Cervantes y el Consejo Económico y Social, de otra; y, por último, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente público de Radiotelevisión española, las universidades no transferidas, la Agencia de protección de datos, el Instituto de Comercio Exterior, el Consorcio de la Zona Especial de Canarias y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se regirán por su legislación específica y supletoriamente por dicha Ley 6/1997.

Tales disposiciones adicionales no deben entenderse en el sentido de que excluidas de la legislación de los contratos públicos si existen previsiones específicas en sus propios Estatutos, como ocurre en el caso del Instituto Cervantes. Antes al contrario, la sujeción a las reglas públicas de contratación ha de determinarse atendiendo a las normas propias y a las generales de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, conforme a los criterios de especialidad y temporalidad. En otros términos, el artículo 1.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tiene efecto derogatorio de las situaciones de exclusión reconocidas en favor de las indicadas Entidades públicas en sus Estatutos.

11. Las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

Así pues, las Sociedades mercantiles estatales se rigen por el ordenamiento jurídico privado en el ejercicio de sus respectivas actividades (disposición adicional decimosegunda de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado), si bien «se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia» (disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

La exigencia de observar los requisitos de publicidad y concurrencia no comporta la obligación de cumplir las formalidades establecidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Se trata de una obligación material, que puede instrumentarse de cualquier manera, como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus Informes 22/95, de 26 de julio de 1995 y 24/95, de 24 de octubre de 1995.

La observancia de las reglas de la publicidad y concurrencia tiene sus límites en la naturaleza de la actividad a realizar, pues si ésta es incompatible con aquéllas no habrán de seguirse.

12. La exclusión de la contratación de las Sociedades mercantiles públicas de la Ley de Contratos de las Administraciones tiene una excepción, a saber: las sociedades mercantiles con un específico ramo de obras públicas, que se contempla en el artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social («Gestión directa de la construcción y/o explotación de determinadas obras públicas»).

Con arreglo a dicho precepto legal:

«Uno. Se autoriza al Consejo de Ministros a constituir una o varias sociedades de las previstas por el artículo 6.1.a) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1.091/1988, de 23 de septiembre, cuyo objeto social sea la construcción y/o explotación de las carreteras estatales que al efecto determine el propio Consejo de Ministros.

Dos. Las relaciones entre la Administración General del Estado y las sociedades estatales a las que se refiere el apartado anterior se regularán mediante los correspondientes convenios, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda que habrán de ser autorizados por el Consejo de Ministros y en los que se prevén, al menos, los siguientes extremos:

a) El régimen de construcción y/o explotación de las carreteras estatales de que se trate.

b) Las potestades que tiene la Administración General del Estado en relación con la dirección, inspección, control y recepción de las obras, cuya titularidad corresponderá en todo caso a la misma.

c) Las aportaciones económicas que haya de realizar la Administración General del Estado a la sociedad estatal, a cuyo efecto aquélla podrá adquirir los compromisos plurianuales de gasto que resulten pertinentes, sin sujeción a las limitaciones establecidas por el artículo 61 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1.091/1988, de 23 de septiembre. Lo dispuesto en esta letra se entiende, en todo caso, sin perjuicio de las aportaciones que la sociedad estatal pueda recibir de otros sujetos públicos o privados, en virtud, en su caso, de la conclusión de los correspondientes convenios.

d) Las garantías que hayan de establecerse en favor de las entidades que financien la construcción y/o explotación de las carreteras estatales.

Tres. En los contratos que las sociedades estatales a que se refiere este artículo concluyan con terceros para la construcción de las carreteras estatales se observarán las reglas siguientes:

a) Se aplicarán las prescripciones de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas en lo concerniente a las disposiciones sobre capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación.

b) Se incluirán las cláusulas que resulten pertinentes para la adecuada defensa por dichas sociedades estatales y por la Administración General del Estado de los intereses públicos afectados.

c) El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y la adjudicación.

Cuatro. Será de aplicación el apartado dos de este artículo a cualesquiera relaciones que la Administración General del Estado establezca con otras empresas públicas para la construcción y/o explotación de carreteras estatales y el apartado tres de este artículo a los contratos que las citadas empresas públicas concluyan con terceros para la construcción y/o explotación de carreteras estatales.

Quinto. La autorización prevista en el apartado uno, se extiende igualmente a la constitución de sociedades estatales que tengan por objeto la construcción, explotación o ejecución de obra pública hidráulica. También resultarán de aplicación a las relaciones de estas sociedades estatales con la Administración General del Estado, y a los contratos que concluyan con terceros, los apartados dos y tres de este artículo».

Para la sujeción a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de los contratos celebrados por las sociedades mercantiles públicas con terceros, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos, a saber:

a) Uno, subjetivo, como es el consistir precisamente que se trate de sociedades mercantiles de las previstas anteriormente por el artículo 6.1, apartado a), de la Ley General Presupuestaria, actualmente derogado por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y sustituido por la disposición adicional decimosegundo de esta última, cuya creación hubiere autorizado el Consejo de Ministros al amparo de lo prevenido en la prescripción legal

transcrita (apartado uno del artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

b) Otro, objetivo, como es, que el objeto social de tales sociedades mercantiles sea, ora «la construcción y/o explotación de las carreteras estatales que al efecto determine el propio Consejo de Ministros» (apartado uno del artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre), ora «la construcción, explotación o ejecución de obra pública hidráulica» (apartado cinco del mismo precepto legal).

Caso de que concurren las premisas para la aplicación de tal prescripción, los efectos son claros:

a) En los contratos que las sociedades mercantiles estatales a que se refiere dicha previsión legal concluyan con terceros para la construcción o explotación de carreteras estatales u obras hidráulicas, «serán de aplicación las prescripciones de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en lo concerniente a las disposiciones de capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación» (apartado 3.a) del artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre).

b) En tales contratos, «el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y la adjudicación» (apartado 3.c del artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre).

13. Quedan sujetas en parte a las prescripciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en lo que concierne a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, en los siguientes supuestos:

a) Las Entidades de Derecho Público no comprendidas en el artículo 1, respecto de los contratos de obra, consultoría y asistencia técnica o de servicios celebrados siempre que su importe (excluido el IVA) supere los umbrales legalmente exigidos, y siempre que la principal fuente de financiación de los contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las Administraciones Públicas

b) Las prescripciones del apartado anterior son igualmente de aplicación a los contratos de obra (clase 50, grupo 502 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de la Comunidad), los de construcción de hospitales, equipamientos deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y a edificios de uso administrativo y los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que estén relacionados con los contratos de obras, siempre que sean subvencionados directamente por la Administración con más del 50 por 100 de su importe, y éste supere los umbrales legalmente establecidos.

14. Por último, quedan excluidos del ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

a) Los Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos cuando celebren contratos de suministro derivados de sus actividades mercantiles, «si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares, y siempre que tales Organismos actúen en el ejercicio de sus competencias específicas a ellos atribuidas por la Ley « (artículo 3, apartado f)).

b) Las Entidades de Derecho Público que, bien hubieren sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de carácter industrial o mercantil, bien no estuvieren sometidas a control, financiación o influencia dominante en sus órganos rectores por la Administración de la que dependen o están vinculadas (artículo 2.3).

c) Las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho Público, que exclusivamente «se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios» (disposición adicional sexta).

15. La Ley omite toda referencia a los órganos constitucionales o de relevancia constitucional del Estado (Congreso de los Diputados y Senado, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, Consejo General del Poder Judicial, Consejo de Estado). No obstante, sus contratos se rigen por la legislación reguladora de la contratación pública y son enjuiciables por la jurisdicción contencioso-administrativo.

En el caso del Congreso de los Diputados, el órgano de contratación es la Mesa del Congreso, sin perjuicio de que se haya creado, como órgano delegado por acuerdo de 8 de febrero de 1983, la Junta de Contratación de Obras, Servicios y Suministros. Las normas de contratación de obligaciones, ordenación y fiscalización del gasto y ordenación de pagos están aprobadas por las Mesas del Congreso de los Diputados y el Senado, de 26 de enero de 1982, y se completan con la Instrucción del Letrado Mayor de las Cortes Generales, de 27 de septiembre de 1982 y, la Instrucción complementaria del Secretario General del Congreso de los Diputados, de 12 de septiembre de 1985.

La sujeción del Consejo General del Poder Judicial a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se prevé en el artículo 163 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Institución. Para el Tribunal de Cuentas, se prevé en el artículo 2.1.j) de la Ley 7/1988, de 5 de abril.

16. Las corporaciones públicas de base privada agrupan a particulares que gestionan actividades públicas o de interés público. La naturaleza de estas entidades es muy discutida, negándose por muchos, bien su carácter público, bien su carácter de Administraciones (en tal sentido, *Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de abril de 1983, y dictámenes del Consejo de Estado núms. 39.886, 45.600 y 45.782*). No obstante, las normas legales les reconocen tal carácter (vid., en tal sentido, Ley de Castilla y León, 8/1997, de 8 de julio, de Colegios Profesionales).

Se incluyen en esta categoría las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, regidas por la Ley 3/1923, de 22 de marzo y su reglamento general, aprobado por Real Decreto 753/1978, de 27 de marzo; los Colegios Profesionales, regidos por la Ley 2/1974, de 13 de febrero; las Cámaras Agrarias, reguladas por la Ley 23/1986, de 24 de diciembre; las Cofradías de Pescadores, regidas por el Real Decreto 670/1978, de 11 de marzo; las Cámaras de la Propiedad Urbana, donde subsisten, puesto que fueron suprimidas por Ley 4/1990; las Comunidades de Regantes (Ley 29/1985, de 2 de agosto, artículo 73.1); las Juntas de Compensación (S.T.S. de 25 de mayo de 1994).

Es más que dudosa la inclusión de otro tipo de entes tales como las Federaciones deportivas, entidades privadas que se constituyen como corporaciones a la vista de los artículos 30.1 y 2. de la Ley 10/1990, del Deporte; los Consejos reguladores de las denominaciones de origen, regulados en el artículo 84 de la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, del Estatuto del Vino y la Organización Nacional de Ciegos Españoles, regida por el Real Decreto 358/1991, de 15 de marzo.

Respecto a éstas, la disposición transitoria primera de la Ley 30/92 establece que «las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales ajustarán su actuación a su legislación específica». Ello denota la voluntad del Legislador de dejar claro que no son Administraciones Públicas a los efectos de la Ley 30/92 (SAINZ MORENO), siguiendo el criterio afirmado por una corriente jurisprudencial (Ss. T.S. de 5 de agosto de 1983, 20 de febrero de 1984, 15 de julio de 1987 y 18 de febrero de 1988). No obstante, el artículo 2.º, c) de la Ley de Jurisdicción encomienda a ésta el conocimiento de las pretensiones deducidas en relación a los actos y disposiciones dictados por las Corporaciones de Derecho Público en el ejercicio de funciones públicas (potestades de ejecución forzosa, potestad sancionadora interna, constitución de órganos, responsabilidad patrimonial, etc.).

Quedan, en todo caso, excluidas del ámbito de aplicación subjetivo de la LCAP.

17. Regulación especial tienen las Entidades que operan en los denominados «sectores excluidos» de las normas generales sobre contratación: agua, energía, transportes y telecomunicaciones. Su disciplina está contenida en las Directivas 93/38/CE y 92/13/CE, incorporadas al ordenamiento interno por la Ley 48/1998, de 30 de diciembre.

En concreto se sujetan a las prescripciones de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, las entidades que producen o distribuyen agua; el Canal de Isabel II, Aigües Ter-Llobregat, Consorcio de Aguas de Barcelona, las empresas encargadas de la producción, transporte o distribución de electricidad, Red Eléctrica Española, S.A., las entidades que operan en virtud de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, las entidades que realizan actividades de prospección y extracción de petróleo o gas, las entidades encargadas de la prospección de carbón u otros combustibles sólidos, la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles, el Ente Público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias, Ferrocarriles de Vía Estrecha, Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya, Eusko Trenbideak, Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana, Ferrocarriles de Mallorca, las entidades que prestan servicios públicos de transporte urbano, las entidades que prestan servicios públicos de transporte interurbano mediante autobuses, la empresa nacional de transportes de viajeros por carretera, las entidades que prestan servicios públicos de autobuses, el ente público Aeropuertos nacionales y Navegación aérea, el ente público Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, Telefónica de España, S.A. y Retevisión, S.A.

El régimen específico de tales sectores comprende a los «poderes públicos» (*poderes adjudicadores*), a las sociedades públicas organizadas bajo forma mercantil (*empresas públicas*) y a otras entidades que, sin ser poderes públicos ni empresas públicas, desarrollan como las citadas actividades y gozan de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro.

Las actividades ejercidas por dichas entidades en los sectores específicos citados quedaron a la sazón excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y lo siguen estando en el vigente Texto Refundido. Sin embargo, las Entidades de Derecho Público y las privadas que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones quedan sometidas a las prescripciones de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por las que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.

**XXVIII CONFERENCIA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA
Y DE LA MEDIA LUNA ROJA**

2-6 de diciembre de 2003

DECLARACIÓN

6 DE DICIEMBRE DE 2003

PROTEGER LA DIGNIDAD HUMANA

Reunidos en Ginebra para la XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, nosotros, miembros de esta Conferencia, rehusamos aceptar que millones de personas no puedan satisfacer sus necesidades básicas a causa de los conflictos armados, los desastres y las enfermedades. Como representantes de los Estados Partes en los Convenios de Ginebra y de los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, reafirmamos, por lo tanto, mediante la presente Declaración, nuestro compromiso de ***proteger la dignidad humana*** en todas las circunstancias haciendo que se respete mejor el derecho pertinente y reduciendo la vulnerabilidad de los pueblos a los efectos de los conflictos armados, los desastres y las enfermedades.

Para ***proteger la dignidad humana*** es preciso renovar la asociación entre los Estados y los componentes del Movimiento, a fin de promover el respeto de todos los seres humanos, en un espíritu de solidaridad, independientemente de su origen, creencias, religión, estatuto o sexo. En consecuencia, nos comprometemos a reafirmar y a aplicar los principios y normas del derecho internacional humanitario, incluyendo las normas consue-

tudinarias, a mejorar el respeto de los principios y valores humanitarios y a promover la tolerancia, la no discriminación y el respeto a la diversidad entre todos los pueblos, y acogemos con satisfacción las iniciativas regionales y otras iniciativas para promover el respeto a todos los seres humanos.

Los conflictos armados, la violencia indiscriminada y los actos de terror siguen amenazando la integridad física y la seguridad de un sinnúmero de personas y minando los esfuerzos desplegados para lograr una paz y una estabilidad duraderas en el mundo. Apelamos a los Estados a que consideren la ratificación o el acceso a los tratados de derecho internacional humanitario de los que aún no son partes. Reafirmamos la responsabilidad de todos los Estados de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario, independientemente de la índole o el origen del conflicto. También apelamos a ellos para que hagan uso de los mecanismos de aplicación existentes, tales como las Potencias protectoras y la Comisión Internacional de Encuesta en cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Los Estados darán a conocer el derecho internacional humanitario entre sus fuerzas armadas y la población civil. Se podrán emprender actividades para educar a la población civil, en colaboración con el Movimiento y con organismos como son los medios de comunicación, instancias religiosas, así como otras instancias equiparables. Convencidos de que las disposiciones existentes de derecho internacional humanitario constituyen una base adecuada para afrontar los desafíos que suponen los conflictos armados modernos, rogamos encarecidamente a todas las partes en un conflicto armado que respeten todos los tratados y las normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario aplicables.

Instamos a todas las partes en un conflicto armado a que hagan todo lo posible para reducir los daños, muertes y sufrimientos infligidos incidentalmente a la población civil y prevenir que se produzcan en forma deliberada. El principio de distinción entre la población civil y los combatientes y entre los bienes de carácter civil y los objetivos militares, y el principio de proporcionalidad en la conducción de las hostilidades deben ser mantenidos en todas las circunstancias. Apelamos a todas las partes en un conflicto armado a que tomen todas las medidas de precaución factibles para reducir al mínimo las víctimas y daños incidentales en la población civil. Instamos a todas las partes en conflictos armados a que velen por que se acuerde especial respeto y protección a las mujeres y a los niños de acuerdo con el derecho internacional humanitario. Asimismo, se debe proteger el patrimonio cultural de los pueblos. Exhortamos a todas las partes en conflictos armados a que tomen todas las medidas factibles para evitar el saqueo de bienes culturales y lugares de culto y los actos de hostilidad

contra bienes que no sean usados para fines militares, así como a evitar efectos perjudiciales para el medio ambiente. Asimismo, exhortamos a los Estados a que respeten plenamente las disposiciones del derecho internacional humanitario, en particular el IV Convenio de Ginebra, con miras a proteger y asistir a los civiles en territorios ocupados.

Deplorando especialmente el creciente costo humanitario de los conflictos armados no internacionales, alentamos a los Estados a que refuercen la aplicación de las protecciones existentes para los bienes de carácter civil y las personas afectadas por dichos conflictos, y analicen si se necesitan normas más pormenorizadas para su protección. En ningún caso, se deberían menoscabar las normas de protección vigentes.

Las nuevas amenazas contra la seguridad ponen en peligro el mundo de hoy. El derecho internacional humanitario se aplica a todas las situaciones de conflicto armado y ocupación extranjera. Condenamos enérgicamente todos los actos o amenazas de violencia destinados a aterrorizar a la población civil. Asimismo, recordamos las garantías estipuladas por el derecho internacional humanitario para las personas capturadas en conexión con un conflicto armado. Todas las personas detenidas deben ser tratadas con humanidad y con el respeto a su dignidad inherente. La mejor manera de promover y salvaguardar la dignidad inherente de todo ser humano es aplicar de manera complementaria, en particular, el derecho internacional humanitario, el derecho de los derechos humanos y el derecho de los refugiados, según corresponda. El derecho internacional humanitario no es óbice para la justicia, y estipula que se otorgue a todas las personas presuntamente responsables de crímenes las debidas garantías judiciales y un juicio equitativo. Además, afirmamos que ningún Estado, grupo o persona está por encima de la ley y que nadie debería ser considerado ni tratado como si fuera inalcanzable por ella.

Cada año, millones de personas mueren como consecuencia de desastres, enfermedades y conflictos armados. El mayor número de muertes por estas causas se registra en los grupos de población más vulnerables del mundo que viven en la pobreza, sin posibilidad de acceder a los servicios básicos y a la información o de participar en los procesos de toma de decisiones. Las enfermedades infecciosas, como son el VIH/SIDA, la tuberculosis y el paludismo, están teniendo alarmantes efectos en nuestro mundo. Los que más sufren son los pobres, los refugiados, los desplazados internos, los migrantes, las minorías, los indígenas y las personas discapacitadas, junto con otros grupos a los que los conflictos armados, los desastres y la marginación social han vuelto vulnerables, en particular las mujeres y los niños. El estigma y la discriminación de que son objeto agravan su vulnerabilidad y el riesgo al que se ven expuestos. Para ***proteger la dignidad***

humana es indispensable mejorar los estándares de salud y reducir los riesgos para la salud mediante medidas integrales de prevención, tratamiento y asistencia, incluyendo el acceso a medicamentos a precios asequibles. En consecuencia, nos comprometemos a tomar medidas para reducir los riesgos y los efectos de los desastres para la población vulnerable, así como a reducir su vulnerabilidad provocada por el estigma y la discriminación debidos a enfermedades, que sufren especialmente las personas que viven con VIH y SIDA. Al hacerlo, trabajaremos juntos con nuevas iniciativas a fin de hacer frente a los desafíos de fortalecer la capacidad local, mejorar el voluntariado y profundizar la cooperación entre los Estados, los componentes del Movimiento y otras organizaciones.

Profundamente alarmados por el creciente número de actos de violencia y de amenazas contra los trabajadores humanitarios, declaramos que éstos han de ser respetados y protegidos en todas las circunstancias en el ejercicio de su cometido vital de prevención y alivio del sufrimiento. Es necesario reafirmar su independencia frente a las instancias políticas y militares. Se insta a los Estados a velar por que los crímenes contra los trabajadores humanitarios no queden impunes. Los Estados deberán denunciar tales crímenes y hacer todo lo que esté a su alcance por prevenir ataques a los trabajadores humanitarios y a la ayuda de socorro. Además, los trabajadores humanitarios deberían estar autorizados a tener acceso libre y sin trabas, de conformidad con las normas del derecho internacional pertinente, a la población afectada por los conflictos armados, los desastres y las enfermedades o bajo ocupación extranjera. Reafirmamos la responsabilidad de los Estados de respetar la adhesión de los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja a sus Principios Fundamentales, a fin de proporcionar protección y asistencia imparcial, neutral e independiente para los más necesitados. También reafirmamos la responsabilidad de los componentes del Movimiento de cooperar con los Estados, conforme a lo establecido en sus respectivos mandatos y en los Estatutos del Movimiento.

El compromiso contraído en la presente Declaración se completa con nuestra resolución de tomar las medidas específicas descritas en el Programa de Acción Humanitaria, que gira en torno a cuatro puntos: las personas desaparecidas y sus familiares; el costo humano de la disponibilidad, el empleo y el uso abusivo de armas; la reducción del riesgo y de las consecuencias de los desastres para la población vulnerable; la reducción de la vulnerabilidad al VIH/SIDA y otras enfermedades provocadas por el estigma y la discriminación.

Estas amenazas para la dignidad humana son algunos de los retos humanitarios actuales más urgentes.

PROGRAMA DE ACCIÓN HUMANITARIA

6 DE DICIEMBRE DE 2003

INTRODUCCIÓN

El Programa de Acción Humanitaria se centra en el tema principal y el objetivo general de la Conferencia Internacional, a saber *Proteger la dignidad humana*. En él se exponen los objetivos orientados a la acción y las medidas que los Estados y los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (1) pueden establecer para proteger la dignidad humana.

El Programa contiene cuatro preocupaciones humanitarias:

— Abordar la cuestión de las personas desaparecidas a raíz de un conflicto armado o de otras situaciones de violencia armada que inducen a la desaparición de numerosas personas (en lo sucesivo denominadas «otras situaciones de violencia armada») y la de la asistencia a sus familiares, teniendo en cuenta las observaciones y recomendaciones de la Conferencia de Expertos Gubernamentales y No Gubernamentales del CICR, celebrada en Ginebra, del 19 al 21 de febrero de 2003;

— Examinar el costo humano de la disponibilidad, del empleo y del uso indebido de las armas en los conflictos armados;

— Reducir el riesgo y los efectos de los desastres y mejorar los mecanismos de preparación y de respuesta;

— Reducir el riesgo y los efectos del VIH/SIDA y de otras enfermedades infecciosas en las personas vulnerables.

El Programa de Acción Humanitaria establece varios objetivos claros, mensurables y viables que los miembros de la Conferencia habrán de alcanzar en el período de 2004 a 2007. Estos objetivos se refieren a los ámbitos en los que la Conferencia Internacional, como foro único donde se reúnen los Estados y los componentes del Movimiento, puede hacer un aporte concreto para resolver los problemas y los desafíos que se plantean hoy en el plano humanitario, sin duplicar los esfuerzos que se realizan

(1) El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja está integrado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante el «CICR»), las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y la Media Luna Roja (en adelante las «Sociedades Nacionales») y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (en adelante la «Federación Internacional»). En el presente documento el término «Movimiento» designa a todos los componentes antes mencionados.

actualmente en otros foros internacionales para abordar cuestiones similares. No obstante, el éxito del Programa de Acción Humanitaria depende del firme compromiso de todos los miembros de la Conferencia de aplicarlo plenamente.

MEJORAR LA PROTECCIÓN EN LOS CONFLICTOS ARMADOS Y EN OTRAS SITUACIONES DE VIOLENCIA ARMADA

OBJETIVO GENERAL 1

RESPECTAR Y RESTABLECER LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS DESAPARECIDAS A RAÍZ DE CONFLICTOS ARMADOS O DE OTRAS SITUACIONES DE VIOLENCIA ARMADA, Y DE SUS FAMILIARES

*El objetivo es resolver el problema de las personas desaparecidas, asistir a sus familiares y prevenir las desapariciones de otras personas, **intensificando** los esfuerzos de los Gobiernos, los militares y las organizaciones nacionales e internacionales, incluida la red mundial de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, para tomar medidas concretas, así como reafirmar, fortalecer, respetar firmemente y aplicar la protección que confiere el derecho internacional, **a fin de** garantizar la responsabilización de las autoridades encargadas de resolver estas cuestiones.*

OBJETIVO FINAL 1.1

EVITAR LAS DESAPARICIONES DE PERSONAS

En situaciones de conflicto armado o en otras situaciones de violencia armada se protege a todas las personas del riesgo de desaparecer sin distinción alguna en cuanto a la índole deliberada o incidental del hecho.

Acciones propuestas

1.1.1. Las autoridades de los Estados toman medidas eficaces para proporcionar medios de identificación personal, placas de identidad como mínimo, a todos los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad y velar por su uso correcto y obligatorio.

1.1.2. Las autoridades de los Estados toman medidas eficaces para proporcionar medios de identificación personal a los menores en situación de riesgo y permitir que todas las personas interesadas dispongan de ellos fácilmente.

1.1.3. Las autoridades de los Estados y otros actores interesados, en particular las Sociedades Nacionales, toman medidas eficaces para que las personas civiles conozcan mejor la manera de protegerse del riesgo de desaparecer. Estos actores interesados y el CICR toman medidas para obtener acceso a todas las personas civiles y registrar los datos de las personas que corren el riesgo de desaparecer.

1.1.4. Las autoridades de los Estados y otros actores interesados, en particular las Sociedades Nacionales y el CICR, toman medidas eficaces para que en un conflicto armado o en otras situaciones de violencia armada se permita a todas las personas mantenerse en contacto con sus familiares.

1.1.5. Las autoridades de los Estados toman medidas eficaces para notificar de inmediato a las familias, al abogado o a otras personas que tengan un interés legítimo en el asunto, la situación de las personas privadas de libertad, y evitar las ejecuciones sumarias, la tortura y la detención en lugares secretos.

OBJETIVO FINAL 1.2

ESCLARECER LA SUERTE DE LAS PERSONAS DESAPARECIDAS

El artículo 32 del Protocolo adicional I de 1977 hace referencia al derecho de las familias a conocer la suerte que han corrido sus familiares. En este espíritu, debe informarse a las familias acerca de la suerte y el paradero y, en caso de fallecimiento, la causa de la muerte de sus familiares desaparecidos a raíz de un conflicto armado o de otras situaciones de violencia armada. Las familias y las comunidades reciben la comunicación de los acontecimientos que ocasionaron las desapariciones de sus familiares y los responsables de las violaciones que dieron lugar a esas situaciones responden de sus actos.

Acciones propuestas

1.2.1. Las autoridades de los Estados y otros actores interesados, en particular las Sociedades Nacionales y el CICR, toman medidas eficaces para garantizar que los familiares conozcan la suerte de los parientes desaparecidos, incluido su paradero. En caso de fallecimiento de esos parien-

tes, los familiares deberían conocer la causa y las circunstancias de su muerte, a fin de facilitar la aceptación de su fallecimiento y el inicio del proceso de duelo.

1.2.2. Las autoridades de los Estados toman medidas eficaces para establecer, cuando proceda, mecanismos adecuados que permitan satisfacer las necesidades de los familiares por lo que respecta a la información, a la comunicación oficial y a la rendición de cuentas.

OBJETIVO FINAL 1.3

GESTIONAR LA INFORMACIÓN Y TRAMITAR LOS EXPEDIENTES DE PERSONAS DESAPARECIDAS

Se realiza y se coordina adecuada y activamente la recopilación y el intercambio de información entre las personas concernidas, mejorando así la eficacia de los esfuerzos encaminados a elucidar la suerte que han corrido las personas desaparecidas a raíz de un conflicto armado o de otras situaciones de violencia armada.

Acciones propuestas

1.3.1. Las autoridades de los Estados y otros actores interesados, en particular las Sociedades Nacionales y el CICR, toman medidas eficaces para constituir, gestionar y tramitar adecuadamente los expedientes de personas desaparecidas y centralizar debidamente la información personal que pueda servir para esclarecer la suerte que han corrido.

1.3.2. Las autoridades de los Estados y otros actores interesados, en particular las Sociedades Nacionales y el CICR, toman medidas eficaces para respetar las normas y los principios pertinentes relativos a la protección de los datos personales, cuando recaban, gestionan y procesan dicha información, incluida la información médica y genética.

OBJETIVO FINAL 1.4

GESTIONAR TODO LO RELACIONADO CON LOS RESTOS HUMANOS Y LA INFORMACIÓN SOBRE LAS PERSONAS FALLECIDAS

Se proporciona información sobre las personas fallecidas por motivos relacionados con un conflicto armado u otras situaciones de violencia

armada, para reducir así directamente el número de personas dadas por desaparecidas, contribuir a esclarecer la suerte que han corrido las personas desaparecidas y poner término a la incertidumbre y ansiedad de sus familiares.

Acciones propuestas

1.4.1. Las autoridades de los Estados y otros actores interesados, en particular las Sociedades Nacionales y el CICR, toman medidas eficaces para buscar, recoger, identificar y tratar adecuadamente los restos humanos sin distinción desfavorable alguna, respetando al mismo tiempo a los fallecidos y a las usanzas de duelo civiles y religiosas de las personas y comunidades concernidas.

1.4.2. Las autoridades de los Estados y otros actores interesados toman medidas eficaces para acordar una normativa relativa a la exhumación e identificación antes de iniciar cualquiera de estos procedimientos, y garantizar que expertos forenses realicen todos los procesos de exhumación e identificación de los restos humanos, siempre que sea posible.

OBJETIVO FINAL 1.5

APOYAR A LOS FAMILIARES DE LAS PERSONAS DESAPARECIDAS

Además de vivir las mismas experiencias que el resto de la población afectada por un conflicto armado u otras situaciones de violencia armada, los familiares de las personas desaparecidas se enfrentan además a necesidades particulares relacionadas con la desaparición de un pariente, que varían según el contexto y que se abordan de manera específica.

Acción propuesta

1.5.1. Las autoridades de los Estados y otros actores interesados, en particular las Sociedades Nacionales, el CICR y la Federación Internacional, toman medidas precisas para proteger y asistir a los familiares de las personas desaparecidas, prestando atención a las necesidades particulares de las mujeres y los niños.

OBJETIVO FINAL 1.6

ALENTAR A LOS GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS QUE PARTICIPAN EN CONFLICTOS ARMADOS A QUE RESUELVAN EL PROBLEMA DE LAS PERSONAS DESAPARECIDAS, A QUE ASISTAN A SUS FAMILIARES Y A QUE EVITEN LA DESAPARICIÓN DE OTRAS PERSONAS

Los Estados Partes en los Convenios de Ginebra y otros actores interesados, en particular el CICR y, cuando sea posible, las Sociedades Nacionales, alientan a los grupos armados organizados a que cumplan el objetivo general 1, junto con sus objetivos finales y las acciones correspondientes.

OBJETIVO GENERAL 2

FORTALECER LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CIVILES EN TODAS LAS SITUACIONES CONTRA EL USO Y LOS EFECTOS INDISCRIMINADOS DE LAS ARMAS Y LA PROTECCIÓN DE LOS COMBATIENTES DE LOS SUFRIMIENTOS INNECESARIOS Y LAS ARMAS PROHIBIDAS, MEDIANTE EL CONTROL DEL DESARROLLO, DE LA PROLIFERACIÓN Y DEL USO DE ARMAS

*El objetivo es proteger la dignidad humana frente al continuo sufrimiento causado por las minas antipersonal y los residuos explosivos de guerra, la proliferación generalizada de las armas, y el menosprecio de las normas relativas a su empleo, así como el desarrollo de nuevas armas y tecnologías que pueden usarse con fines hostiles, **reafirmando, reforzando, respetando firmemente y aplicando las protecciones que confiere el derecho internacional humanitario, a fin de garantizar que los medios utilizados para conducir las operaciones militares se avengan con el derecho internacional humanitario; que se tomen las oportunas medidas para evitar violaciones graves del derecho y que se mantengan las normas jurídicas existentes frente a los avances científicos.***

OBJETIVO FINAL 2.1

ACABAR CON EL SUFRIMIENTO CAUSADO POR LAS MINAS ANTIPERSONAL

Se refuerza la acción global contra las minas y se persigue el objetivo último de eliminar totalmente las minas antipersonal.

Acciones propuestas

2.1.1. Los Estados, en colaboración con los componentes del Movimiento, prestarán asistencia para la atención, la rehabilitación y la reinserción social y económica de los heridos de guerra, incluidas las víctimas de minas, así como para los programas de sensibilización al peligro de las minas y de desminado. El CICR seguirá desempeñando un papel preponderante en la aplicación de la Estrategia del Movimiento sobre minas terrestres. Las Sociedades Nacionales, en colaboración con el CICR y los Estados, continuarán dando prioridad a la acción contra las minas y desarrollando su capacidad en ese ámbito.

2.1.2. Todos los Estados perseguirán el objetivo último de eliminar totalmente las minas antipersonal. Se alienta a los Estados que aún no son partes en la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, a que consideren la posibilidad de adherirse a ella lo antes posible.

2.1.3. Los Estados Partes en la Convención deberán elaborar programas nacionales de remoción de minas, de destrucción de existencias, de sensibilización al peligro de las minas y de asistencia a las víctimas de estas armas de conformidad con los plazos establecidos en la Convención, a tiempo para la Primera Conferencia de Examen. Se alienta a los Estados Partes que puedan hacerlo a que incrementen sus esfuerzos para asignar los recursos necesarios destinados a aplicar plenamente la Convención. Cada Estado Parte en la Convención deberá adoptar todas las medidas necesarias para aplicarla, incluidas la imposición de sanciones penales y la armonización de la doctrina militar con las obligaciones de la Convención.

OBJETIVO FINAL 2.2

REDUCIR AL MÍNIMO EL SUFRIMIENTO CAUSADO POR ARMAS QUE PUEDEN SER EXCESIVAMENTE NOCIVAS O TENER EFECTOS INDISCRIMINADOS

Deberá reducirse considerablemente el número de muertos y heridos civiles causados por los residuos explosivos de guerra. Se refuerza la adhesión a la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, a sus Protocolos y a la modificación por la que se amplía el ámbito de aplicación de la Convención a los conflictos armados no internacionales.

Acciones propuestas

2.2.1. La Conferencia acoge calurosamente la aprobación del Protocolo sobre Residuos Explosivos de Guerra de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (CCAC, Protocolo V), y alienta a los Estados a que consideren ratificarlo en el más breve plazo. Los costos humanos y sociales ocasionados por los residuos explosivos de guerra deberían abordarse mediante mayores esfuerzos internacionales en los ámbitos de remoción, labor de sensibilización acerca del riesgo que entrañan y ayuda a las víctimas, y una vez ratificado, mediante la aplicación del nuevo Protocolo. El Movimiento aplicará su Estrategia sobre minas terrestres, cuyo ámbito de aplicación se ha extendido a los residuos explosivos de guerra, y desarrollará su capacidad con esa finalidad.

2.2.2. Se alienta a los Estados a que continúen su labor tendente a reducir los efectos que las minas, las armas trampa y artefactos similares tienen en la población civil, considerando la posibilidad de ratificar el Protocolo II enmendado de la CCAC y su plena aplicación.

2.2.3. Se alienta a los Estados, mediante tanto iniciativas nacionales como actividades en el contexto de la CCAC, a considerar la posibilidad de adoptar medidas para minimizar el riesgo de que las municiones explosivas lleguen a ser residuos explosivos de guerra, y reducir el costo humano de las minas que no son minas antipersonal.

2.2.4. A fin de reducir al mínimo el número de muertos y heridos civiles causados por ciertas municiones, incluidas las submuniciones, los Estados aplicarán rigurosamente las normas relativas a la distinción, la proporcionalidad y las precauciones en el ataque. En este sentido, los componentes del Movimiento seguirán promoviendo medidas destinadas a evitar las víctimas civiles que ocasionan los residuos explosivos y las submuniciones.

2.2.5. Los Estados deberán tomar todas las medidas necesarias para velar por la plena aplicación de los Protocolos de la CCAC en los que son partes. A los Estados que aún no son partes en la CCAC y en todos sus Protocolos se les alienta a que consideren adherirse a estos instrumentos. Los Estados Partes que aún no lo han hecho deberán considerar la posibilidad de adherirse a la modificación por la que se amplía el ámbito de aplicación de la Convención a los conflictos armados no internacionales.

OBJETIVO FINAL 2.3

REDUCIR EL SUFRIMIENTO HUMANO CAUSADO POR LA DISPONIBILIDAD NO REGLAMENTADA Y EL USO INDEBIDO DE ARMAS

En reconocimiento de la obligación de los Estados de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario, se mejoran los controles de la disponibilidad de armas, en particular de las armas pequeñas, las armas ligeras y sus municiones, para evitar que las armas terminen en manos de quienes, se pueda prever, las usen para violar el derecho internacional humanitario. Se toman medidas complementarias para reducir el uso indebido de armas, mediante la promoción del respeto de este derecho.

Acciones propuestas

2.3.1. Los Estados deberán hacer que el respeto del derecho internacional humanitario sea uno de los criterios fundamentales, sobre los cuales se evalúan las decisiones relativas a la transferencia de armas. Se los alienta a que incorporen dichos criterios a las leyes o políticas nacionales, así como a las normas regionales e internacionales sobre la transferencia de armas.

2.3.2. Los Estados deberán tomar medidas concretas para reforzar los controles de armas y de municiones. En particular, los Estados deberán incrementar urgentemente sus esfuerzos para impedir la disponibilidad no reglamentada y el uso indebido de armas pequeñas y armas ligeras, teniendo en cuenta el Programa de Acción de las Naciones Unidas para prevenir, combatir y erradicar el comercio ilícito de armas pequeñas y armas ligeras en todos sus aspectos, y otros instrumentos pertinentes, en particular los elaborados en un marco regional.

2.3.3. Los Estados, con el apoyo del CICR y las Sociedades Nacionales, deberán garantizar que las fuerzas armadas, la policía y las fuerzas de seguridad reciban sistemáticamente una formación en derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos, en particular por lo que respecta al uso responsable de armas. Cuando sea posible, se deberá promover una formación similar para los grupos armados organizados.

2.3.4. Los Estados, el CICR y las Sociedades Nacionales deberán hacer esfuerzos para reducir la demanda y el empleo indebido de armas promoviendo una cultura de tolerancia y realizando programas educativos o iniciativas similares entre la población civil. Asimismo darán a conocer los peligros que entrañan para la seguridad las armas pequeñas y las armas ligeras, en particular para los niños.

2.3.5. Los Estados, el CICR y las Sociedades Nacionales que puedan hacerlo intensificarán los esfuerzos para registrar y documentar los efectos de la violencia armada en la población civil, contribuyendo así a comprender mejor su costo humano. El CICR documentará también los efectos que tiene la violencia armada en sus operaciones.

OBJETIVO FINAL 2.4

PROTEGER A LA HUMANIDAD DE LAS ARMAS QUE CAUSAN ENVENENAMIENTO Y LA PROPAGACIÓN DELIBERADA DE ENFERMEDADES

Habida cuenta de los recientes avances en la biotecnología que pueden utilizarse de manera indebida para crear nuevos medios o métodos de guerra, se toman medidas urgentes para prevenir el uso de la biotecnología con fines hostiles y el menoscabo de las prohibiciones contenidas en el derecho internacional humanitario de causar envenenamiento y la propagación deliberada de enfermedades.

Acciones propuestas

2.4.1. Se alienta a los Estados Partes en la Convención sobre Armas Biológicas de 1972 a que prosigan sus esfuerzos, en el marco del Programa de Trabajo relativo a esa Convención, para reducir la amenaza que entrañan las armas biológicas.

2.4.2. Reconociendo la importancia primordial del Programa de Trabajo relativo a la Convención sobre Armas Biológicas, se invita a los Estados a que colaboren con el CICR para elaborar una declaración a nivel ministerial que apoyaría los esfuerzos realizados en el marco de la Convención sobre Armas Biológicas de 1972, relativa a la prevención del uso con fines hostiles de los agentes biológicos, tal como se solicita en el llamamiento del CICR sobre «Biotecnología, armas y humanidad». Los componentes del Movimiento darán a conocer las preocupaciones expresadas en el llamamiento del CICR.

2.4.3. Se alienta a los Estados que aún no lo han hecho a que:

- consideren la posibilidad de hacerse partes en el Protocolo de Ginebra de 1925, la Convención sobre Armas Biológicas de 1972 y la Convención sobre Armas Químicas de 1993 antes de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en 2007;
- promulguen leyes nacionales apropiadas para investigar y perseguir judicialmente actos prohibidos por el Protocolo de Ginebra de 1925, la

Convención sobre Armas Biológicas de 1972 y la Convención sobre Armas Químicas de 1993;

- integren normas éticas y jurídicas pertinentes en la enseñanza médica y científica, así como códigos de conducta profesionales e industriales a nivel nacional e internacional, con miras a reducir al mínimo el peligro de empleo de agentes biológicos con fines hostiles;

- prosigan sus esfuerzos encaminados a establecer mecanismos extensos de vigilancia y de asistencia a nivel nacional e internacional a fin de detectar y analizar brotes inusuales de enfermedades y responder a ellos.

2.4.4. Se apela a los Estados a que salvaguarden el objetivo y el propósito del Protocolo de Ginebra de 1925, de la Convención sobre Armas Biológicas de 1972 y de otras normas pertinentes del derecho internacional, incluyendo para ello un control minucioso de todos los avances en los ámbitos de las ciencias de la vida, la aplicación de medidas prácticas para controlar eficazmente los agentes biológicos que podrían utilizarse con fines hostiles, y el fortalecimiento de la cooperación internacional.

OBJETIVO FINAL 2.5

GARANTIZAR LA LICITUD DE LAS NUEVAS ARMAS DE CONFORMIDAD
CON EL DERECHO INTERNACIONAL

En vista del rápido avance tecnológico de las armas y con objeto de proteger a la población civil de los efectos indiscriminados de las armas y a los combatientes de sufrimientos innecesarios y las armas prohibidas; todas las armas y los medios y métodos de guerra nuevos deberán someterse a exámenes rigurosos y multidisciplinarios.

Acciones propuestas

2.5.1 De conformidad con el Protocolo adicional I de 1977 (artículo 36), se insta a los Estados Partes a que establezcan procedimientos de examen para determinar la licitud de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos. Otros Estados deberán considerar la posibilidad de establecer tales procedimientos de examen. Los exámenes deberán basarse en un enfoque multidisciplinario, que incluye consideraciones de índole militar, jurídica, medioambiental y sanitaria.

2.5.2. Se alienta a los Estados a que examinen con particular atención las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos que causan efectos en la salud poco conocidos por el personal médico.

2.5.3. El CICR facilitará el intercambio facultativo de experiencias relacionadas con los procedimientos de examen. Se invita a los Estados que disponen de procedimientos de examen a cooperar con el CICR en ese ámbito. El CICR, en colaboración con expertos gubernamentales, organizará un taller de formación para los Estados que aún no hayan establecido procedimientos de examen.

REDUCIR EL RIESGO Y LOS EFECTOS DE DESASTRES

OBJETIVO GENERAL 3

MINIMIZAR LOS EFECTOS DE LOS DESASTRES MEDIANTE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DESTINADAS A REDUCIR EL RIESGO DE DESASTRES Y MEJORAR LOS MECANISMOS DE PREPARACIÓN Y RESPUESTA

El objetivo es proteger la dignidad humana, la vida y los medios de sustento de los devastadores efectos de los desastres, integrando plenamente la reducción del riesgo de desastres en los instrumentos nacionales e internacionales de política y planificación y aplicando medidas operacionales adecuadas para reducir el riesgo y aplicando medidas jurídicas, de política y operacionales adecuadas para facilitar y agilizar eficazmente la respuesta en casos de desastre, a fin de reducir el riesgo y los efectos de los desastres para los grupos de población marginados y vulnerables.

OBJETIVO FINAL 3.1

RECONOCER LA IMPORTANCIA DE REDUCIR EL RIESGO DE DESASTRES Y TOMAR MEDIDAS PARA MINIMIZAR SUS EFECTOS SOBRE LOS GRUPOS DE POBLACIÓN VULNERABLES

La reducción integral del riesgo de desastres, incluidas la gestión, prevención y mitigación de desastres, se puede lograr mediante actividades de educación y sensibilización. Entre las medidas tendentes a minimizar los efectos de los desastres cabe mencionar las siguientes: gestión eficaz de los recursos naturales y protección del medio ambiente, la utilización de sistemas de alerta temprana; la adopción y aplicación estricta de códi-

gos de edificación, particularmente en los países propensos a los desastres, para aminorar los sufrimientos causados por daños estructurales; el apoyo a la recuperación sostenible y la mejora del fortalecimiento de la capacidad de los grupos de población vulnerables. Es particularmente importante centrar esos esfuerzos en los grupos de población más expuestos al riesgo, incluidos los grupos marginados debido a la pobreza, a la discriminación o a la exclusión social, y los que, por razones relacionadas con sus circunstancias o su condición jurídica, carecen de acceso a los servicios de preparación para desastres y respuesta en casos de desastre.

Acciones propuestas

3.1.1. Los Estados, de acuerdo con la Estrategia Internacional para la Reducción de los Desastres de las Naciones Unidas, deberían examinar las leyes y políticas en vigor para integrar plenamente las estrategias relativas a la reducción del riesgo de desastres en todos los instrumentos jurídicos, de política y planificación pertinentes, a fin de abordar los factores sociales, económicos, políticos y ambientales que inciden en la vulnerabilidad a los desastres. Los Estados deberían aplicar los resultados de la II Conferencia Internacional sobre Alerta Temprana (II CIAT), los cuales están documentados en las directrices para responsables políticos sobre cómo integrar la alerta temprana en las políticas públicas.

3.1.2. Las autoridades de los Estados deberían tomar las medidas operacionales oportunas para reducir el riesgo de desastres en el plano local y nacional, como la gestión sostenible de los recursos naturales, del medio ambiente y del uso de la tierra, la planificación urbana adecuada y la aplicación estricta de códigos de edificación. En cooperación con las Sociedades Nacionales y otras organizaciones interesadas, los Estados deberían ejecutar programas de educación pública y de sensibilización sobre el riesgo de desastres, instituir sistemas de alerta temprana, planificación de contingencia y formación en gestión de desastres, y adoptar otras medidas de mitigación y preparación, en función de las evaluaciones del riesgo, la vulnerabilidad y la capacidad.

3.1.3. Se insta a los Estados a que, en cooperación con las Sociedades Nacionales, integren la reducción del riesgo como aspecto central en los planes nacionales de desarrollo, las estrategias relativas a la reducción de la pobreza y los planes de recuperación después de los desastres, sea en su propio territorio o a través de su asistencia para la cooperación y el desarrollo en contextos bilaterales, multilaterales o regionales, con especial

hincapié en la reducción de la vulnerabilidad de las poblaciones que habitan en zonas propensas a los desastres o en situación de riesgo debido a la pobreza, la marginación, la exclusión social o la discriminación.

3.1.4. Se alienta encarecidamente a los Estados a que asignen prioridad y destinen recursos a la ejecución de medidas amplias de reducción del riesgo de desastres, incluidas medidas para hacer frente a los problemas relacionados con el cambio y la variabilidad climáticos. Las Sociedades Nacionales estrecharán la cooperación con los Estados y con expertos en el ámbito del cambio climático, a fin de aminorar los posibles efectos negativos en los grupos de población vulnerables. A ese efecto quizás quieran tener en cuenta las recomendaciones formuladas en el informe sobre «Preparación para el cambio climático», tal como se solicita en el Plan de Acción de la XXVII Conferencia Internacional de 1999.

3.1.5. Los Estados, reconociendo la importancia del papel de las Sociedades Nacionales como entidades independientes y auxiliares de los poderes públicos para prestar servicios humanitarios en el ámbito de la gestión de los desastres, deberían negociar con sus respectivas Sociedades Nacionales funciones y responsabilidades claramente definidas en relación con las actividades de reducción del riesgo y gestión de desastres. Ello puede incluir la representación de las Sociedades Nacionales en los órganos normativos y de coordinación del país, según proceda, en calidad de entidades colaboradoras de los Estados. Los Estados deberían adoptar también políticas y medidas jurídicas especiales para apoyar y ayudar a las Sociedades Nacionales a fin de fortalecer de manera sostenible la capacidad de los voluntarios y las comunidades, promoviendo especialmente la participación de la mujer, en los sectores de la reducción del riesgo y la gestión de los desastres.

3.1.6. Los componentes del Movimiento, en cooperación con los Estados, priorizarán e intensificarán los esfuerzos para crear una capacidad sostenible y mejorar la actuación en el ámbito de la reducción del riesgo de desastres, incluidas las actividades de gestión de desastres, concientización y sensibilización sobre los desastres en el plano local, nacional y regional. A tal fin, se hará hincapié en establecer asociaciones eficaces e inclusivas con las poblaciones residentes en zonas propensas a los desastres, o que sean vulnerables debido a la pobreza, la marginación, la exclusión social y otras formas de discriminación, y se hará participar a todos los asociados pertinentes.

3.1.7. La Federación Internacional apoyará las iniciativas de las Sociedades Nacionales para fortalecer su capacidad en el ámbito de la

reducción del riesgo de desastres mediante un intercambio permanente de conocimientos sobre prácticas idóneas, la movilización de recursos y la sensibilización en cuestiones relativas a la reducción del riesgo de desastres ante los Estados y otros actores internacionales, regionales y nacionales pertinentes, incluido el sector privado.

OBJETIVO FINAL 3.2

MEJORAR LAS ACCIONES INTERNACIONALES EN CASOS DE DESASTRE PRESTANDO APOYO A LA COMPILACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS, LEYES Y PRINCIPIOS APLICABLES EN LAS ACCIONES INTERNACIONALES EN CASOS DE DESASTRE

Es esencial prestar asistencia con neutralidad e imparcialidad a todas las personas afectadas por los desastres, sin discriminación y en función de la vulnerabilidad y las necesidades. La experiencia ha demostrado que la consecución de este objetivo depende en medida importante del grado de comprensión del marco normativo en cuyo contexto se llevan a cabo las operaciones internacionales en casos de desastre. Las investigaciones emprendidas en todo el mundo en el marco del proyecto IDRL de la Federación Internacional indican que, si bien hay muchos instrumentos destinados a mejorar la respuesta en casos de desastre, a menudo se los conoce mal y no se los aplica de manera sistemática.

Acciones propuestas

3.2.1. Todos los miembros de la Conferencia acogen con satisfacción la labor emprendida por la Federación Internacional, con la cooperación de las Sociedades Nacionales, los Estados, las Naciones Unidas y otros organismos, para recopilar y examinar la eficacia de las normas, leyes y principios aplicables a las acciones internacionales en casos de desastre, tal como se indica en la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativa al fortalecimiento de la eficacia y la coordinación de la asistencia internacional a las operaciones de búsqueda y salvamento en zonas urbanas (A/RES/57/150).

3.2.2. Todos los miembros de la Conferencia reconocen que un mayor conocimiento, esclarecimiento, aplicación y desarrollo de las normas, leyes y principios aplicables en las acciones internacionales en

casos de desastre ayudarán a facilitar y a mejorar la coordinación, la celeridad, la calidad y la rendición de cuentas respecto de las acciones internacionales en casos de desastre, permitiendo así contribuir de manera significativa a la protección de la dignidad humana en situaciones de desastre.

3.2.3. Se alienta a los Estados y a los componentes del Movimiento a trabajar en forma mancomunada para garantizar, cuando sea pertinente, la plena consideración y aplicación de las normas, leyes y principios por lo que atañe a las acciones internacionales en casos de desastre, así como las recomendaciones de la resolución 6 de la XXIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja sobre las medidas destinadas a acelerar el socorro internacional y la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativa al fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia de las Naciones Unidas y su anexo (A/RES 46/182).

3.2.4. Se insta a los Estados a que, reconociendo la importancia del cometido de las Sociedades Nacionales como entidades independientes y auxiliares de los poderes públicos en la prestación de servicios humanitarios en casos de desastre, colaboren con las respectivas Sociedades Nacionales y la Federación Internacional a fin de examinar las normas sobre gestión de desastres y los instrumentos operacionales existentes en materia de gestión de desastres, en el plano nacional, regional e internacional, a efectos de mejorar su armonización con las normas, las leyes y los principios pertinentes y, cuando resulte factible, con las directrices aplicables a las acciones internacionales en casos de desastre.

3.2.5. Se alienta a los Estados que aún no lo han hecho a que consideren la posibilidad de adherirse a —y aplicar— la Convención de Tampere sobre el Suministro de Recursos de Telecomunicaciones para la Mitigación de Catástrofes y las Operaciones de Socorro en caso de Catástrofe con miras a facilitar el uso eficaz de las telecomunicaciones en las operaciones de socorro en situaciones de desastre y emergencia. Los Estados, según proceda, también aplican las resoluciones pertinentes de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, la Unión Internacional de Telecomunicaciones y las Naciones Unidas relativas al uso de las telecomunicaciones en casos de desastre, así como al acceso y a la protección del personal de las operaciones en casos de desastre y mitigación de desastres.

3.2.6. La Federación Internacional y las Sociedades Nacionales seguirán dirigiendo iniciativas de colaboración, con la participación de los Estados, las Naciones Unidas y otros organismos pertinentes, para efectuar

estudios y realizar actividades de sensibilización referentes a la compilación de las normas, leyes y principios aplicables en las acciones internacionales en casos de desastre. Esto implica determinar todas las necesidades pendientes con respecto al marco jurídico y normativo y elaborar modelos, herramientas y directrices para uso práctico en las operaciones internacionales en casos de desastre. Esto también supone fomentar activamente la sensibilización, difusión, esclarecimiento y aplicación, cuando sea pertinente, de las normas, leyes y principios aplicables en las acciones internacionales en casos de desastre, así como de las directrices aplicables, por parte de los Estados y la comunidad internacional en todos los niveles. La Federación Internacional presentará un informe sobre la marcha de los trabajos a la próxima Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en 2007.

REDUCIR EL RIESGO Y LOS EFECTOS DE LAS ENFERMEDADES

OBJETIVO GENERAL 4

REDUCIR LA CRECIENTE VULNERABILIDAD A LAS ENFERMEDADES CAUSADA POR EL ESTIGMA Y LA DISCRIMINACIÓN, ASÍ COMO POR LA FALTA DE ACCESO PLENO A LA PREVENCIÓN, LA ASISTENCIA Y AL TRATAMIENTO

El objetivo es proteger la dignidad humana frente a las devastadoras consecuencias del VIH/SIDA y otras enfermedades que afectan, en particular, a grupos que son objeto de estigmatización, discriminación o marginación social debido a su situación o circunstancias y, a menudo, a la falta de acceso pleno a la prevención, al tratamiento, a la asistencia y al apoyo,

abordando las barreras jurídicas y políticas y las actitudes subyacentes de la sociedad que estigmatizan y discriminan a las personas que viven con el VIH/SIDA y otros grupos de población particularmente vulnerables, y proporcionando un acceso equitativo a la prevención, al tratamiento y a la asistencia sanitaria, así como al apoyo psicosocial, para todas las personas, incluidos los desplazados y otros grupos marginados, tales como presos y detenidos,

a fin de reducir los efectos y la propagación del VIH/SIDA y de otras enfermedades y promover el goce del grado máximo de salud, como uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción alguna de raza, religión, ideología política, condición económica o social, con especial énfasis en las personas marginadas y vulnerables.

OBJETIVO FINAL 4.1

ERRADICAR EL ESTIGMA, LA DISCRIMINACIÓN Y LA NEGACIÓN QUE AFRONTAN LAS PERSONAS QUE VIVEN CON EL VIH/SIDA Y OTRAS PERSONAS AFECTADAS

El VIH/SIDA es hoy una de las amenazas más graves para la dignidad humana. A pesar de que se toma cada vez más conciencia de la magnitud de la epidemia, la respuesta al VIH/SIDA sigue viéndose obstaculizada en el mundo entero por actitudes que estigmatizan a las personas que viven con el VIH/SIDA o se ven afectadas por él y a otros grupos de población sumamente vulnerables. Existen políticas y leyes discriminatorias que niegan directa o indirectamente a esas personas el acceso a la prevención, al tratamiento y a la asistencia debidos. La respuesta al VIH/SIDA debe abordar barreras sociales, legales y políticas que estigmatizan y discriminan a las personas infectadas, las afectadas y las sumamente vulnerables. Los servicios de asistencia sanitaria y social deben fundarse en el principio humanitario de proteger y respetar la dignidad humana y brindarse sin discriminación, en función de las necesidades y la vulnerabilidad, aplicando enfoques que favorezcan la tolerancia, el respeto y la inclusión social.

Acciones propuestas

4.1.1. Los Estados, en cumplimiento de las obligaciones asumidas en la Declaración de Compromiso aprobada por el vigésimo sexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas dedicado al VIH/SIDA, deberían eliminar las leyes, las políticas y las prácticas discriminatorias que afectan adversamente a las personas que viven con el VIH/SIDA, con especial atención en las niñas y las mujeres y otros grupos de población sumamente vulnerables.

4.1.2. Los Estados adoptan medidas eficaces y apropiadas destinadas a aplicar políticas y estrategias dirigidas a erradicar el estigma y la discriminación asociados con el VIH/SIDA, prestando especial atención a las implicaciones del VIH/SIDA relacionadas con el género y poniendo énfasis en la inclusión social de las personas que viven con el VIH/SIDA o afectadas por la enfermedad y de otros grupos altamente vulnerables, velando en particular por que puedan gozar plenamente de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales.

4.1.3. Se insta a los Estados, con la ayuda y el apoyo de las Sociedades Nacionales, a que adopten medidas operacionales, haciendo especial

hincapié en lograr la autosuficiencia de las mujeres y en abordar el desequilibrio entre los sexos, para promover una extensa disponibilidad y un acceso equitativo pleno a la prevención, a la asistencia y al tratamiento, incluida una mejor y más amplia atención sanitaria sexual y reproductiva.

4.1.4. Se insta a los Estados a que se aseguren de que haya en todos los países, en particular en los más afectados, una amplia gama de programas de prevención en que se tengan en cuenta las circunstancias, las normas éticas y los valores culturales locales, que incluyan actividades de información, educación y comunicación en los idiomas que mejor comprendan las comunidades y respeten sus culturas, con objeto de reducir las conductas de riesgo y promover una conducta sexual responsable, incluidas la abstinencia y la fidelidad; mayor acceso a artículos esenciales como condones masculinos y femeninos, y equipo esterilizado para inyecciones; actividades para la reducción de los daños causados por el consumo de drogas; mayor acceso a servicios de apoyo psicológico y de detección voluntarios y confidenciales; suministros de sangre no contaminada; y tratamiento temprano y eficaz de las infecciones de transmisión sexual.

4.1.5. Los Estados, con la ayuda y el apoyo, según proceda, de los componentes del Movimiento, adoptan medidas operacionales para asegurar un progreso constante en la disponibilidad de tratamientos para las personas que viven con el VIH/SIDA, haciendo hincapié en los grupos marginados que carezcan de acceso inmediato a dichos tratamientos, a fin de proteger su dignidad, su vida y sus medios de subsistencia y prevenir la transmisión del VIH.

4.1.6. Se insta a los Estados a que adopten y apliquen medidas legislativas para erradicar la discriminación en el lugar de trabajo de las personas que viven con VIH/SIDA. En estrecha cooperación con los Estados, las organizaciones de la sociedad civil y organizaciones internacionales, los componentes del Movimiento llevan a cabo actividades de sensibilización y de educación destinadas a propiciar un entorno laboral positivo y socialmente inclusivo para el personal, los voluntarios y los beneficiarios, y brindan apoyo y asistencia a otras organizaciones que deseen poner en práctica iniciativas en el lugar de trabajo para erradicar el estigma y la discriminación contra las personas que viven con el VIH/SIDA.

4.1.7. Los Estados, reconociendo la importancia del cometido de las Sociedades Nacionales como entidades independientes y auxiliares de los poderes públicos en la prestación de servicios humanitarios en el ámbito de la salud y la asistencia, deberían negociar con sus respectivas Sociedades Nacionales funciones y responsabilidades claramente definidas en las actividades de salud pública, de desarrollo y servicios sociales. Ello inclu-

ye la representación de las Sociedades Nacionales en los órganos normativos y de coordinación pertinentes del país. Los Estados deberían, también, adoptar medidas jurídicas y políticas específicas para apoyar y ayudar a las Sociedades Nacionales con miras a lograr una capacidad sostenible de los voluntarios y de la comunidad en el campo del VIH/SIDA y en las actividades de promoción y prevención de la salud.

4.1.8. Los Estados deberían propiciar una amplia participación de la sociedad civil en la planificación y ejecución, como por ejemplo, a través de la participación en los mecanismos de coordinación nacionales para el VIH/SIDA del Fondo Mundial de Lucha contra el SIDA, la Tuberculosis y el Paludismo. Esto garantizaría que las acciones de respuesta a las enfermedades se beneficien de la visión, la capacidad y la influencia excepcionales de la sociedad civil y, en particular, de las opiniones y aportaciones de las comunidades afectadas. Esto abarca el desarrollo y la utilización de todo el potencial que ofrece la red de voluntarios de las Sociedades Nacionales para llegar a las personas vulnerables en las comunidades y los hogares.

4.1.9. Se insta a los Estados y a las Sociedades Nacionales a que proporcionen, de conformidad con el séptimo párrafo de la Declaración, incluso mediante la cooperación internacional, los recursos humanos y financieros necesarios y el apoyo institucional requeridos para reducir el riesgo y los efectos de las enfermedades.

4.1.10. Las Sociedades Nacionales seguirán llevando adelante la campaña mundial de lucha contra el estigma y la discriminación asociados con el SIDA («La verdad sobre el SIDA. Pásala...») y, en colaboración con los Estados, priorizarán e intensificarán las iniciativas para crear una capacidad sostenible y mejorar la eficacia de las actividades de concienciación y sensibilización sobre la salud y el VIH/SIDA en el plano local y nacional, con hincapié en el establecimiento de asociaciones eficaces e inclusivas con las personas que viven con el VIH/SIDA y afectadas por él, y a otros grupos de población vulnerables debido a la pobreza, la marginación, la exclusión social y la discriminación.

4.1.11. La Federación Internacional apoyará las iniciativas de las Sociedades Nacionales a fin de fortalecer su capacidad para emprender acciones de lucha contra el VIH/SIDA y actividades de salud comunitaria mediante el intercambio permanente, con los Estados y la comunidad internacional, de conocimientos sobre prácticas idóneas, movilización de recursos y sensibilización en cuestiones relacionadas con el estigma y la discriminación.

4.1.12. El Movimiento cooperará estrechamente, a todos los niveles, con el ONUSIDA y sus copatrocinadores. Las Sociedades Nacionales con-

tribuirán y consolidarán la condición de centro oficial de colaboración que el ONUSIDA ha concedido a la Federación Internacional y a su asociación con la Red Mundial de Personas que viven con el VIH/SIDA (GNP+) para eliminar el estigma y la discriminación, a través de la movilización de sus voluntarios en el plano nacional, regional e internacional.

OBJETIVO FINAL 4.2

REDUCIR EL RIESGO Y LA VULNERABILIDAD EN RELACIÓN CON EL VIH/SIDA Y OTRAS ENFERMEDADES QUE ENCARAN LAS PERSONAS QUE MÁS SUFREN, SEGÚN SE HAN DEFINIDO EN EL SÉPTIMO PÁRRAFO DE LA DECLARACIÓN, Y OTROS GRUPOS MARGINADOS, TALES COMO PRESOS Y DETENIDOS QUE, DEBIDO A SU CONDICIÓN JURÍDICA O SUS CIRCUNSTANCIAS, TIENEN UN ACCESO LIMITADO A LA EDUCACIÓN SANITARIA, LA PROMOCIÓN Y LA ATENCIÓN, EL TRATAMIENTO Y LA PREVENCIÓN DE ENFERMEDADES

Desde la perspectiva tanto humanitaria como de la salud pública, es imperativo que se preste asistencia neutral e imparcial a todas las personas afectadas por el VIH/SIDA y otras enfermedades, sin discriminación y en función de la vulnerabilidad y de las necesidades. Muchos grupos carecen de pleno acceso a los servicios básicos de prevención y atención a la salud y a los servicios sociales básicos, como consecuencia de leyes, políticas y prácticas discriminatorias, circunstancia que acrecienta su riesgo y su vulnerabilidad frente a las enfermedades. Causan preocupación, en particular, los migrantes, las personas desplazadas, los presos y los detenidos. Para proteger la dignidad humana de esos grupos de población y garantizar que se integren con éxito en la sociedad, es fundamental implementar programas de salud eficaces, basados en la tolerancia y la inclusión social y centrados en el bienestar físico, mental y social.

Acciones propuestas

4.2.1. Se insta a los Estados a que, en cooperación con las Sociedades Nacionales, examinen las leyes y políticas vigentes con miras a promover el goce del grado máximo de salud, como uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción alguna de raza, religión, ideología política, condición económica o social.

4.2.2. Los Estados, en estrecha cooperación con los componentes del Movimiento y los grupos de población vulnerables, deberían realizar

acciones de prevención y de atención de salud socialmente inclusivos adaptadas a las personas desplazadas y marginadas. Para ello es preciso ir más allá de la atención de las necesidades de emergencia, a fin de integrar la salud física y mental y el bienestar social en la programación.

4.2.3. Se exhorta a los Estados y a los componentes del Movimiento, conjuntamente con otros asociados pertinentes, a que encaren, de manera multisectorial y coordinada, los problemas asociados con el VIH/SIDA y otras enfermedades en situaciones de conflicto armado, desastre y emergencia, reconociendo la vulnerabilidad y capacidades especiales de las poblaciones desplazadas, las comunidades de acogida, las fuerzas armadas y el personal de mantenimiento de la paz.

4.2.4. Se insta a los Estados a que, en cooperación con el Movimiento, aborden las necesidades y vulnerabilidades especiales de las personas afectadas por el VIH/SIDA en situaciones de emergencia, prestando especial atención a la seguridad alimentaria.

4.2.5. Se insta a los Estados a que, en cooperación con los componentes del Movimiento, apliquen políticas y medidas operacionales en los establecimientos penitenciarios a fin de crear un entorno más seguro y reducir el riesgo de transmisión del VIH, la tuberculosis y otras enfermedades entre los detenidos, los presos y el personal. Esto abarca las pruebas voluntarias y confidenciales de detección del VIH y programas adecuados de sensibilización y de asesoramiento antes y después de las pruebas de detección.

4.2.6. Las Sociedades Nacionales priorizarán e intensificarán los esfuerzos para crear una capacidad sostenible y mejorar su eficacia en las actividades de concienciación y sensibilización sobre la salud, en los planos local y nacional, haciendo hincapié en establecer asociaciones eficaces e inclusivas con los grupos de población vulnerables debido a la pobreza, la marginación, la exclusión social y la discriminación.

4.2.7. La Federación Internacional apoyará los esfuerzos de las Sociedades Nacionales para fortalecer su capacidad en el ámbito de la salud en la comunidad mediante el intercambio permanente de prácticas idóneas, la movilización de recursos y la labor de sensibilización, ante los Estados y la comunidad internacional, sobre las cuestiones relacionadas con el estigma y la discriminación.

**ASOCIACION ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR
Y DE LOS CONFLICTOS ARMADOS**

**INFORME DE SÍNTESIS SOBRE LAS RESPUESTAS
AL CUESTIONARIO RELATIVO A «EL DERECHO
DE ASOCIACIÓN DE LOS MILITARES»**

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
*Doctor en Derecho. General Consejero Togado
Vicepresidente de la Asociación Española de
Derecho Militar y de los Conflictos Armados*

INTRODUCCIÓN

Con el objeto de poder contar con las imprescindibles aportaciones de legislación comparada, se remitió a los diversos grupos nacionales un cuestionario sobre «El derecho de asociación de los militares», materia que integra una de las Ponencias del Seminario organizado en Madrid por la Asociación Española de Derecho Militar y de los Conflictos Armados, durante los días 6 y 7 de noviembre de 2003.

Han respondido a las 25 preguntas formuladas los grupos nacionales de los siguientes países: Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Irlanda, Italia, Países Bajos y Suiza.

En general y aún faltando las respuestas de países muy significativos, las contestaciones han puesto de manifiesto la disparidad de soluciones constitucionales y legislativas a la cuestión del derecho de asociación política y sindical de los militares y de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad u Orden Público sometidos a disciplina militar.

I. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL

1. ¿La Constitución de su país reconoce el derecho de asociación con carácter general para todos los ciudadanos?

Existe unanimidad en las respuestas al constatar que las Constituciones de los respectivos países (en España el artículo 22) reconocen el derecho de asociación a todos los ciudadanos.

2. ¿La Constitución de su país establece la prohibición o alguna limitación para el ejercicio del derecho de asociación por los militares?

También es unánime la respuesta sobre la ausencia de cualquier tipo de prohibición o limitación constitucional para el ejercicio del derecho de asociación por los militares. Sin embargo, existen limitaciones de carácter general como la prohibición de asociaciones nacionalsocialistas (Austria), de asociaciones secretas o de carácter paramilitar (España) o posibles limitaciones de acuerdo con la legislación militar (Dinamarca).

3. ¿La Constitución de su país establece la prohibición o alguna limitación para el ejercicio del derecho de asociación por los miembros de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad u Orden Público sometidos a disciplina militar?

En la mayoría de las respuestas de los países (España, Irlanda, Italia, Países Bajos y Suiza) no existen prohibiciones o limitaciones constitucionales para los señalados miembros, aunque en Austria se prohíbe a todos los ciudadanos la asistencia o pertenencia a reuniones o asociaciones nacionalsocialistas.

Para Bélgica la pregunta no tiene objeto por la «desmilitarización» de la Gendarmería y tampoco para Dinamarca ante la inexistencia de tales cuerpos.

4. ¿La Constitución de su país establece la prohibición o alguna limitación para el ejercicio del derecho de asociación para la defensa de sus intereses profesionales por los militares?

Para la mayoría de las respuestas no existe la prohibición o limitación constitucional por la que se pregunta (Austria, Bélgica, España, Irlanda, Italia, Países Bajos y Suiza). En Dinamarca, sin embargo, la Constitución autoriza posibles limitaciones para los militares, conforme a la legislación militar (Código Penal Militar).

5. ¿La Constitución de su país establece la prohibición o alguna limitación para el ejercicio del derecho de asociación para la defensa de sus intereses profesionales por los miembros de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad u Orden Público sometidos a disciplina militar?

No se establecen en la Constitución de los países consultados (a excepción de Bélgica y Dinamarca, que carecen de tales cuerpos) ningun-

na prohibición o limitación en relación con los miembros de tales cuerpos o fuerzas.

6. ¿La Constitución de su país establece la prohibición o alguna limitación para el ejercicio del derecho a sindicarse libremente por los militares?

El derecho a sindicarse libremente no está prohibido ni limitado constitucionalmente en Austria, Bélgica, Irlanda, Italia, Países Bajos y Suiza. En Dinamarca se posibilitan limitaciones según la legislación militar (artículo 85 de la Constitución). En España el artículo 28 de la Constitución autoriza que por ley se pueda limitar o exceptuar a las Fuerzas o Institutos Armados el ejercicio del derecho a sindicarse libremente.

7. ¿La Constitución de su país establece la prohibición o alguna limitación para el ejercicio del derecho a sindicarse libremente por los miembros de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad u Orden Público sometidos a disciplina militar?

Constitucionalmente no se prohíbe o limita este derecho en Austria, Irlanda, Italia, Países Bajos y Suiza. Bélgica y Dinamarca carecen de estos cuerpos o fuerzas. En España el artículo 28 de la Constitución posibilita que por ley se limite o exceptúe el ejercicio de este derecho.

8. ¿La Constitución de su país establece la prohibición o alguna limitación para el ejercicio del derecho a afiliarse a un partido político o desempeñar en él algún cargo directivo por los militares?

Las Constituciones de Bélgica, España, Irlanda (salvo las limitaciones contenidas en el Estatuto de los militares), Países Bajos y Suiza no prohíben o limitan el ejercicio de estos derechos. En Dinamarca (artículo 85) e Italia (artículo 98) la Constitución posibilita determinadas limitaciones para el personal militar.

En Austria, aunque no por una norma constitucional, se prohíbe la participación de militares de uniforme en reuniones de partidos políticos.

9. ¿La Constitución de su país establece la prohibición o alguna limitación para el ejercicio del derecho a afiliarse a un partido político o desempeñar en él algún cargo directivo por los miembros de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad u Orden Público sometidos a la disciplina militar?

No existen límites o prohibiciones constitucionales en Austria, España, Irlanda, Países Bajos y Suiza. En Italia el artículo 98 de la Constitución posibilita el establecimiento de limitaciones de estos derechos para los miembros de los citados cuerpos y fuerzas.

En Bélgica y Dinamarca no existen estos cuerpos y fuerzas mencionados.

II. LEGISLACIÓN MILITAR Y DE ORDEN PUBLICO

A. AMBITO DE LAS PROHIBICIONES O LIMITACIONES

10. ¿ Las Ordenanzas, Estatutos o Reglamentos militares de su país contienen alguna prohibición o limitación para el ejercicio por los militares de los siguientes derechos:

- a) Derecho de asociación.
- b) Derecho a asociarse para la defensa de sus intereses profesionales.
- c) Derecho a sindicarse libremente.
- d) Derecho a afiliarse a un partido político.
- e) Derecho a desempeñar en un partido político algún cargo directivo.

En Holanda, además de las restricciones generales (aplicables a todos los ciudadanos) existen limitaciones especiales aplicables solo al personal militar derivadas de la obligación de abstenerse de ejercer el derecho de asociación si por el ejercicio de tal derecho puede no estar razonablemente asegurado el cumplimiento de los deberes o el adecuado funcionamiento del servicio público. Sin embargo, estas limitaciones no son aplicables a los miembros de los partidos políticos regulados por la Ley Electoral, ni a los miembros de los sindicatos.

En Italia constituye una limitación, en todos los supuestos, la compatibilidad del ejercicio de estos derechos con los principios generales de la disciplina militar. El Código Penal Militar de Dinamarca hace posible que el Ministerio de Defensa pueda prohibir que los militares participen en asociaciones políticas, pero esta facultad solo puede ejercitarse en «extraordinarias circunstancias» (como una guerra) y no ha sido usada nunca.

En Austria no existen limitaciones, con una excepción:

Pueden participar en actos de la Confederación, Estados Federales y Municipios, pero para otros eventos o reuniones necesitan permiso del mando si participan de uniforme y, en todo caso, está prohibida la participación en reuniones de partidos políticos vistiendo el uniforme.

Suiza prohíbe a los militares organizar y participar en asambleas políticas, manifestaciones y campañas de propaganda, recoger firmas para listas de candidatos, iniciativas populares, «referéndum» y peticiones: a) durante el tiempo de trabajo y de descanso, b) en la esfera de su comunidad, y c) cuando porten uniforme.

La legislación belga prohíbe a los militares realizar actividades políticas dentro del ejército. Sin embargo, pueden afiliarse a un partido político y ejercer los derechos inherentes a su cualidad de miembro. En el partido no pueden cumplir otras funciones que las de experto, consejero o miembro de un centro de estudio Toda otra participación activa o pública en la

vida pública está prohibida, aún fuera de servicio. En todo caso, los militares deben abstenerse en su actividad política de vestir el uniforme militar o hacer uso de su condición militar. Los militares pueden afiliarse bien a un sindicato profesional de militares, bien a un sindicato representado en el Consejo Nacional de Trabajo.

En Irlanda, en relación con la pregunta a), también existen limitaciones para el ejercicio de estos derechos por los militares. Así, se prohíbe la representación de los oficiales y otros militares en nombre de sus compañeros. Sin embargo, después de los estudios de una Comisión representativa, se enmendó la ley del Estatuto de Defensa determinando que el Ministro de Defensa aprobará normas para regular el establecimiento de una asociación o asociaciones con el propósito de representar a los miembros de las Fuerzas de Defensa en relación con sus remuneraciones y otras cuestiones que pueda determinar el Ministro, excluyendo las materias relacionadas con las operaciones, mejoras, mantenimiento, mando, constitución, organización y disciplina de las Fuerzas de Defensa, los delitos relacionados con las Fuerzas de Defensa y la propiedad militar. Se ha regulado la composición militar de la representación de las asociaciones y se ha limitado el derecho de asociación a determinadas materias establecidas. Por lo que se refiere a la pregunta b), solo pueden actuar las asociaciones autorizadas por el Ministro de Defensa. En contestación a la pregunta c), los miembros de las Fuerzas de Defensa no pueden entrar a formar parte de un sindicato (trade union) u otra asociación dedicada a mejorar las retribuciones o condiciones de servicio de sus miembros. A estos efectos las asociaciones figuran en una lista autorizada por el Ministerio de Defensa. En relación con la pregunta d), los miembros de las Fuerzas Permanentes de Defensa no pueden afiliarse o pertenecer a ninguna organización o asociación política u organización secreta. Finalmente, respondiendo a la pregunta e), un oficial si es elegido miembro del Parlamento, puede presentar la renuncia a sus funciones militares.

En España los militares no tienen limitada la pertenencia a las asociaciones legalmente autorizadas de carácter religioso, cultural, deportivo o social. Ahora bien no pueden participar en asociaciones con finalidad reivindicativa ni en sindicatos (artículo 181 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas). El militar deberá mantener su neutralidad no participando en actividades políticas y sindicales, ni tolerando aquellas que se refieran al ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales dentro de los recintos militares. Asimismo no podrá estar afiliado o colaborar en ningún tipo de organización política o sindical, asistir a sus reuniones ni expresar públicamente opiniones sobre ellas (artículo 182 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas).

11. ¿Las Ordenanzas, Estatutos o Reglamentos de su país aplicables a los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad u Orden Público sometidos a disciplina militar, contienen la prohibición o alguna limitación para el ejercicio por sus miembros de los siguientes derechos?:

- a) Derecho de asociación.
- b) Derecho a asociarse para la defensa de sus intereses profesionales.
- c) Derecho a sindicarse libremente.
- d) Derecho a afiliarse a un partido político.
- e) Derecho a desempeñar en un partido político algún cargo directivo.

En Austria y Suiza no existen estas prohibiciones o limitaciones. En Italia, España y Países Bajos son similares a las establecidas en el apartado anterior para los miembros de las Fuerzas Armadas.

En Bélgica y Dinamarca no existen este tipo de cuerpos o fuerzas.

En Irlanda, aunque se afirma que las limitaciones son menos restrictivas que las existentes para los militares, no existen diferencias normativas apreciables en relación con a) el derecho de asociación, b) el derecho a asociarse para la defensa de sus intereses profesionales, c) el derecho a sindicarse libremente, y e) el derecho a desempeñar en un partido político un cargo directivo. Por lo que se refiere al d) derecho a afiliarse a un partido político, no existe ninguna limitación pues solo se prohíbe ser miembro de una organización secreta.

12. ¿Si existen en su país las anteriores prohibiciones o limitaciones a los citados derechos, se aplican únicamente a los militares en servicio activo o también a los que se encuentran en otras situaciones como reserva, retiro o similares?

En Austria, Italia y Países Bajos las prohibiciones o limitaciones solo se aplican a los militares activos. En Bélgica ocurre lo mismo, pero se pueden aplicar a los militares en reserva cuando son llamados a filas o a prestar servicio de corta duración para su entrenamiento y solo durante su prestación. En Irlanda se autoriza al Ministro de Defensa a establecer normas prohibiendo a los militares en reserva, mientras se encuentren prestando servicio, la participación en actividades políticas.

En Dinamarca se pueden aplicar las prohibiciones o limitaciones al personal militar en reserva, pero nunca ha sido utilizada esta norma. La peculiaridad del sistema de defensa de Suiza hace superflua esta pregunta.

En España no se aplican las prohibiciones y limitaciones a los militares en situación de retiro, servicios especiales y excedencia voluntaria, pero sí a los militares en situación de reserva (artículos 140.4, 141.10, y 145 de la Ley 17/1999, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas).

13. ¿Si existen en su país las anteriores prohibiciones o limitaciones a los citados derechos, se aplican únicamente a los miembros de los Cuer-

pos o Fuerzas de Seguridad u Orden Público sometidos a disciplina militar en servicio activo o también a los que se encuentran en otras situaciones como reserva, retiro o similares?

En Austria, Italia y Países Bajos solo se aplican a los activos. En Irlanda únicamente si prestan servicio activo. En España no se aplican a quienes se encuentren en situación de retiro, servicios especiales o excedencia voluntaria, pero sí a la situación de reserva (artículos 82.4, 83.10 y 87.2 de la Ley 42/1999, de régimen de personal de la Guardia Civil).

En Bélgica y Dinamarca no existen este tipo de cuerpos o fuerzas. Respecto a Suiza es superflua la pregunta dado su sistema de defensa.

B. PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCIÓN

14. ¿Existe en su país algún procedimiento especialmente establecido para la constitución por los militares de?:

- a) Asociaciones de cualquier naturaleza.
- b) Asociaciones para la defensa de sus intereses profesionales.
- c) Sindicatos.

Para las asociaciones de cualquier naturaleza y para las de defensa de sus intereses profesionales no existe ningún procedimiento especial en Austria, Bélgica, Dinamarca, Italia, Países Bajos y Suiza. Para la constitución de sindicatos tampoco se establece en las contestaciones de Austria, Italia, Dinamarca y Suiza. En Bélgica se determinan reglas para la aceptación de una organización sindical profesional y para el procedimiento de su constitución.

En Holanda no se impide a los militares el derecho a sindicarse, sometido a las restricciones generales y especiales para los militares. Las consultas tienen lugar a través del «Collective Bargaining Committee for the Defence Sector». Los sindicatos solo pueden participar si la asociación pertenece a la federación de sindicatos, pues solo las federaciones son miembros del «Collective Bargaining Committee for the Defence Sector».

En Irlanda se establece un procedimiento y condiciones por el Ministerio de Defensa, conforme a las prohibiciones y limitaciones que se han detallado en la contestación a la pregunta número 10.

En España no existe ningún procedimiento especial para constituir una asociación de cualquier naturaleza, que se regula por las normas comunes. Por el contrario está prohibido a los militares la constitución de asociaciones para la defensa de sus intereses profesionales (reivindicativas) y sindicatos.

15. ¿Existe en su país algún procedimiento especialmente establecido para la constitución por los miembros de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad u Orden Público sometidos a disciplina militar de?:

- a) Asociaciones de cualquier naturaleza.
- b) Asociaciones para la defensa de sus intereses profesionales.
- c) Sindicatos.

No existe un procedimiento especial en Austria, Italia y Suiza. En Holanda, para la constitución de sindicatos, existe el procedimiento expresado en la contestación número 14 para los militares. En Irlanda existe parecido procedimiento y prohibiciones a los detallados en el número 14 para los sindicatos.

En España no existe procedimiento especial para las asociaciones y están prohibidas las de defensa de los intereses profesionales y los sindicatos de Guardias Civiles.

En Bélgica y Dinamarca no existe este tipo de cuerpos y fuerzas.

16. ¿Que requisitos se exigen en su país para que queden válidamente constituidas las asociaciones o sindicatos de militares?

No se exigen especiales requisitos en Dinamarca, Italia y Suiza, ni en Austria donde las formalidades son las mismas que se establecen para el derecho de asociación. En Bélgica, España, Irlanda y Países Bajos existen las reglas de procedimiento que se explican en la respuesta número 14, teniendo en cuenta que en Irlanda y España están prohibidos los sindicatos militares.

17. ¿Que requisitos se exigen en su país para que queden válidamente constituidas las asociaciones o sindicatos de miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad u Orden Público sometidos a disciplina militar?

En Austria, Italia y Suiza no se exigen especiales requisitos. En España, Irlanda y Países Bajos las reglas de procedimiento son las que se detallan en la respuesta número 15 (y, por referencia, en la respuesta número 14), teniendo en cuenta que están prohibidos los sindicatos de la Guardia Civil en España y los militares en Irlanda.

En Dinamarca y Bélgica no existe este tipo de cuerpos y fuerzas.

C. SISTEMA DE CONTROL Y ACTIVIDADES

18. ¿Existe en su país algún sistema de control por parte del Ministerio de Defensa para la constitución o actividades de las asociaciones o sindicatos de militares?

No existe un sistema de control por parte del Ministerio de Defensa en Austria, Dinamarca, Italia, Países Bajos y Suiza, aunque en Países Bajos el «Collective Bargaining Decree Defence Sector» notifica al Ministerio de Defensa el número de los militares afectados.

En Bélgica existe un detallado sistema de control que reside en una comisión nombrada al efecto. En Irlanda se regula por las Normas de la Fuerza de Defensa. Hay que tener en cuenta que en Irlanda y España están prohibidos los sindicatos militares.

19. ¿Existe en su país algún sistema de control por parte del Ministerio de Defensa, Interior u otro Ministerio para la constitución o actividades de las asociaciones o sindicatos de miembros de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad u Orden Público sometidos a disciplina militar?

No existe en Austria, Irlanda, Italia, Países Bajos y Suiza. En España están prohibidos tales sindicatos. En Dinamarca y Bélgica no estén este tipo de cuerpos o fuerzas.

20. ¿En su país tienen derecho las asociaciones o sindicatos militares a formular peticiones, propuestas o reclamaciones dirigidas al Ministerio de Defensa o a la Autoridades militares?

Existe este derecho en Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Países Bajos y Suiza. No se reconoce en Austria, Italia y España.

21. ¿En su país tienen derecho las asociaciones o sindicatos de miembros de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad u Orden Público sometidos a disciplina militar, a formular peticiones, propuestas o reclamaciones dirigidas a las Autoridades competentes?

Se reconoce este derecho en Países Bajos y Suiza. No aplica en Irlanda. No existe en Austria, Italia y España. En Dinamarca y Bélgica no hay este tipo de cuerpos y fuerzas.

22. ¿En que supuestos puede ser suspendida o disuelta una asociación o sindicato de militares y cual es la Autoridad competente para acordarlo?

En Bélgica existe esta posibilidad cuando no se cumplen las condiciones de constitución o funcionamiento del sindicato, según un decreto real. En Italia se establece una limitación al derecho de asociación del personal militar cuando se tenga la intención de establecer un sindicato. En Dinamarca la disolución solo puede ser acordada por los jueces cuando el propósito de la organización es el uso de la violencia o medios ilegales. En Austria puede ser disuelta por el Ministerio del Interior si se cometen delitos o actos contrarios al estatuto.

En Países Bajos un sindicato militar puede ser disuelto o suspendido en los supuestos generales de actividades incompatibles con el orden público, si se participa en la comisión de delitos o si el personal militar realiza actividades que incumplan sus deberes de prestar el servicio público de forma aceptable y asegurar su cumplimiento razonablemente. Tras las consultas se puede acordar la suspensión de un sindicato cuando su actuación es incompatible con el interés general.

En Irlanda es posible la suspensión automática de una asociación militar por orden del Gobierno en caso de declaración del estado de emergencia. En España están prohibidos los sindicatos militares.

23. ¿En que supuestos puede ser suspendida o disuelta una asociación o sindicato de miembros de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad u Orden Público sometidos a la disciplina militar y cual es la Autoridad competente para acordarlo?

En Austria, Italia y Países Bajos se pueden suspender o disolver en los mismos casos establecidos para el personal militar. Según la respuesta, en Irlanda no es de aplicación. En España están prohibidos los sindicatos de la Guardia Civil.

En Dinamarca y Bélgica no existe este tipo de cuerpos y fuerzas.

III. ASPECTOS PENALES Y DISCIPLINARIOS

24. En su país, la infracción de las prohibiciones o limitaciones del derecho de asociación o sindicación de los militares, están castigadas:

- a) como delito militar
- b) como delito común
- c) como infracción disciplinaria

Puede constituir un delito militar en Dinamarca, Irlanda, España (sedición impropia) y Países Bajos (desobediencia).

Puede integrar un delito común en Austria, Italia y Países Bajos.

Constituye una infracción disciplinaria en todos los países que han respondido al cuestionario.

25. En su país, la infracción de las prohibiciones o limitaciones del derecho de asociación o sindicación de los miembros de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad u Orden Público sometidos a disciplina militar, están castigadas:

- a) como delito militar
- b) como delito común
- c) como infracción disciplinaria

En España puede constituir un delito militar, aunque también el artículo 9.7 de la Ley Orgánica 11/1991, califica estas actividades prohibidas como falta disciplinaria muy grave.

En Austria e Italia puede integrar un delito común. En Dinamarca y Bélgica no existe este tipo de cuerpos y fuerzas. No es aplicable esta respuesta a Irlanda y Suiza.

En España, Italia y Países Bajos constituye una infracción disciplinaria.

III. BIBLIOGRAFÍA

1. RECENSIÓN DE LIBROS

1.1. PIGNATELLI MECA, FERNANDO, «La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código penal», Ministerio de Defensa, Madrid 2003, 758 páginas

La obra constituye una aportación fundamental al estudio del Derecho Internacional Humanitario, desde la óptica del ordenamiento jurídico-penal español. Ante todo, refleja la experiencia de Fernando Pignatelli Meca, General Auditor del Cuerpo Jurídico Militar y Doctor en Derecho. Y en pocas ocasiones como ésta se produce una identidad entre el autor y su obra, entre un texto positivo y quien lo ha preparado, entre el articulador de un Código y el fruto de un serio trabajo de investigación.

El sentido de lo que podíamos llamar la protección penal de las víctimas de la guerra es sintetizado por el autor en el primer epígrafe de su publicación: «*El fundamento convencional del sistema español de castigo de la criminalidad de guerra*». La obligación incondicional, escribe el Profesor Pignatelli Meca, de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario significa que recae sobre los Estados Partes el deber de hacer todo lo posible para que sus disposiciones sean respetadas por sus órganos y, de otro, *el deber de actuar de modo apropiado para conseguir que tales disposiciones sean observadas por todos*. Y se apoya el autor en la autoridad científica indiscutible del Profesor Pérez González, al afirmar que se quiere así asegurar, en el doble plano interno e internacional, la efectiva aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario.

El libro estudia el contenido del Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal español y para ello examina las tipicidades concretas y las normas de la Parte General del Derecho Penal, pero además es un auténtico tratado de Derecho Internacional Humanitario, como referen-

cia inexcusable para unas normas penales repletas de elementos normativos convencionales. A la vez, la obra abre caminos inéditos a la naciente Justicia Penal Internacional, con referencias continuas a los Estatutos y jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, así como al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

La publicación es, por lo expuesto, muy ambiciosa en su estructura al tratar de integrar (y conseguirlo de forma relevante) los tipos penales con sus referencias convencionales y avanzar en la interpretación de los crímenes de guerra a la vista de las normas del Derecho Internacional Humanitario. Y todo ello sin ahorrarse críticas a la regulación positiva vigente o aportando un lúcido capítulo final sobre las perspectivas *de lege ferenda*. Se completa con una cuidada bibliografía doctrinal, documental y jurisprudencial

El libro sistematiza su objeto de estudio («*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español*»), precedido de una excelente *Introducción*, en cuatro extensos capítulos, con profusión de notas a pié de página que incorporan las citas de las más modernas aportaciones doctrinales.

El Capítulo primero analiza el fundamento convencional del sistema español de castigo de la criminalidad de guerra. Parte el autor del sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario, afirmando el *principio de responsabilidad*, para establecer sólidamente la obligación convencional de sancionar las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario, con carácter general o teórico. Afloran aquí las preocupaciones doctrinales del internacionalista y se adelantan valiosas interpretaciones para el futuro sistema de Justicia Penal Internacional y, más concretamente, sobre el debatido principio de la Jurisdicción universal.

El Capítulo Segundo de la obra se dedica ya al estudio general de los «*Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*» en el Código Penal español de 1995. Es un notable acierto del autor el haber elaborado unas extensas consideraciones comunes y previas a las concretas tipicidades de los artículos 609 a 614 del Código Penal. En éste apartado destaca asimismo la completa formación multidisciplinaria del General Pignatelli Meca, que salva algunas críticas precipitadas de una parte de la doctrina penal con la aportación de sólidos argumentos que acreditan su dominio de imprescindibles conocimientos de Derecho Internacional, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional.

Introducción necesaria al tratamiento de los específicos problemas penales es el pronunciamiento sobre el encuadramiento sistemático de los delitos contra la comunidad internacional en el Código Penal de 1995. En éste apartado es apreciable la profundidad de la crítica del Doctor Pigna-

telli al sistema de nuestro texto punitivo, particularmente en relación con la preterición de algunos crímenes y delitos internacionales, como los crímenes de lesa humanidad.

Dentro ya de la estructura general de los tipos penales, se analiza con acierto el bien jurídico protegido en éstos delitos y el contexto o ámbito temporal, donde destacan lúcidas consideraciones sobre las infracciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en los conflictos armados internos, regulados por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y por el Protocolo II Adicional de 1977.

El ámbito subjetivo de los crímenes de guerra conduce al autor a la detallada exposición de las características del sujeto activo. Particularmente se abordan, entre otras, dos cuestiones propias de la Parte General del Derecho Penal, fundamentales en el ámbito del Derecho Penal Internacional: la responsabilidades de los superiores por los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados y los problemas de la obediencia jerárquica. Tampoco se olvidan los problemas de la participación delictiva y de las formas de resolución no manifestada.

A continuación, el autor realiza un profundo análisis de una de las aportaciones más originales de la legislación española en la materia, que ha servido de modelo a numerosas normas extranjeras (Alemania, Colombia y Argentina, entre otras). Se trata del concepto de «*persona protegida*» contenido en el artículo 608 del Código Penal. Todos y cada uno de los apartados del citado precepto merecen un pormenorizado comentario que evidencia los enciclopédicos conocimientos que posee el autor, quien no se olvida de incluir en el precepto (interpretándolo con rigor) al Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado a que hace referencia la Convención de 9 de diciembre de 1994, ratificada por España.

El Capítulo Tercero de la publicación que presentamos estudia las tipicidades concretas contenidas en los artículos 609 a 614 del Código Penal.

Merecen así un exhaustivo tratamiento, con continuas referencias a las normas del Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a la descripción de la acción típica y al examen del sistema de penas acogido por el legislador español, delitos como «*Los ataques contra la vida, la integridad física o moral, la salud, la supervivencia y la dignidad de las personas protegidas*» (artículo 609), con particular referencia a la tortura, «*La conducción ilícita de las hostilidades*» (artículo 610) con la exposición de las prohibiciones y limitaciones de los medios y métodos de combate, así como de los principios de distinción, proporcionalidad y protección del medio ambiente natural, «*Las infracciones muy graves contra personas protegidas*» (artículo 611), en cuyo

análisis destaca la construcción por el autor del sistema de garantías judiciales del Derecho Internacional Humanitario, «*Otras infracciones de la normativa del Derecho Internacional Humanitario*» (artículo 612), con especial y brillante estudio de los problemas humanitarios de las mujeres y niños en los conflictos armados, «*Protección de determinados bienes en caso de conflicto armado*» (artículo 613), en cuyo comentario no podía faltar una excelente aportación sobre la protección internacional de los bienes culturales en caso de conflicto armado, y, finalmente, el «*Tipo general residual*» (artículo 614), que merece igualmente acertadas consideraciones desde la óptica de la antijuridicidad y del principio de legalidad, dentro del sistema mixto de incriminación que preside la estructura de éste Capítulo del Código Penal.

El Capítulo IV remata la obra, como una condensación de las relevantes observaciones del autor, formulando acertadas perspectivas de «*lege ferenda*», buena prueba de la madurez intelectual del Profesor Pignatelli, quien no renuncia a plasmar su labor de investigación en concretas propuestas dirigidas al legislador con el loable fin de perfeccionar nuestro ordenamiento jurídico relativo a la sanción de los crímenes de guerra, teniendo a la vista el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y otros instrumentos de Derecho Internacional. Propuestas desgraciadamente no recogidas en su totalidad por la L.O. 15/2003.

La obra que ahora se publica recoge fielmente el contenido esencial de la Tesis Doctoral «*La aplicación interna del Derecho Internacional Humanitario respecto a la protección de personas y bienes en caso de conflicto armado: Aspectos jurídico-penales*», realizada por el autor bajo la dirección del Prof. Dr. D. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional Público y defendida el día 2 de junio de 2003 en el *Instituto Universitario «General Gutiérrez Mellado»* de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, ante un Tribunal que otorgó a la tesis la máxima calificación académica de Sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

Solo me resta felicitar al autor y al editor de la publicación, así como recomendar la lectura de esta nueva y relevante aportación al sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario, que será una obra de obligada consulta para los estudiosos de la materia y para los futuros actores de la Justicia Penal Internacional.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

1.2. DE ASSIS, J. C.: *Comentários ao Código Penal Militar, dos volúmenes. Vol. 1: Parte Geral, 4.^a edição, Juruá Editora, Curitiba, 2003 (340 páginas). Vol. 2: Parte Especial, 2.^a edição, Juruá Editora, Curitiba, 2002 (464 páginas)*

Uno de los países en los que, tradicionalmente, se ha cultivado el Derecho militar con especial interés es Brasil, lo que, sin embargo, contrasta con la escasa atención que a tal desarrollo se le ha prestado en España, dónde, si bien, a mediados del último siglo, la figura de Mario Tiburcio Gomes Carneiro contribuyó al conocimiento de la legislación y la literatura jurídicomilitar brasileñas y llegaron a alcanzar cierto predicamento las aportaciones de Celio Lobão Ferreira y de Sílvio Martins Teixeira, la generalidad de la doctrina de este país iberoamericano permanece ignorada entre nosotros, incluso para quienes pueden ser considerados especialistas de nuestra común disciplina. Obras de distinto alcance, pero, en todo caso, meritorias, como las de Ramagem Badaró, Ayrton de Oliveira Pinto, Edgar de Brito Chaves Junior, José da Silva Loureiro Neto o Jorge Alberto Romeiro, han carecido de la mínima difusión necesaria para su conocimiento y valoración.

Exponente del indicado interés manifestado en Brasil por el Derecho castrense es la Asociación de Magistrados de Justicias Militares Estatales (AMAJME), que desarrolla una intensa y significada labor en orden al estudio y difusión de nuestra especialidad. Baste destacar, en este punto, la excelente revista bimensual *Direito Militar*, que, al día de hoy, supera los cuarenta números editados, la útil web <http://www.amajme-sc.com.br>, o publicaciones singulares, cual es el caso del reciente colectivo *Direito Militar. História e doutrina. Artigos inéditos* (Florianópolis, 2002), una magnífica compilación del Dr. Getúlio Corrêa, que merece ser conocida.

La Asociación de Magistrados de Justicias Militares Estatales, promotora de otras muchas actividades ciertamente encomiables, impulsa, en estos momentos, la creación de una prometedora Asociación Internacional de Derecho Militar, cuyo acto constitutivo está previsto tenga lugar, el próximo 2 de diciembre, en Florianópolis, coincidiendo con el II Encuentro Internacional de Derecho Humanitario y de Derecho Militar, asimismo organizado por la prestigiada Asociación brasileña.

Pues bien, en este contexto de auge y relevancia interna del Derecho militar se sitúa la obra de Jorge César de Assis, uno de los más destacados especialistas en la doctrina jurídicomilitar brasileña, cuyas aportaciones son escasamente conocidas entre nosotros. Personalmente, hace sólo un par de años que tomé contacto con Jorge César de Assis, con quien, desde ese momento y gracias a las nuevas tecnologías, he mantenido una continuada relación personal y científica que me ha permitido conocer su obra y profundizar en aspectos, hasta ahora para mi desconocidos y muchos de ellos sugerentes, del Derecho militar brasileño.

Miembro del Ministerio Público brasileño y, en la actualidad, Fiscal Jurídico Militar de Santa Maria (Rio Grande do Sul), Jorge César de Assis es asiduo conferenciante, fecundo articulista y continuo colaborador en actividades de contenido jurídicomilitar. Es, en suma, jurista de reconocido prestigio y experto eminente en nuestra disciplina. Así lo atestiguan su brillante trayectoria profesional y la autoría de medio centenar de valiosas publicaciones. De éstas, además de la obra objeto de la presente reseña, quiero destacar aquí dos que me parecen significativas. Una es *Direito Militar, Aspectos penais, processuais penais e administrativos* (Joruá Editora, Curitiba, 2002, reimpresso ese mismo año), librito de poco más de un centenar de páginas, en el que el autor recopila quince artículos en los que, con anterioridad, había tratado temas fundamentales de la especialidad: la evolución de las penas, el hábeas corpus en la jurisdicción militar, la suspensión del proceso, el derecho a visita íntima en los establecimientos penales militares... La otra publicación a que me refiero es *Lições de Direito para a actividade policial militar* (5.^a edição, Joruá Editora, Curitiba, 2002), manual, de 202 páginas, que pone de manifiesto el sentido didáctico del autor y su buen hacer en el ámbito docente. Este conocimiento extenso y profundo del Derecho militar, en sus plurales dimensiones, unido a unas excepcionales condiciones pedagógicas, es lo que ha permitido a Jorge César de Assis conformar una obra general cuyo valor y utilidad han estado seguidos de un indiscutible éxito editorial.

La cuarta edición de la *Parte General* de estos *Comentarios* es una versión íntegramente revisada, en la que, sin embargo, no se altera, para nada,

el planteamiento originario de la obra, ni en su concepción sustancial ni en su nivel de contenidos. La metodología, obviamente, como en todos los comentarios, es exegética, lo que comporta que la estructura y la sistemática interna vienen dadas por la propia ley, en este caso, por el Código penal militar de Brasil, un texto normativo de ciento treinta y cinco artículos, divididos en siete títulos, dedicados, respectivamente, a la aplicación de la ley penal militar, el delito, la imputabilidad penal, el concurso, las penas, las medidas de seguridad, la acción penal y la extinción de responsabilidad criminal.

Para el jurista español, especialmente si no desarrolla su actividad profesional en el ámbito castrense, conviene señalar que el vigente Código penal militar brasileño es el aprobado por Decreto-Ley 1001/1969, de 21 de octubre, que —como señala De Assis— fue obra del trabajo minucioso de una Comisión integrada por los profesores Benjamin Moraes Filho, José Telles Barbosa e Ivo D'Aquino, este último autor del anteproyecto. Y, si bien es cierto que, en múltiples aspectos, este Código puede considerarse desfasado y, en ocasiones, contrario a la propia Constitución de 1988, no lo es menos que, como advierte el autor, la ley penal castrense fue, en su momento, un elemento de progreso en Brasil, dónde, entre otros avances, introdujo la distinción entre el estado de necesidad exculpante y el justificador de la conducta, la concepción alternativa —que no acumulativa— de la medida de seguridad, el principio de intervención penal mínima (que permite reconducir numerosos delitos al ámbito disciplinario) o la previsión de la delación voluntaria como excusa absolutoria al conspirador, que hasta 1990 no fue acogida por el Código penal común.

Obviamente, no resulta necesario, en las obras generales, dar cuenta de su contenido, que, en este caso, viene determinado, según queda expuesto, por el propio Código penal militar, como requiere el método exegético, consustancial a los *Comentarios*. Debe significarse, sin embargo, cómo la exégesis aborda justificaciones históricas, referencias sistemáticas y otros análisis valorativos y de interpretación de la norma que, con un cierto sincretismo, permiten aminorar las deficiencias que todo método monista implica. En la exégesis destaca, además, el dominio y riguroso manejo de la literatura jurídicopenal militar brasileña y la minuciosa y constante utilización de la jurisprudencia, a través de precisas referencias de síntesis. Este correcto tratamiento de las fuentes, el adecuado planteamiento de los temas, la concisión en su desarrollo y, especialmente, su claridad expositiva hacen del trabajo de Jorge César de Assis una obra extraordinariamente útil en la enseñanza, consulta y aplicación del Derecho militar.

La parte general contiene, además, dos anexos de evidente relevancia para el jurista brasileño. En el primero de ellos, el autor se manifiesta en contra de la —discutida— aplicabilidad, en el ámbito de la jurisdicción militar, de la Ley 9099/1995, de 26 de septiembre, que establece la perseguibilidad sólo a instancia de la víctima en las lesiones culposas y en las leves dolosas, la suspensión condicional del proceso o la transacción como causa de extinción de la responsabilidad penal, lo que fundamenta en los bienes jurídicos tutelados en el Derecho militar y, de modo prioritario, en el carácter público, incondicionado e indisponible de la acción en la jurisdicción especial. En el segundo de los anexos, De Assis sostiene la inconstitucionalidad de la Ley 9299/1996, de 7 de agosto, en tanto excluye de la competencia de la jurisdicción militar los delitos militares dolosos contra la vida cuando la víctima sea civil, cuestión, como la anterior, puramente interna y, por ello, de relativo interés en ámbitos foráneos.

Poco vamos a añadir respecto a la *Parte Especial* de los *Comentarios*, que no presenta alteraciones sustanciales, formales ni metodológicas, con respecto a la parte general. Se trata, en este caso, de la segunda edición, pero no de la primera tirada, sino de una reimpresión, que aparece íntegramente revisada y actualizada, algo que se evidencia en las fuentes normativas y doctrinales, pero, de modo especial, en la jurisprudencia reseñada.

El contenido de esta parte especial se contrae al análisis de los artículos 136 a 410 del Código penal militar, esto es, de los delitos en particular. De forma concisa, el autor se ocupa, en primer término, sucesivamente, de los delitos contra la seguridad exterior, de los delitos contra la autoridad o la disciplina militar, de los delitos contra el servicio militar y otros deberes castrenses, de los delitos contra las personas, de los delitos contra el patrimonio, de los delitos contra el orden público, de los delitos contra la Administración militar y de los delitos contra la Administración de Justicia militar. En segundo lugar, De Assis estudia los delitos militares en tiempo de guerra, esto es, los de favorecimiento al enemigo, hostilidades y órdenes arbitrarias, aquellos contra la vida y el patrimonio y los de raptó y violencia carnal. El tratamiento de la materia mantiene, como digo, el nivel de la parte general, si bien, en ocasiones, el estudio sea más elemental, lo que, en alguna medida, es consecuencia de la enorme extensión de la parte especial del Código brasileño.

Ambos volúmenes van seguidos de las referencias bibliográficas y de unos escuetos —pero útiles— índices analíticos. Y, por lo que a su edición respecta, son libros de moderno diseño y aceptable presentación, en los que, sin embargo, la composición tipográfica (el exceso de negritas me parece un ejemplo significativo) resulta manifiestamente mejorable.

No voy a entrar, desde luego, en los criterios sustentados y posiciones mantenidas por Jorge César de Assis a lo largo de la obra, muchos de los cuales derivan de concepciones sociopolíticas que pueden y deben ser debatidas en otros foros. Sólo convenir en que el Código penal militar brasileño no responde, al menos en su conjunto, a las exigencias de una sociedad democrática como Brasil, pero esto es algo que el propio autor reconoce cuando propone su reformulación con un nuevo texto punitivo castrense acorde con los tiempos actuales y plenamente respetuoso con los postulados de la Constitución federal (*PG*, p. 315).

Por lo demás, el trabajo de Jorge César de Assis aparece condicionado por su concepción (manualística) y por su método (exegético). La obra presenta las limitaciones derivadas de tales condicionamientos, en especial del primero, que requiere el tratamiento uniforme y unitario de cada una de las instituciones en un espacio concreto y breve, lo que justifica muchas de las carencias que, en la lectura aislada de determinados capítulos o temas, pudieran advertirse. Pero son esa misma concepción y ese mismo método los que, junto al buen hacer del autor, conforman una obra de cuyos aspectos positivos, a los que ya me he referido, destacaría, en este apartado conclusivo, el rigor en el análisis, la concisión y claridad en el estudio de los temas abordados, el certero manejo de las fuentes normativas, doctrinales y jurisprudenciales, la coherencia interna y un enfoque práctico, que hacen de estos *Comentarios* una herramienta de suma utilidad para quienes, desde sectores diversos, pretenden tener una visión íntegra de la legislación penal militar brasileña.

Antonio Millán Garrido
Universidad de Cádiz

1.3. VILLALPANDO CÉSAR, J. M.: *Las fuerzas armadas y la ley. Una introducción al Derecho militar mexicano*, 2.^a edición, corregida y aumentada, Escuela Libre de Derecho, México DF, 2002 (316 páginas)

En mayo de 1991 se publicó la obra *Introducción al Derecho militar mexicano* (Escuela Libre de Derecho - M. A. Porrúa Grupo Editorial, México DF, 134 páginas), en la cual el jurista e historiador José Manuel Villalpando César desarrolló un examen básico del marco normativo regulador de las fuerzas armadas mexicanas. Era el primer trabajo general sobre una materia que, poco a poco, había ido perdiendo, en México, interés académico y relevancia social y, de hecho, era, cada día, menos estudiada y peor conocida, especialmente fuera del ámbito castrense. De aquí que la *Introducción* tuviese una buena acogida y, para muchos, viniese a constituir un utilísimo manual para acometer, en un primer nivel, el estudio del Derecho militar. Pero el trabajo del profesor Villalpando, además de cubrir esta elemental necesidad en el orden docente, marcó un cierto resurgir de la propia disciplina con obras, que le siguieron, como el *Compendio de Derecho militar mexicano*, del Contraalmirante del Servicio Naval y profesor Renato de J. Bermúdez Flores (Porrúa, 1996), cuya segunda edición prologué en 1998, o el *Derecho militar mexicano*, del profesor Alejandro Carlos Espinosa (Porrúa, 1998, 2.^a edición: 2000), de la que di cuenta en su momento, publicaciones ambas con planteamiento, metodología y desarrollo propios y con una entidad sustancial que no permiten considerarlas, como pretende el profesor Villalpando, «una respuesta *oficialista*» a su trabajo.

La *Introducción* constituye tan sólo —y no es poco— un punto de referencia en el señalado resurgir del Derecho militar mexicano, que, por

supuesto, no se limita a las dos publicaciones indicadas. Y, en sí misma, siendo ello lo que aquí más nos interesa, una obra interesante, que, según queda expuesto, vino, en su momento, a cubrir un sensible vacío en la literatura jurídica mexicana.

Pues bien, la *Introducción al Derecho militar mexicano*, agotada en un par de años, aparece ahora, en su segunda edición, como *Las fuerzas armadas y la ley*, manteniendo en el subtítulo la referencia a su denominación originaria. La nueva versión, coincidente con el XC Aniversario de la Escuela Libre de Derecho, si bien conserva el planteamiento general de la obra y su estructura, incrementa, de forma significada, el contenido (al añadir siete apartados, el capítulo X y un apéndice), a la vez que, en el aspecto bibliológico, aparece en un formato distinto y con un más atractivo diseño de cubierta.

La obra del profesor Villalpando la integran —en esta su segunda edición— diez capítulos y un apéndice dedicado a la Guardia Nacional en México, todo ello precedido de un prólogo del propio autor.

En el capítulo I, *Misión de las fuerzas armadas mexicanas*, el autor comienza señalando los presupuestos teóricos y el mandato constitucional, esto es, el artículo 89.VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se prevé la existencia de unas fuerzas armadas a las que se encomienda la seguridad interior y la defensa exterior de México. Los principios básicos de la política de seguridad nacional en el orden militar han sido concretados por el legislador, creando las fuerzas armadas, dotándolas de atribuciones y misiones y colocándolas a las órdenes del ejecutivo. Las directrices a que deben ajustar las fuerzas armadas su actuación se contienen en el Plan Nacional de Desarrollo, que se establece con absoluto respeto a los principios constitucionales, la legislación básica y la normativa interior castrense. De forma autónoma, se ha generado una doctrina de la guerra que, según Villalpando, parte del principio de que la Constitución «sólo permite a las fuerzas armadas el hacer la guerra para la defensa exterior de la nación, es decir, que se excluye absolutamente toda acción ofensiva e inicial, al proclamarse, como norma fundamental que rige las relaciones de México con la Comunidad internacional, la solución pacífica de las controversias, la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza (art. 89,X), con lo cual las fuerzas armadas descartan de inicio la posibilidad, ni siquiera teórica, de pensar en una guerra de agresión». Concluye este primer capítulo con un apartado —procedente de las páginas introductorias de la versión originaria— que aborda el concepto mismo de Derecho militar, un concepto muy amplio para el autor, que lo refiere al «conjunto de normas jurídicas que prevén la acción armada del Estado

para salvaguardar su soberanía, normas que por supuesto incluyen la formación y organización de las fuerzas armadas, su actuación, sus relaciones con la sociedad, con los poderes públicos y con otros Estados igualmente soberanos, además de todas las posibles implicaciones que, para la conservación del orden interno y la defensa exterior, impactan en la vida social, económica, política y hasta cultural del país».

En el capítulo II, *Fuerzas Armadas constitucionales*, el autor se refiere a los dos tipos previstos en la Carta Magna: el Ejército y la Guardia Nacional. El primero lo integran las fuerzas armadas estables, profesionales y de ámbito federal, esto es, el Ejército de Tierra, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea, a cuyo análisis específico y descriptivo se dedican los apartados 3 a 5 del capítulo. En ellos ofrece especial interés el examen de la Fuerza Aérea mexicana, de reciente creación, que, en estos momentos, según Villalpando, no es sino el Arma de Aeronáutica del Ejército, situación que debe resolverse, «ya sea otorgándole autonomía, capacidad y jurisdicción a la fuerza aérea, para que en verdad lo sea, o bien aclarando su papel y eliminando toda mención a ella en la Constitución, para que concuerde su papel de Arma de Aeronáutica con su ubicación dentro del Ejército». Las fuerzas armadas no permanentes se contraen a la —constitucionalmente prevista— Guardia Nacional, milicia temporal y no profesional, de ámbito estatal. Según el autor, el que no haya llegado a crearse la Guardia Nacional, como fuerzas armadas constitucionales no permanentes, constituye un abierto e injustificado desacato al texto constitucional. Es, sin embargo, éste un tema, a mi entender, ciertamente complejo, ya que, en estos momentos, tal vez resulte cuestionable, en sí misma, la existencia de estas —treinta y dos— fuerzas armadas estatales y no sólo por motivos presupuestarios, sino por razones técnicas, operativas y funcionales, derivadas del sustancial cambio de circunstancias desde la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Los apartados 7 y 8 con que concluye el capítulo son nuevos en la edición. En el primero de ellos, de contenido básicamente sociopolítico, referido a las atribuciones del legislador en materia militar, Villalpando advierte del nuevo escenario que supone el que denomina actual «parlamentarismo en un régimen de libertad». En el segundo, se señalan las dos prohibiciones de la Constitución a los Estados mexicanos: tener tropa permanente o buques de guerra y hacer la guerra por sí a alguna potencia extranjera, «exceptuándose los casos de invasión y de peligro tan inmediato que no admita demora».

El capítulo III está dedicado a los *Organismos y Cuerpos militares especiales* y en él aborda el autor el análisis del Estado Mayor Presiden-

cial, el Cuerpo de Guardias Presidenciales, el Cuerpo de Defensas Rurales (respecto al cual critica la exigencia a sus integrantes de ser «afines con la política del Gobierno de la República») y otros Cuerpos especiales.

En el capítulo IV, *La Administración Pública y las fuerzas armadas*, tras una breve referencia al poder ejecutivo federal (que corresponde al Presidente de la República), a las Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina y a la Administración pública paraestatal militar (el Banco Nacional del Ejército, Fuerzas Aérea y Armada, el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas y el Departamento de la Industria Militar), el autor cuestiona que las Secretarías de Defensa Nacional y de Marina deban ser desempeñadas por militares en activo, lo que implica la confusión de las responsabilidades políticas con las institucionales. Al respecto, hay que convenir con Villalpando en que «lo correcto sería hacer una diferenciación clara entre los Secretarios de Defensa Nacional y de Marina, funcionarios con responsabilidades políticas y administrativas, y el Alto Mando de las Fuerzas Armadas, encomendado a miembros de ellas de alta graduación, que cumplirían con una función exclusivamente técnica: la militar».

El capítulo V viene referido a los *principios esenciales de las fuerzas armadas*, especialmente a la disciplina, lo que lleva al examen de las conductas militares exigibles, de la jerarquía, los ascensos y las recompensas.

Sigue, en el capítulo VI, el estudio de la *composición de las fuerzas armadas*, lo que el autor lleva a cabo partiendo de la distinción entre el servicio militar voluntario y el servicio militar nacional. Respecto a éste, niega la vigencia de la Ley del Servicio Militar, aprobada para la situación de amenaza potencial que para México representó la Segunda Guerra Mundial, y califica de inconstitucional la asignación de los jóvenes conscriptos a actividades sociales, esto es, ajenas al adiestramiento en el uso de las armas y al conocimiento de la disciplina militar. Destaca, asimismo, el autor la «poca seriedad con que se ha revestido el servicio militar, que se ha convertido en un mero trámite engorroso que hay que realizar para obtener la cartilla de identificación». Concluye el capítulo con una valoración crítica del servicio nacional, justificativa de la propuesta de reforma que se formula. En este punto, hubiese sido deseable un mayor rigor en el planteamiento informativo, que parte de datos no actualizados (cfr., entre otros, respecto a la situación del servicio militar en Derecho comparado, J.-C. Alli Turrillas, *El soldado profesional*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 65-110). Pese a ello, los presupuestos en que Villalpando basa la «reforma radical del servicio militar obligatorio» son, en lo sustancial, razonables, si bien lo que propone es, propiamente, un régimen jurídico de movili-

ción nacional para supuestos de emergencia del que tan sólo se apuntan algunos principios generales.

El capítulo VII, *Condición jurídica de los miembros de las fuerzas armadas*, comienza con un análisis del régimen laboral del militar, en el que se contrapone el contrato de enganche, como fuente de tal régimen, y la protesta (juramento) a la bandera, como acto jurídico del que derivan los deberes y obligaciones del militar durante su permanencia en las fuerzas armadas. Sigue el estudio de los límites a los derechos fundamentales que soporta el militar, en tanto que, transitoria o definitivamente, no cause baja en las fuerzas armadas. Particular atención —aunque en línea meramente expositiva— merecen los regímenes penal y disciplinario castrenses, ámbito al que, hasta ahora, se refería casi toda la literatura jurídicomilitar mexicana. Al respecto, destaca el autor la irrecurribilidad de los arrestos, que justifica en su aceptación previa por el sancionado. Esta imposibilidad de impugnar la sanción impuesta y, en general, la negación al militar de garantías individuales plenamente compatibles con su función constitucional ha sido objeto de denuncia pública en México y a ello, como a los presuntos excesos de las fuerzas armadas en los sucesos de 1968, 1970, 1980 y 1994, se refiere el autor en el último —y nuevo— apartado de este capítulo, para mostrarse a favor de que los indicados excesos —en la actuación externa— sean investigados y «ventilados públicamente, como muestra de la transparencia y limpieza de los procedimientos militares, a fin de dejar constancia de que la impunidad no es tolerada en el interior de las fuerzas armadas». Por el contrario, Villalpando, en la medida en que justifica la no recurribilidad de las sanciones disciplinarias y se opone, de forma expresa y contundente, a la creación de «un organismo que vigile y defienda los derechos humanos de los militares cuando son víctimas de sus superiores jerárquicos», está confiriendo la impunidad a los militares en su actuación interna y ello en nombre de la disciplina, que es, precisamente, el principio directamente afectado en los abusos de autoridad, que, por esta razón, han de ser rigurosamente corregidos.

El capítulo VIII, *Delimitación de la competencia militar*, que, respecto a la primera edición, permanece inalterado, contempla el marco legal de actuación de las fuerzas armadas, distinguiendo el tiempo de paz del estado de guerra, situación ésta en la que «se ejercen en toda su dimensión y contundencia los actos necesarios para salvaguardar el orden interno y para defender al país de una agresión externa», pudiéndose llegar, en su máximo nivel de intensidad jurídica, a la suspensión de garantías individuales, estado que el autor examina con concisión, analizando sus fundamentos, principios y límites, así como la función que, en dichas circunstancias, corresponde a las fuerzas armadas.

Es el capítulo IX, *Actuación de las fuerzas armadas mexicanas*, uno de los más interesantes —y, asimismo, de los más renovados— de la obra. En él, se ocupa, en primer término, el autor de la defensa exterior, supuesto en el que la actuación de las fuerzas armadas viene exigida por la protección y tutela de la soberanía nacional. De las fases de la guerra, es objeto de precisa referencia su declaración, facultad que en México se otorga, de modo conjunto, al Congreso de la Unión y al Presidente de la República. Debe, sin embargo, en este punto, advertirse que hoy las guerras no se declaran formalmente (la mayoría de las acontecidas en el pasado siglo y en el actual no fueron declaradas), razón por la cual parece preferible adoptar un concepto material o sustancial de guerra, conforme al cual sea la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera (e, incluso, el decreto de movilización general) lo que marque el inicio del conflicto bélico, el que, asimismo, concluiría con el cese de las hostilidades, sin necesidad de esperar al armisticio, rendición o tratado de paz que formalmente determine la conclusión de la contienda. Durante la misma, México ha de atenerse al Derecho de la guerra, esto es a las normas jurídicas de carácter internacional que regulan el conflicto bélico y que viene integrado, básicamente, por los Convenios de La Haya de 1899, 1907 y 1954 y los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977, si bien, en estos momentos, hubieran merecido una especial referencia la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (Ginebra, 10 de octubre de 1980) y la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y de su destrucción (París, 13 de enero de 1993).

De máxima actualidad resulta el apartado dedicado a la participación de las fuerzas armadas en las que el autor denomina «guerras modernas», cuando no se trata de responder a una agresión directa en contra de la soberanía mexicana, sino de contribuir con tropas a fuerzas internacionales o conjuntas (multinacionales) en cumplimiento de lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas y en el Tratado Internacional de Asistencia Recíproca. En este caso, Villalpando niega que los reclutas forzosos puedan formar parte de contingentes enviados fuera de las fronteras mexicanas y lo hace a través de una —para mi, discutible— interpretación restrictiva del texto constitucional, según la cual, los mexicanos no pueden ser obligados a intervenir en un conflicto bélico más que si el mismo tiene por finalidad asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor o los derechos e intereses de la patria, o proteger la República y sus instituciones.

En sucesivos apartados, el autor aborda la función de las fuerzas armadas en el mantenimiento del orden interno y de la seguridad interior, su utilización en servicios de policía y las competencias que se le asignan en el control de armas de fuego y explosivos, así como otros servicios de auxilio y colaboración. De tales materias, reviste especial interés —por su dudosa constitucionalidad— la atribución al personal militar de funciones policiales y, de manera significativa, tareas relacionadas con la lucha contra el narcotráfico. Se trata de un tema que en México ha trascendido a la opinión pública y que no puede considerarse zanjado aun cuando la Suprema Corte de Justicia declarase constitucional, en 1995, la posibilidad de que, en tiempos de paz, el ejército, la fuerza aérea y la armada actúen, en apoyo de las autoridades civiles y a su instancia, en tareas diversas de seguridad pública.

El capítulo X y último, *Recapitulación crítica*, añadido en esta edición, es un resumen conclusivo de las propuestas *de lege ferenda* formuladas por el autor a lo largo de su trabajo y que constituirían las bases de una necesaria reforma del marco jurídico regulador de las fuerzas armadas en el Ordenamiento mexicano.

Tras la *bibliografía*, que, en realidad, es un repertorio legislativo elemental, sin referencia alguna a la doctrina mexicana, el autor incorpora, como apéndice, en esta segunda edición, un estudio, básicamente histórico, sobre *La Guardia Nacional en México* (pp. 243-314). Parte el estudio de un detenido análisis de las milicias provinciales de la Nueva España y del concepto estadounidense de la milicia nacional como antecedentes de la institución mexicana, que, tras la independencia y en su primera etapa, se configura como una milicia cívica local, para, en la segunda, tras la restauración del federalismo, recibir —formalmente, desde 1846— la denominación de Guardia Nacional y contar con su época más gloriosa, que concluye, precisamente, a raíz de la vigente Constitución de 1917, con su desnaturalización teórica y postergación práctica, en contra de la propia previsión constitucional y de aquellos que, como el autor, consideran que la Guardia Nacional «es la mínima fuerza pública con que cuenta cada uno [de los Estados mexicanos] para que sus ciudadanos puedan cumplir con el mandato de colaborar en la defensa del país y contribuir a conservar el orden interno». Es un estudio bien planteado, que, si bien, en su naturaleza y nivel, difiere del resto de la obra (y, en este sentido, se incorpora como «apéndice» a la misma), constituye un irreprochable complemento de la misma, que, desde luego, pone de manifiesto el buen hacer del autor en lo que, sin duda, constituye su especialidad: el análisis histórico de las instituciones jurídicas.

Esta segunda edición de la obra de José Manuel Villalpando es, en su conjunto, una versión actualizada, revisada y enriquecida, que, en conse-

cuencia, mejora su trabajo originario. Se advierte, no obstante, en esta ocasión, de modo especial en el prólogo, una crítica, de contenido más político que jurídico, a anteriores Gobiernos y a las propias fuerzas armadas que, a mi entender, exceden de lo que es el contenido, el alcance y el sentido de la obra y que, ciertamente, pueden condicionar de modo negativo las propuestas de reforma formuladas por el autor, muchas de las cuales merecerían ser acogidas por el legislador mexicano con total independencia del signo político del Gobierno o de la mayoría parlamentaria, pues lo que, en definitiva, persiguen es la modernización y profesionalización de las fuerzas armadas. En el orden técnico, me limito a dejar constancia de un solo reparo de carácter general consistente en que, si bien la obra es básicamente descriptiva, en ella se incluyen datos, comentarios, valoraciones y propuestas de cuyas fuentes debiera haberse dejado constancia, tal como se hace en el apéndice. Al menos, la bibliografía final hubiera debido contener las referencias a los trabajos básicos de Calderón Serrano, Véjar Vázquez, Schroeder Cordero, Saucedo López, Bermúdez Flores, Carlos Espinosa..., aun cuando sólo fuese con finalidad informativa y, a la vez, como reconocimiento de sus aportaciones a la disciplina en la que trata de «introducirse» al lector.

Tales observaciones y alguna deficiencia ya advertida en nada aminoran, sin embargo, la valoración altamente positiva de un trabajo bien concebido y mejor elaborado, en el que cabe destacar el adecuado tratamiento de los temas abordados, la precisa delimitación de contenidos, la adecuada sistemática de sus capítulos dentro de una estructura general correcta, el pluralismo metodológico utilizado, la prioritaria atención a la estricta conformación normativa de las instituciones, la determinación de sus aspectos negativos y las propuestas de reformas formuladas, todo ello acompañado de pulcra redacción, riguroso dominio de la técnica y meridiana claridad expositiva en un libro, por demás, de bonito diseño y excelente composición tipográfica.

En definitiva, *Las fuerzas armadas y la ley* constituye, como ya lo fuera el trabajo originario, un magnífico manual para el estudio del marco jurídico de las fuerzas armadas mexicanas, especialmente en sus lineamientos constitucionales, a la vez que un instrumento de reflexión sobre las carencias y aspectos deficitarios de la regulación vigente. No cabe, pues, sino felicitar al profesor José Manuel Villalpando por esta segunda edición de una obra que, a buen seguro, seguirá siendo referente obligado en la literatura jurídicopenal mexicana.

Antonio Millán Garrido
Universidad de Cádiz

1.4. GUTMAN, ROY y RIEFF, DAVID (Dir), «Crímenes de guerra. Lo que debemos saber». Debate, Grupo Editorial Random House Mondadori, Barcelona, 2003. 447 páginas

Esta obra colectiva, en la que participa un selecto grupo de académicos, historiadores, médicos, juristas, militares, politólogos y periodistas, aparece en España, y en español, tras de que, en 1999, se publicara por primera vez. Publicación de éxito allende nuestras fronteras, viene ahora a colmar, desde un punto de vista multidisciplinar, la indudable laguna que, en relación con el conocimiento de los principios rectores de la conducta en los conflictos armados, adolece la opinión pública española, tradicionalmente despreocupada, por desinformada, de lo que ha venido a constituirse hoy en una de las principales características del acontecer y el debate internacional, a saber, la transformación de la naturaleza de la guerra en función de la relevancia que, en su desarrollo y conducción, ha adquirido el Derecho; desconocimiento que es igualmente perceptible entre los círculos más influyentes de nuestro país, habitualmente desinteresados por cualquier línea de pensamiento que ponga en duda los ignaros apriorismos y las interesadas falacias que hacen aparentemente más inteligible la percepción de un fenómeno complejo como es el conflicto armado.

Entre los autores cabe destacar la presencia de personalidades del Derecho tales como M. Cherif Bassiouni, Kenneth Anderson, Hamilton Debaussure, Horst Fischer, Robert Kogod Goldman, Richard Goldstone, Michael H. Hoffman, Frits Kalshoven, Theodor Meron, Karma Nabusi, Diane F. Oventlicher, Adam Roberts, Peter Rowe, Jean-Marie Simon, David Turns, Hernando Valencia Villa, y, en la edición española que comentamos, que se abre con un crítico y lúcido prólogo de Baltasar Garzón y un vibrante pre-

facio de David Rieff, destaca la aportación de José Luis Rodríguez-Villante y Prieto, que ha revisado, en su conjunto, tal edición.

Cumple plenamente la obra su primordial objetivo de despertar la conciencia pública acerca de la capital importancia de las normas que regulan el fenómeno bélico en orden a lograr la protección en él de personas y bienes, y, en su caso, a propiciar el castigo de quienes conculcan las normas convencionales que disciplinan la conducta de los combatientes, pues es, sin duda, la presión de la opinión pública, en general, y, en primer lugar, la de los medios de comunicación, el elemento que dinamiza la actitud de los políticos y refuerza la actuación de los juristas en pro de la prevención de los delitos de guerra, y, en su defecto, del adecuado castigo de los mismos, proscribiendo, en todo caso, la impunidad de la que, hasta no ha mucho tiempo, gozaban los perpetradores de estos graves crímenes internacionales.

Es, precisamente, a través de la divulgación y la clarificación de instituciones propias del acervo normativo en que consiste el Derecho internacional humanitario, las más graves de cuyas violaciones son determinantes de la comisión de crímenes de guerra según la enumeración que de los mismos se contiene en los cuatro Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, el Protocolo I Adicional a aquéllos, de 8 de junio de 1977 y, el artículo 8.2 a), b), c) y e) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, y, especialmente, del ofrecimiento al lector de acabados ejemplos de conductas constitutivas de algunos de aquellos delitos de guerra con referencia a conflictos actuales, el procedimiento a través del cual se agavilla en la obra un variado conjunto de conceptos propios de aquella rama del Derecho internacional público, que se interrelacionan entre sí y que vienen a constituir, en verdad, un acabado y completo *vademecum* del Derecho internacional de los conflictos armados.

Junto al desarrollo de instituciones estrictamente jurídicas, la imparcial aproximación a acontecimientos clave para entender la actual situación política internacional (el 11 de septiembre y la *guerra contra el terrorismo*, Afganistán, la guerra árabe-israelí, la segunda *Intifada*, Argelia, Bosnia, Chechenia, Colombia, Guantánamo, Guatemala, guerras del Golfo e Irán-Irak, Kosovo y Ruanda), obliga a reflexionar sobre los efectos desoladores de la falta de observancia de las normas que regulan el comportamiento en combate y, sobre todo, los derechos de los no combatientes y las personas privadas de libertad, detenidas o internadas o que ostenten la condición de heridos, enfermos o náufragos.

Conceptos hoy trágicamente de plena actualidad, como los del *apartheid*, las armas biológicas, nucleares y químicas, los asesinatos de civiles,

los bombardeos de área, las bombas de fragmentación, los campos de concentración y de trabajo, los castigos colectivos, los crímenes contra la paz y la humanidad, los daños incidentales, la deportación, la depuración étnica, las desapariciones, los desplazamientos internos, las destrucciones arbitrarias, las detenciones ilegales, las ejecuciones extrajudiciales, la esclavitud, los escuadrones de la muerte, los escudos humanos, los experimentos biológicos y médicos, los exterminios, los gases, el genocidio, la guerra sin cuartel, la guerrilla, la inanición, el internamiento de la población civil, los mercenarios, las minas, las mujeres víctimas de la guerra, los niños soldados, la ocupación, los paramilitares, los partisanos, la protección de periodistas, la persecución política, racial o religiosa, el pillaje, los prisioneros de guerra, los refugiados, los rehenes, las represalias, el terrorismo, la tortura, la violación, la violencia sexual, la prostitución forzada y las violaciones sistemáticas, son analizados con un absoluto, y descarnado, rigor, constituyendo este catálogo de horrores, cuya existencia parece que se quiere olvidar, el negativo de lo que las leyes de la guerra tratan de evitar, y, en su caso, castigar.

El conocimiento de ese complejo y sofisticado marco legal regulador de los conflictos armados y, a través del mismo, su comprensión y la interiorización de sus normas y de los valores de respeto al ser humano y a la civilización que las inspiran, constituye el loable propósito inspirador de esta obra. Su logro conducirá, ineluctablemente, a tomar partido por la defensa de la normatividad tuitiva del ser humano en estas extremas situaciones en que puede hallarse, así como a la exigencia de que los poderes públicos cumplimenten la obligación convencionalmente asumida por nuestro país de cumplir y hacer cumplir las obligaciones que imponen los instrumentos en que se contiene el Derecho internacional humanitario, abandonando la pasividad y la indiferencia que, con minoritarias y valerosas excepciones, y a diferencia de lo que acontece en otras sociedades de nuestro entorno, viene caracterizando a la española frente al fenómeno de la vulneración de las más elementales normas protectoras de la persona en situación de conflicto armado y de la exigencia de responsabilidad a los perpetradores de tales infracciones, exigencia que es, en la actualidad, un factor imprescindible para el logro de la paz internacional.

Fernando Pignatelli y Meca

1.5. ABRIL STOFFELS, RUTH, «La asistencia humanitaria en los conflictos armados: configuración jurídica, principios rectores y mecanismos de garantía», Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, 470 páginas

De nuevo nos encontramos con una monografía promocionada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, en la línea de facilitar la publicación de tesis doctorales relevantes en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Además esta obra ha sido distinguida con el Premio Paul Reuter (correspondiente al año 2003) del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Después de la introducción, la autora estudia algunas cuestiones generales, como el concepto de emergencia humanitaria, la asistencia humanitaria (definición, contenido y objetivos) y su contexto actual.

La parte I se dedica al estudio de la asistencia humanitaria en el Derecho Internacional, con la exposición de los deberes de los Estados y los derechos de las víctimas. Dentro de este capítulo no faltan las referencias al Derecho Internacional Humanitario (DIH), al Derecho de La Haya y a las medidas coercitivas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Completan esta primera parte el análisis de los mecanismos para hacer efectivo el derecho a la asistencia humanitaria.

La segunda parte del libro aborda los principios rectores de la asistencia humanitaria, como la necesidad de autorización, donde se aborda el ofrecimiento de socorros, los problemas de la autorización y el consentimiento o la denegación ilícita de la autorización y la reacción de los Estados.

El estudio del carácter humanitario, imparcial y neutral de la acción humanitaria integra el capítulo final de la obra, donde se destaca el carácter humanitario de la asistencia humanitaria como presupuesto fundamen-

tal, la no discriminación de la asistencia humanitaria y la neutralidad fundada en el respeto del contenido, destinatarios y límites de la asistencia humanitaria, la abstención de actos hostiles, la neutralidad ideológica y el deber de discreción, el deber de prevención y la imparcialidad, para terminar con la exposición de «las Partes y la neutralidad».

La autora ofrece al final de su libro las conclusiones de su Tesis Doctoral, dirigida por el Profesor Doctor D. Manuel Pérez González en la Universidad Complutense de Madrid y calificada con Sobresaliente *cum laude* por unanimidad. Su excelente trabajo de investigación, se completa con una detallada relación documental y un excelente apartado bibliográfico.

José L. Rodríguez-Villasante y Prieto

1.6. ROGERS, ANTHONY P.V. y MALHERBE, PAUL, «Derecho al objetivo. Modelo de Manual acerca del Derecho de los conflictos armados para las Fuerzas Armadas», Bruno Doppler, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2001, 363 páginas

Se trata de un Manual de Derecho de los conflictos armados elaborado para difundir sus normas entre los miembros de las Fuerzas Armadas, particularmente entre las Fuerzas Armadas combatientes. No se trata de un texto jurídico sino de una guía útil para que se entienda el DIH y se actúe conforme a sus normas. Por otra parte, es un texto de rápida referencia o consulta para el asesor jurídico. El Comité Internacional de la Cruz Roja propone este modelo de Manual a los Estados con destino a los miembros de sus Fuerzas Armadas.

El Manual tiene cuatro partes: la primera contiene las normas para el Jefe y su Estado Mayor. En la segunda se relacionan los principios que han de aplicarse en las operaciones con el Derecho. La tercera versa sobre la instrucción e incluye una serie de escenarios y de principios para integrar las normas jurídicas en las actividades diarias de instrucción militar. Y en la cuarta figuran el índice alfabético y el glosario.

La parte A, como se ha dicho, expone el Derecho de los conflictos armados para el Oficial de mando. Los conocimientos básicos se inician con una introducción al Derecho de los conflictos armados, sus principios básicos, necesidad de aplicación y determinación de conceptos tales como el de conflicto armado, internacional, interno o neutralidad. La integración de estas normas en la evaluación de la situación militar exige conocer el estatuto del combatiente, el entorno militar (medio ambiente, zonas o lugares protegidos o bienes culturales), armas y misión militar (órdenes legítimas e ilegítimas).

La conducción de las operaciones militares comprende la exposición de la protección general de las personas civiles y combatientes fuera de combate o en poder de la parte adversa, las operaciones ofensivas y defensivas y las cuestiones sanitarias.

Se estudian también las normas para las unidades relacionadas con el trato debido a los prisioneros de guerra y el régimen general de los campos de internamiento.

El comportamiento fuera de la zona de combate plantea el problema de la protección de la población civil y del régimen de la ocupación bélica.

Conflictos de orden particular que se tratan en la obra son: la guerra naval, la guerra aérea, la neutralidad, las operaciones de apoyo a la paz, los conflictos armados internos y las operaciones de seguridad interna.

La parte B de la obra contiene una interesante información suplementaria, que completa lo expuesto en cada uno de los apartados anteriores, con especial referencia a la difusión y aplicación del Derecho de los conflictos armados. Finaliza esta parte con el estudio de los crímenes de guerra y de la responsabilidad.

La parte C se centra en la instrucción y formación, con ejercicios, ejemplos, casos prácticos y programas de instrucción para los combates, dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas.

Por último, la parte D contiene un útil glosario comprensivo de la lista alfabética de los tratados y las definiciones de los términos utilizados en el Manual, los signos distintivos, los anexos y el índice temático.

José L. Rodríguez-Villasante y Prieto

2. NOTICIAS DE REVISTAS

NOTICIA DE REVISTAS

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz

SUMARIO

A) Cuestiones de derecho penal; B) Cuestiones de Derecho internacional y humanitario de la guerra.

A) Cuestiones de Derecho penal

En la revista *Actualidad Penal*, en el número 40, Carmen González Pastor inserta un trabajo titulado «Análisis de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro de las penas. Examen de su constitucionalidad». En el número 41, se publica un artículo de José Manuel Gómez-Benítez sobre «La parte general del Estatuto de la Corte Penal Internacional». En el número 44, se incluye un trabajo de Jorge Vila Lozano sobre «Los jurados delincuentes: responsabilidad penal del Juez de hecho».

En la *Revista de Derecho Ambiental*, número 27, José Manuel Sánchez Patrón publica un artículo sobre «Los atentados contra el medio ambiente como crimen en el Derecho internacional».

B) Cuestiones de Derecho internacional y humanitario

En el *Boletín de Información número 280 del Ministerio de Defensa* se incluye una colaboración de Romualdo Bermejo García sobre «La guerra de Irak y el Derecho internacional humanitario».

La *Common Market Law Review*, vol. 40, número 5, de octubre de 2003 acoge un trabajo de E. Denza sobre «*The 2000 convention on mutual assistance in criminal matters*».

En fascículo 4 del número 95 del *American Journal of International Law* recoge cuatro sucintas notas de interés firmadas por Reisman «*In defense of world public order*», «*The use of force against terrorism an international Law*», «*Terrorismo and the right of self-defense*» y «*hegemonic international Law*».

Por último, en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XIX, 2002, Alfonso Ruiz Miguel aborda el tema de «*Doctrinas de la guerra y de la paz*».

IV. INFORMACIÓN

1. CONVOCATORIA DEL PREMIO «JOSE FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDEO» DEL MINISTERIO DE DEFENSA

En los últimos tiempos es relativamente frecuente la noticia de la convocatoria de premios anuales de investigación, por parte de Corporaciones, Organismos o Instituciones (en particular académicas), para recordar la memoria de personalidades relevantes que han fallecido en atentados terroristas en España.

Podríamos destacar el «Premio Rafael Martínez Emperador» del Consejo General del Poder Judicial, el «Premio Francisco Tomás y Valiente» de la Diputación Provincial de Sevilla, el Premio «Broseta Pont» u otros premios anuales convocados por diversas Universidades españolas, Ayuntamientos, Colegios Profesionales, Revistas especializadas o el Instituto Nacional de Administración Pública.

La Revista Española de Derecho Militar dedicó el número 77 *in memoriam* José F. de Querol y Lombardero, respondiendo a una iniciativa que ha tenido una gran aceptación en nuestros lectores y, en general, en la comunidad científica y académica.

Por estas razones ha surgido en el ámbito de algunos cualificados miembros del Consejo Editorial y del Consejo de Redacción de nuestra revista, la idea de proponer al Ministerio de Defensa la convocatoria de un Premio anual para artículos o estudios de investigación sobre aspectos jurídicos relacionados con el ámbito de la Defensa, en recuerdo del General y Magistrado J.F. de Querol y Lombardero.

El Premio respondería tanto al propósito de recordar la memoria de quien, tras una trayectoria ejemplar, falleció en atentado terrorista, como al fin de promocionar los estudios sobre las materias de interés para el Derecho Militar. Es decir, los aspectos jurídicos de la actividad del Minis-

terio de Defensa o de la Jurisdicción Militar, el Derecho Militar en general o, más particularmente, los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Tal iniciativa recibió una excelente acogida en la Secretaría General Técnica y en la Dirección General de Relaciones Institucionales del Ministerio de Defensa e Instituto de Estudios Estratégicos, acordándose la inclusión del Premio *José Francisco de Querol y Lombardero* entre los Premios Defensa.

Por Orden del Ministerio de Defensa de fecha, 26 de diciembre de 2003, se convocaron los Premios Defensa 2003 y, entre ellos, el Premio *José Francisco de Querol y Lombardero*.

Se concederá a los artículos o estudios de investigación sobre aspectos jurídicos relacionados con el ámbito de la Defensa ó de la Jurisdicción Militar, el Derecho Militar en general y, particularmente, los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. La extensión máxima será de cuarenta páginas, incluidas las notas a pié de página.

El jurado, presidido por el Director General de Relaciones Institucionales del Ministerio de Defensa, estará formado por el Director de la Revista Española de Derecho Militar y, al menos, la mitad de sus miembros pertenecerán al Consejo Editorial o al Consejo de Redacción de la Revista Española de Derecho Militar.

El Premio consiste en una figura en bronce de Miguel de Cervantes y tiene una dotación económica de 5.500 euros.

La obra galardonada será publicada en la Revista Española de Derecho Militar.

Así pues, debemos celebrar la creación de este Premio que, como expresa la Convocatoria del Ministerio de Defensa, responde a nuestra intención de que el recuerdo del General y Magistrado José Francisco de Querol y Lombardero permanezca entre nosotros.

La Redacción de la Revista

**2. IV REUNIÓN DE EXPERTOS DE PAÍSES
IBEROAMERICANOS:
«EL SISTEMA DE GARANTÍAS JUDICIALES DEL DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO, CON ESPECIAL
REFERENCIA A LA JURISDICCIÓN MILITAR»**

Como continuación de las diversas Reuniones de Expertos o Jornadas celebradas en Madrid, el Comité Internacional de la Cruz Roja, el Colegio de Abogados de Madrid, la Cruz Roja Española y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados convocaron esta IV Reunión de Expertos de Países Iberoamericanos sobre « *El sistema de garantías judiciales del Derecho Internacional Humanitario, con especial referencia a la Jurisdicción Militar*».

Previamente se elaboró un detallado cuestionario sobre la materia que fué contestado por las representaciones de Argentina, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

La Reunión de Expertos se desarrolló en la sede del Colegio de Abogados de Madrid, durante los días 6 y 7 de octubre de 2003, contando con el apoyo y patrocinio del Ministerio de Defensa de España.

Intervinieron en la sesión de apertura, bajo la presidencia de D. Luis Martín Mingarro, Decano del Colegio de Abogados de Madrid y Presidente de la Unión Iberoamericana de Abogados, el Ministro de Defensa D. Federico Trillo-Figueroa y Martínez-Conde, el Fiscal de la Corte Penal Internacional D. Luis Moreno Ocampo, el Vicepresidente del Comité Internacional de la Cruz Roja D. Jacques Forster y el Vicepresidente de la Cruz Roja Española D. Fernando del Rosario Romero.

Participaron en las jornadas representantes de Tribunales Militares, Asesorías Jurídicas o Colegios de Abogados de Argentina, Bolivia,

Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú, República Dominicana, Portugal y España, además de relevantes especialistas de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, Tribunal Supremo de Justicia, Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores, Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, Tribunales Militares, Comité Internacional de la Cruz Roja, Colegio de Abogados de Madrid y Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

La conferencia inaugural fué desarrollada por el Profesor Dr. D. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid y Director Técnico del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (CEDIH), que disertó sobre « El sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario y la represión de los crímenes de guerra ».

La primera Mesa Redonda sobre « Las garantías constitucionales de la Jurisdicción Militar » fué moderada por el abogado D. José Alberto Alvarez (Panamá), desarrollando las ponencias el Almirante Auditor D. José Agustín Reilly, Asesor Jurídico de las Fuerzas Armadas de Argentina y por el Profesor Doctor D. Francisco Fernández Segado, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

La sesión de la tarde se inició con una Mesa Redonda dedicada a «Principios generales y tipificación de las infracciones del DIH en el Derecho interno y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional». Fué moderada por el abogado D. Arnoldo Ortiz Moscoso (Guatemala), actuando como ponentes Dña. María Teresa Dutli, Jefe del Servicio de Asesoramiento en DIH del Comité Internacional de la Cruz Roja y el General Auditor Dr. D. Fernando Pignatelli Meca, Profesor del CEDIH (España).

La sesión de la mañana del día 7 se inició con la Mesa Redonda sobre « Diversos sistemas de organización de la Jurisdicción Militar », moderada por el abogado D. Raúl Izurieta (Ecuador) y con la participación como ponentes del General Consejero Togado Dr. D. José Luis Rodríguez-Villante y Prieto, Director del CEDIH (España) y de la Coronel E.J. de Venezuela, Dña. Adela García de Rondón.

A continuación tuvo lugar otra Mesa Redonda sobre « El Estatuto de los miembros de los órganos judiciales militares y el Gobierno de la Jurisdicción Militar », moderada por el abogado D. Oscar Huerta (Argentina), desarrollando las ponencias el Dr. D. Agustín Corrales Elizondo, Magistrado del Tribunal Supremo y Profesor del CEDIH (España) y el Coronel D. Rodolfo Armando Contreras Paniagua, Jefe del Departamento Jurídico del Ejército (Guatemala).

La sesión de la tarde se inició con una Mesa Redonda sobre « El sistema de garantías judiciales previsto en el Derecho Internacional Humanitario y en la Jurisdicción Militar », moderada por el abogado D. José Antonio Silva de Sousa (Portugal), actuando como ponentes D. Antón Camen, Asesor Jurídico para América Latina del Comité Internacional de la Cruz Roja, el Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar de Perú, Almirante D. Carlos E. Mesa Angosto y el Viceministro de Defensa de Perú D. Luis Alberto Peñaranda.

La última Mesa Redonda, moderada por el abogado de Bolivia D. Reynaldo Peters, se dedicó a « El ejercicio del derecho de defensa en la Jurisdicción Militar y en la Corte Penal Internacional, el principio de igualdad de armas y los recursos jurisdiccionales », con ponencias del Brigadier General D. José Arturo Camelo Piñeros (Colombia) y del Prof. Dr. D. Luis Rodríguez Ramos, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.

Seguidamente se procedió a la clausura, acto presidido por el Magistrado D. José María Ruiz-Jarabo Ferrán, Presidente de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, Decano del Colegio de Abogados de Madrid D. Luis Martí Mingarro y Vicepresidente del Comité Internacional de la Cruz Roja D. Jacques Forster.

Los trabajos de esta IV Reunión de Expertos (Ponencias y contestación al Cuestionario) serán objeto de una próxima publicación.

Durante la Reunión se elaboraron las siguientes:

CONCLUSIONES

1. La jurisdicción militar aspira a promover el orden y la disciplina militares.

2. La jurisdicción militar debe velar, en el ámbito de su competencia, por el respeto de las garantías judiciales del Derecho Internacional Humanitario, especialmente porque se de cumplimiento a la prohibición de dictar condenas y de las ejecuciones sin previo juicio ante un Tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

3. La jurisdicción militar debe reconocer normativamente:

- a) el principio de la responsabilidad penal individual
- b) el principio *nullum crimen sine lege*
- c) el principio de no retroactividad de las normas sancionadoras
- d) la presunción de inocencia
- e) el principio *non bis in idem*

4. Cada país debería disponer de un sistema de enjuiciamiento rápido que permita sancionar las infracciones menores, a menos que los Tribunales militares posean los medios necesarios para juzgar todos los tipos de delitos con celeridad.

5. Se debe garantizar a las personas inculcadas un proceso equitativo. La equidad comprende principios tales como la publicidad, el establecimiento de plazos razonables, la independencia judicial y la imparcialidad, entre otros.

6. La jurisdicción militar debe garantizar:

f) El derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial.

g) El derecho a ser informado acerca de los cargos que se hayan formulado en su contra.

h) Los derechos y medios de defensa; por ejemplo, el derecho a ser defendido por un abogado calificado de su elección y a los oficios de un intérprete competente.

i) El derecho a encontrarse presente al ser juzgado

j) El derecho a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable

k) El derecho a un juicio sin dilaciones indebidas

l) El derecho a que la sentencia sea pronunciada públicamente

m) El derecho a ser informado acerca de sus derechos de recurso y, en su caso, a interponerlo.

7. Un entendimiento adecuado de la vida militar es esencial para una buena administración de la justicia militar.

8. Todo sistema de enjuiciamiento de las infracciones militares debe tener la confianza tanto de los sectores militares como de los civiles de la sociedad.

José L. Rodríguez-Villasante y Prieto

3. III JORNADAS DE LA ASOCIACION ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR Y DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Con el patrocinio del Consejo General del Poder Judicial y del Ministerio de Defensa, se han celebrado en Madrid las III Jornadas del Grupo Español de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra, hoy constituido como asociación con arreglo a la vigente legislación española, e inscrito en el Registro correspondiente como Asociación Española de Derecho Militar y de los Conflictos Armados.

En la tarde del día 5 de noviembre de 2003, y en salón cedido al efecto por el Consejo General del Poder Judicial, se reunió el Consejo Administrativo de la Sociedad Internacional, debatiendo diferentes temas de su competencia, y en la mañana del día 6, y ya en el Salón de Actos del Consejo General del Poder Judicial, se reunió el Consejo de Dirección, y, tras un almuerzo de trabajo, en la tarde del mismo día se iniciaron las reuniones correspondientes al debate de los temas que habían sido señalados para las III Jornadas del Grupo Español de la Sociedad.

Ha de significarse que, con la necesaria anticipación, se habían enviado, a través de la Secretaría General de la Sociedad, cuestionarios correspondientes a los temas que se iban a tratar en las Jornadas a las que nos estamos refiriendo. Los cuestionarios fueron contestados por Austria, Bélgica, Dinamarca, Holanda, Irlanda e Italia, miembros de la Unión Europea, así como también por la Confederación Helvética. Los temas que se habían fijado constituían el inicio de un proyectado estudio comparativo, en el seno de la Unión Europea, mediante el que pudiera establecerse el tratamiento jurídico de los derechos fundamentales de los militares. El interés por las cuestiones que tal planteamiento suscita había surgido como consecuencia de que, buscándose un espacio judicial común en la Unión

Europea, parecía haberse olvidado ese espacio judicial común en el ámbito castrense, búsqueda que, a juicio de los promotores de las III Jornadas, debía orientarse tanto hacia los aspectos jurídicos sustantivos militares, como procesales castrenses. Para iniciar los estudios necesarios se fijaron tres temas que habían de ser objeto de debate en las Jornadas: El derecho de petición de los militares, el derecho de asociación de los militares y la tutela judicial de los derechos fundamentales en el régimen disciplinario de los militares.

Las Jornadas fueron inauguradas bajo la presidencia del Excmo. Sr. D. Francisco Hernando Santiago, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, acompañándole en la mesa presidencial el Excmo. Sr. Subsecretario de Defensa, Don Víctor Torre de Silva y López de Letona, el Presidente de la Sociedad, Dr. Serp Ybema, el Asesor Jurídico del Ministerio de Defensa, Excmo. Sr. Don Javier Juliani Hernan, y el Presidente del Grupo Español, Excmo. Sr. Don Javier Aparicio Gallego. Tras las palabras pronunciadas por las autoridades que presidieron el acto formal de inauguración de las Jornadas, a las 18,00 horas comenzó la primera sesión de trabajo, con la exposición realizada por el Ponente, Excmo. Sr. Don Antonio Mozo Seoane, General Consejero Togado y Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Madrid, relativa a «El derecho de petición de los militares». En su trabajo, el General Mozo expuso las líneas fundamentales del ejercicio de este derecho en el ámbito militar español, así como las consideraciones que de la información recibida en las respuestas a los cuestionarios se le habían planteado. Tras el debate correspondiente, el Ponente cerró su intervención con el compromiso de aportar un documento final, que junto con los trabajos de los restantes ponentes será objeto de próxima publicación.

El día 7 de noviembre, a las 10,00 de la mañana, se inició la segunda sesión de trabajo, siendo ponente el Capitán y Profesor Titular de la Universidad Juan Carlos I, de Madrid, Don Joaquín Peñarubia Iza, quien presentó su trabajo sobre «El derecho de asociación de los militares». Este tema despertó gran interés entre los asistentes, ya que incluyó se hallaba presente un representante de EUROMIL, Federación Europea de Asociaciones de Militares.

Tras la interrupción correspondiente a la hora del almuerzo, a las 15,30 horas se inició la tercera y última sesión de trabajo, en la que se estudió el tema correspondiente a «La tutela judicial de los derechos fundamentales en el régimen disciplinario de los militares», siendo ponente el General Consejo Togado y Magistrado del Tribunal Supremo, Aparicio Gallego.

Los trabajos de los ponentes, así como un resumen aportado por el

General Consejero Togado y Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, Rodríguez-Villasante, sobre las respuestas al cuestionario relativo al derecho de asociación de los militares, serán objeto de una publicación de muy próxima aparición.

Ha de significarse el éxito de la reunión, a la que asistieron representantes de los grupos nacionales de diecisiete países y de la Federación Española de Asociaciones de Militares, además de un elevado número de miembros del Cuerpo Jurídico Militar español, muchos de ellos pertenecientes a nuestro grupo nacional.

La reunión dio también ocasión a que tuvieran lugar actos sociales de convivencia, en los que los asistentes pudieron contrastar opiniones y confraternizar, actos que culminaron en una cena de clausura celebrada en la Cámara de Oficiales de la Armada.

4. DERECHO AERONAUTICO Y ESPACIAL

En la acogedora ciudad de Montevideo, cercana a la turística Mar del Plata, con gran asistencia de juristas no miembros del Instituto, se celebraron con éxito las Jornadas de trabajo anuales del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, de las que se ofrecen las siguientes conclusiones:

XXII JORNADAS CELEBRADAS EN MONTEVIDEO(URUGUAY),
DEL 15 AL 17 DE OCTUBRE DE 2003

PRIMERA PONENCIA

«Los registros nacionales de aeronaves y los posibles registros de índole supranacional»

A cargo del Dr. Alberto Font Nine (Argentina), Prof. José Gabriel Assis de Almeida (Brasil), Dr. Nicolás Silva de León (Chile), Esc. Carmelo Curbero Soria (Uruguay) y Esc. Jorge Angone (Uruguay)

Conclusiones

Primera.—El Convenio y Protocolo de Ciudad del Cabo pueden ofrecer dificultades de índole constitucional en algunos países que hacen difícil la aceptación incondicional de ambos.

Segunda.—El Convenio y Protocolo de Ciudad del Cabo no mejoran los convenios anteriores y no se consideran un soporte válido para la creación de un Registro supranacional para aeronaves.

Tercera.—Sería conveniente articular una coordinación entre registros nacionales para su integración en una Organización única, capaz en tiempo real de dar difusión al contenido de cada registro nacional de aeronaves, mediante los elementos telemáticos que permitan desde cada registro nacional acceder a los registros nacionales de los demás países.

SEGUNDA PONENCIA

«Bilateralismo, multilateralismo y procesos de integración en la negociación de derechos de tráfico, puntos de vista de la U.E.»

A cargo de la Dra. Angela Marina Donato (Argentina).

Conclusiones

El proceso de integración iberoamericano debiera contar con un programa de acción que garantice el cumplimiento de los acuerdos ya alcanzados y el acceso en igualdad de oportunidades reales al mercado aéreo, todo ello en función de:

Primero.—La flexibilización de la concesión de los elementos cualitativos y cuantitativos de las relaciones aerocomerciales.

Segundo.—La consecuente modernización de las legislaciones aeronáuticas nacionales, adoptando decisiones y resoluciones regionales y subregionales.

Tercero.—El afianzamiento de los principios de sana competencia y de presentación y sanción de posiciones abusivas o de prácticas distorsionadoras.

TERCERA PONENCIA

«Nuevas orientaciones de los seguros aeronáuticos»

A cargo del Dr. Mariano Castro (Argentina) y el Prof. Dr. José Pedro Pollak (Uruguay)

Conclusiones

Primera.—Teniendo en cuenta las difíciles condiciones que presenta el mercado asegurador, los reaseguradores deberán continuar con el sistema de reestructuración de las coberturas destinadas a preservar las exigencias del resarcimiento de la responsabilidad aeronáutica, procurando atender la mayor cantidad de operaciones posible.

Segunda.—Teniendo presentes los acontecimientos absolutamente novedosos que alteraron bruscamente el sistema de riesgos aseguradores, se considera conveniente que la legislación nacional e internacional estudie nuevas formas de dispersión del riesgo con el propósito de evitar que el impacto recaiga sobre un solo sujeto de Derecho.

CUARTA PONENCIA

«Los nuevos roles para la comercialización del espacio en el siglo XXI. Convenios internacionales en materia espacial y los avances tecnológicos»

A cargo del Prof. Dr. Eduardo Gaggero (Uruguay)

CONCLUSIONES

Primera.—Dentro del marco de la comercialización de las actividades espaciales y sus distintas manifestaciones, sería oportuno que nuestro Instituto incluyera el estudio de soluciones y propuestas relativas al valor como medio de prueba, ante Tribunales nacionales e internacionales, de los mapas digitales obtenidos por satélites de observación de la Tierra, para colaborar así, en los distintos foros, a un debate significativo que siga el inicio del nuevo milenio.

Segunda.—El Consejo Directivo establecerá un grupo de trabajo a tal efecto, de cuyos resultados se informará a las próximas Jornadas, a COPUOS y demás instituciones vinculadas al tema.

Luis Bernardo Alvarez Roldán

5. ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO MILITAR

Por iniciativa de una personalidad tan relevante para la doctrina española del Derecho Militar como el Profesor Doctor Don Antonio Millán Garrido, Catedrático de la Universidad de Cádiz y Comandante Auditor, se ha constituido recientemente la «*Asociación Iberoamericana de Derecho Militar*», dedicada a realizar estudios doctrinales, comentarios sobre legislación y jurisprudencia, aportaciones de Derecho comparado, y a dar noticia de documentos, bibliografía e información de actualidad relacionados con el Derecho Militar, en el sentido más amplio y dentro del ámbito de los países iberoamericanos.

La peculiaridad de esta Asociación es su apuesta decidida por los más modernos medios informáticos, por lo que nace unida a una página *web*, denominada www.iusmilitar.org, que será la expresión de la actividad de sus miembros.

El Director de la Asociación, de la página *web* e impulsor de esta iniciativa es el mismo Profesor Millán Garrido, figurando como Subdirector Santiago Prados Prados, como Coordinador General Javier Rodríguez Ten y como Adjunto a la Dirección José María Pérez Monguió.

Integran el Consejo Asesor Jorge César de Assis (Brasil), Renato de J. Bermúdez Flores (México), Gerardo Eto Cruz (Perú), José F. Palomino Manchego (Perú), José Luis Rodríguez-Villasante (España) y Andrés H. Zaracho (Paraguay).

Debemos felicitar por esta iniciativa al Profesor Millán Garrido, miembro del Consejo de Redacción de la *Revista Española de Derecho Militar* e ineludible punto de referencia en España para el Derecho Penal, Procesal y Disciplinario castrense, por la calidad de su obra escrita, admirable magisterio e incansable labor consistenten, en este caso, en abrir nue-

vos campos a la investigación jurídico militar. Y, al tiempo que damos la bienvenida a la nueva Asociación, le deseamos los mayores éxitos en su contribución científica al progreso del derecho y legislación castrense.

La Redacción de la Revista