

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

# 83

ENERO  
JUNIO  
2004

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

---

Ministerio de Defensa



# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

## DIRECTOR:

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto  
General Consejero Togado

## CONSEJO EDITORIAL:

José María Ruiz-Jarabo Ferrán, Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Adolfo Hernández Lafuente, Secretario General Técnico del Ministerio de Defensa. José Luis Fernández Flores y de Funes, Catedrático de Derecho Internacional, ex-Magistrado del Tribunal Supremo. Francisco Blay Villasante, General Consejero Togado. Juan Carlos Girgado Doce, General Auditor. José Jiménez Villarejo, ex-Presidente de las Salas Segunda y Quinta del Tribunal Supremo. Angel Menéndez Rexach, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Javier Juliani Hernán, Asesor Jurídico General del Ministerio de Defensa. Ángel García Belda, Auditor Presidente del Tribunal Militar Central.

## CONSEJO DE REDACCIÓN:

Luis Bernardo Álvarez Roldán, General Auditor. Javier Aparicio Gallego, Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. José Luis Bermúdez de la Fuente, ex-Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. José Manuel Blaque Avilés, Abogado del Estado del Tribunal Supremo. Angel Calderón Cerezo, Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, Estanislao Cantero Núñez, Coronel Auditor. Agustín Corrales Eliozondo, Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Carlos Eymar Alonso, General Auditor. Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, Teniente Coronel Auditor. Francisco Fernández Segado, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Juan Manuel García Labajo, Teniente Coronel Auditor. José Leandro Martínez-Cardós Ruiz, Letrado del Consejo de Estado. Rafael Matamoros Martínez, Teniente Coronel Auditor. Francisco Menchén Herrerros, General Auditor. Antonio Millán Garrido, Catedrático de la Universidad de Cádiz. Eduardo Montull Lavilla, General Consejero Togado. Antonio Mozo Seoane, General Consejero Togado. Carlos Pérez del Valle, Magistrado. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid. Juan Antonio Pérez Parente, Coronel Auditor. Fernando Pignatelli y Meca, General Auditor. Diego Ramos Gancedo, General Auditor. José Rojas Caro, General Auditor. Carlos Eymar, General Auditor.

## SECRETARIO:

Jesús Bello Gil  
Coronel Auditor

## SECRETARIOS ADJUNTOS:

María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera, L.da. Ciencias Políticas y Sociología. David Suárez Leóz, Magistrado. Juan Carlos González Barral, Comandante Auditor. Eva Bru Peral, Capitán Auditor

## REDACCIÓN:

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

## SUSCRIPCIONES:

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

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





**REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO MILITAR**

**83** *ENERO  
JUNIO  
2004*

MADRID

Edita:



NIPO: 076-04-158-9

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares

Fecha de cierre: junio de 2004

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

# ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 83 ENERO-JUNIO 2004

## I. DOCTRINA

### 1. ESTUDIOS

- 1.1. Jorge Pueyo Losa, «Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia». Premio «José Francisco de Querol y Lombardero», 2004, del Ministerio de Defensa. .... 11
- 1.2. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Derecho Militar del siglo XXI (segunda parte): La organización de la Jurisdicción Militar. Diversos sistemas de Derecho y legislación comparada»..... 59
- 1.3. Gonzalo Jar Couselo, «Periodistas y guerra: una perspectiva desde el Derecho Internacional Humanitario»..... 97
- 1.4. María José Cervell Hortall, «La contribución del Derecho Internacional Humanitario a la erradicación de las armas químicas». .... 131

### 2. NOTAS

- 2.1. Rafael Ruiz Manteca, «Las asistencias marítimas. Su consideración como objeto de la actuación administrativa». 165
- 2.2. M.P. Pradier-Fodéré (Traducción y notas de Renato de J. Bermúdez Flores), «Comentarios sobre el Código de Justicia Militar francés de 1857. Antecedentes históricos»..... 207
- 2.3. José Antonio Palau Cuevas, «Estatuto legal de los destacamentos militares de las islas y peñones de Melilla: Alhucemas, Velez de la Gomera y Chafarinas». .... 235
- 2.4. Miguel Alia Plana, «El Tribunal Especial para Sierra Leona» ..... 265

## II. TEXTOS

### 1. LEGISLACIÓN

- Por María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera ..... 283

## 2. JURISPRUDENCIA

- 2.1. CONSTITUCIONAL, por Luis Bernardo Alvarez Roldán..... 287

## 3. DOCUMENTACIÓN

- 3.1. Doctrina del Consejo de Estado, por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz ..... 297
- 3.2. Estados Partes en los principales instrumentos de Derecho Internacional Humanitario, por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española ..... 313

## III. BIBLIOGRAFÍA

### 1. RECENSIÓN DE LIBROS

- 1.1. Héctor Olásolo, «Corte Penal Internacional, ¿dónde investigar?, especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación», por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto..... 323

### 2. NOTICIA DE LIBROS

- Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández..... 329

### 3. NOTICIA DE REVISTAS

- Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz ..... 337

## IV. INFORMACIÓN

- 1. Concesión del Premio «José Francisco de Querol y Lombardero», 2004, del Ministerio de Defensa ..... 341
- 2. Información de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos . 343
- 3. Congreso Internacional de Turquía, sobre la independencia del Juez Militar ..... 347



# **I. DOCTRINA**



# **1. ESTUDIOS**



## DERECHOS HUMANOS, CRÍMENES DE GUERRA Y GLOBALIZACIÓN DE LA JUSTICIA (1)

Dr. Jorge Pueyo Losa  
*Catedrático de Derecho Internacional Público*  
*Universidad de Santiago de Compostela*

### I. CONFLICTOS ARMADOS ACTUALES Y MECANISMOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Resulta patente que el Derecho internacional humanitario, y sobre todo las cuestiones relacionadas con sus mecanismos de aplicación han recobrado un alto valor e interés desde fundamentalmente el periodo de la posguerra fría. En la historia reciente de las relaciones internacionales jamás se había apelado tanto al derecho de los conflictos armados como hoy en día; nunca, como se ha dicho, este cuerpo normativo había estado tan presente no sólo en el discurso doctrinal, sino también en los medios diplomáticos (2).

Obviamente, esta renovada atención hacia las reglas que integran el Derecho Internacional Humanitario, y por tanto, dada su estrecha vincula-

---

(1) Premio «José Francisco de Querol y Lombardero», 2004, del Ministerio de Defensa.

(2) CONDORELLI, L.: «L'évolution des mécanismes visant à assurer le respect du Droit international humanitaire », en *Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du Droit international*, Paris, 1998, p.127. Ver también en este sentido las reflexiones de BOISSON DE CHOUZERNES, L. y CONDORELLI, L.: «Common article 1 of the Geneva Conventions revisited: protecting collective interests», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Vol.82, nº 837, 2000, p.71.

ción, hacia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (3), no puede ser sino consecuencia lógica del trágico panorama de conflictos armados que se viven en el actual escenario internacional; conflictos, de naturaleza internacional, pero sobre todo de carácter interno, en los que se producen gravísimas vulneraciones de las elementales normas de humanidad.

Y es que, sin duda, la sociedad internacional atraviesa un alarmante periodo de contradicciones e incertidumbres profundas. Los tiempos de exaltación y júbilo que se vivieron a comienzos de la década de los noventa, sobre todo en Europa, por razón del nuevo orden internacional que parecía avecinarse, se verían rápidamente ensombrecidos por la alarmante espiral de violencia que recorre todos los continentes. La gravísima escalada de conflictos armados que se observa en el medio internacional, y la brecha cada vez mas honda que separa a los Estados desarrollados de aquellos con escandalosos índices de pobreza, no puede por menos que causar perplejidad en un momento en el que el mundo parece que habría comenzado a prestar la debida atención a los problemas globales de la Humanidad.

Durante el periodo de guerra fría han sido muchos e intensos, por supuesto, los conflictos armados que se han padecido en muy distintos teatros regionales, pero en el periodo de posguerra fría no solo buena parte de estos conflictos antiguos y seculares siguen subsistiendo, sino que, además, a ellos han venido a sumarse otros nuevos, en los que la violencia resulta, si cabe, aun mas cruenta.

La realidad es que —en palabras de PEREZ GONZALEZ— las violaciones a gran escala de los derechos humanos en no pocos países, la exacerbación de actitudes nacionalistas, y la persistencia de situaciones generalizadas de injusticia social en vastas regiones del mundo —perpetuadas en buena parte gracias a la política egoísta e interesada de los países desarrollados— son causa directa o indirecta del estallido de situaciones de violencia en las que el ingrediente ideológico se ve sustituido por factores sociales, económicos o religiosos (Grandes Lagos, los Balcanes, el Caucazo...) (4).

Los conflictos armados actuales por su naturaleza y características particulares se nos presentan como escenarios especialmente abocados a

---

(3) Cfr. PEREZ GONZALEZ, M.: «Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario», Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho de Derecho Internacional, Vol.I, 1997, pp. 315— 393.

(4) PEREZ GONZALEZ, M.: *op.cit.*, p.324.

generar un más intenso y dramático índice de violaciones de las normas humanitarias, sobre todo porque de forma premeditada las partes en conflicto buscan atentar contra uno de los sectores más especialmente protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, es decir la población civil.

Si en situaciones de conflicto que podríamos calificar de clásicas o convencionales el quebrantamiento de las normas humanitarias resulta casi consustancial al propio escenario de su aplicación, hay que enfatizar el hecho de que los conflictos armados actuales nos ofrecen un balance todavía más alarmante de violaciones masivas y generalizadas de las normas humanitarias; y es que la naturaleza de los conflictos ha cambiado. La disminución del número de guerras libradas por ejércitos regulares ha ido acompañada de un aumento de las guerras intestinas libradas por fuerzas irregulares, en las que, especialmente en conflictos con un componente de odio étnico o religioso, los civiles afectados suelen no ser víctimas fortuitas de esas nuevas fuerzas irregulares sino su principal blanco (5).

Tal como se ha venido destacando repetidamente desde los círculos doctrinales y políticos, en muy buena parte de los conflictos armados de nuestros días la razón de ser, el objetivo primario y último, el blanco decisivo del conflicto es atentar contra la población civil; vulnerando así de forma gravísima las más elementales normas de protección contenidas tanto en el Derecho Internacional Humanitario, como en el Derecho Internacional de los derechos humanos; lo que nos sitúa ante un dramático panorama de limpieza étnica, hambre, refugiados....

El amplio elenco de violaciones de las normas humanitarias tipificadas como infracciones graves o crímenes de guerra en los Convenios de Ginebra de 1949 (artículos 50, 51, 130 y 147) y en el Protocolo I de 1977 (artículo 85.3 y 4) — y de forma ya más sistematizada y renovada en el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal internacional (6)—, van a encontrar su más viva, amplia y trágica plasmación en los escenarios de conflicto armado de estos tiempos.

El Secretario General de Naciones Unidas en su *Informe sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, de 1999, procedía a constatar el hecho de que, aun habiendo sido aprobados en los últimos cincuenta años diversos Convenios relativos al Derecho internacional humanitario y el Derecho Internacional de los derechos humanos, «raro es el día

---

(5) Cfr. *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, de 30 de marzo de 2001 (S/2001/331) ( punto 3).

(6) Ver *infra* aptdo. III.1 de este trabajo.

que no recibimos pruebas de actos de intimidación y represión brutal, de tortura y de matanzas de civiles inocentes en los conflictos armados. Ya se trate de mutilaciones en Sierra Leona o de genocidio en Rwanda, de depuración étnica en los Balcanes o de desapariciones en América Latina, las partes en los conflictos han mostrado una indiferencia deliberada ante dichos Convenios. Las facciones rebeldes, los combatientes de la oposición y las fuerzas de los gobiernos continúan atacando a civiles inocentes con una frecuencia alarmante» (7).

En definitiva, debido, por un lado, a que las partes en los conflictos no respetan las normas y, por otro, a que no hay suficientes mecanismos eficaces para hacer que se cumplan, se ha producido una situación en la que los civiles sufren de una manera desproporcionada, y que la comunidad internacional parece incapaz de prevenir ; y ello tal lo demuestra la propia evolución de los acontecimientos, en la medida en que no parecen vislumbrarse signos de cambio y recesión demasiado esperanzadores (8).

---

(7) *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, de 8 de septiembre de 1999 (S/1999/957) (punto 2). Ciertamente, en muchos de estos conflictos armados, las *víctimas civiles* y la *destrucción de la infraestructura civil* no son simples secuelas de la guerra sino el resultado de ataques deliberados contra no combatientes; los combatientes atacan a los civiles para expulsar o erradicar a sectores de la población o bien para acelerar la rendición militar. En la guerra moderna, especialmente en los conflictos internos, muchas veces se toma como objetivo a los civiles en tanto que parte integrante de una estrategia política. En la actualidad hay más de 30 millones de *personas desplazadas*, y las *mujeres* y los *niños* representan la mayor proporción de civiles afectados por los conflictos. En el último decenio han muerto 2 millones de niños como consecuencia directa de los conflictos armados, y más de 300.000 menores de 18 años han sido cruelmente explotados como soldados de fuerzas armadas de gobiernos o de grupos armados de oposición; las mujeres y las niñas son especialmente vulnerables a la violencia relacionada con el sexo y a la explotación sexual, incluidas las *violaciones* y la *prostitución forzada*. Los combatientes buscan restringir el acceso de los civiles a los alimentos u otras formas de *asistencia humanitaria* e incluso dejan morir de *hambre* a los civiles deliberadamente. El *personal humanitario y de mantenimiento de la paz* se ha convertido crecientemente en el blanco directo de la violencia organizada. Y — de entre una larga lista de violaciones sistemáticas que podríamos seguir refiriendo— la utilización generalizada de *minas terrestres antipersonal* ha tenido consecuencias importantes en el alcance y nivel de la violencia que afecta a las poblaciones civiles; el legado mortal de más de dos docenas de guerras incluye millones de minas terrestres antipersonal y otras municiones de bajo costo sin detonar, lo que no sólo genera que miles de civiles mueran o resulten mutilados cada año, sino que también impide que se utilice la tierra para la agricultura y que se preste la asistencia humanitaria y la ayuda para el desarrollo, alterando o retrasando, además, el reasentamiento y la reintegración de los desplazados internos y los refugiados que regresan a sus hogares (Sobre esta larga lista de infracciones graves que de forma generalizada se constatan en los conflictos armados modernos ver el *Informe del Secretario General de 1999*, cit, puntos 6 y ss).

(8) Lamentablemente, reconocía de nuevo el Secretario General de Naciones Unidas en su segundo *Informe sobre la protección de los civiles en los conflictos armados* presen-



A la vista de un panorama como este, se advierte, obviamente, que el mundo sigue acosado por innumerables escenarios de conflicto —de muy distinta naturaleza y alcance—, resultando, cada vez más, convulsionado por las graves fracturas que padecen numerosos grupos sociales; trascendiendo en todo este panorama de fragmentación y descomposición un fenómeno de extrema violencia contra el ser humano —tanto en tiempo de guerra como de paz—, y por ello una especial preocupación (no exenta, muchas veces, de una actitud farisaica) del medio social internacional por procurar la formalización o fortalecimiento de los instrumentos capaces —además de prevenir— de reprimir tales actos de inhumanidad y barbarie.

Y si bien la necesidad de articular mecanismos de cooperación internacional capaces de reprimir, desde la responsabilidad internacional no solo del Estado —o de las partes en el conflicto— sino también del individuo, la comisión de ciertos hechos delictivos que interesan y afectan a la comunidad internacional en su conjunto, y en particular los graves atentados que se producen contra los más elementales principios de dignidad del ser humano, representa un objetivo que ha venido ocupando —de manera destacada y casi como una constante histórica— la atención de la comunidad de Estados, su interés y preocupación por alcanzar formulas de cooperación conducentes tanto a hacer cesar el daño que se esta produciendo a la población civil, como a evitar el humillante panorama que resulta de la impunidad, aflora con especial intensidad — como es lógico— siempre que el medio internacional resulta azotado de forma particularmente trágica por gravísimas violaciones de los derechos humanos. Por ello, una vez mas, los tiempos que corren han sido y son desgraciadamente idóneos para intentar dar forma o reafirmar y potenciar las dinámicas de cooperación destinadas a exigir no solo la responsabilidad internacional de las partes en conflicto sino también la responsabilidad internacional de los individuos de cara a un efectivo enjuiciamiento y castigo de los culpables de tales crímenes internacionales.

En este contexto se explica el renovado interés que desde los círculos doctrinales y diplomáticos ha vuelto a adquirir la operación de determi-

---

tado en 2001, la realidad para las poblaciones afectadas no ha variado: el reclutamiento y la utilización de niños soldados, la proliferación de las armas pequeñas, el uso indiscriminado de minas terrestres, los desplazamientos forzados en gran escala y la depuración étnica, así como el hecho de que las mujeres y los niños sean blanco de sevicias, la denegación de los derechos humanos más básicos y la impunidad generalizada de quienes cometen atrocidades, siguen siendo características harto comunes de la guerra. *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, de 30 de marzo de 2001, *cit.* (punto 2).

nar el significado y alcance de la obligación para todos los Estados de «respetar» y «hacer respetar» las normas humanitarias que se proclama en el art. 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra, y en el art.1.1 del Protocolo I (9), con el fin de precisar los mecanismos —además de carácter preventivo y de control— de índole represiva que se habrán de poner en marcha para procurar el debido y adecuado cumplimiento de las normas humanitarias. Se trata, al decir de BOISSON DE CHAZOURNES y CONDORELLI, de una «obligación doble», en virtud de la cual mientras «respetar» significa que el Estado tiene la obligación de hacer todo lo que pueda para garantizar que sus órganos y todos los que estén bajo su jurisdicción respeten las normas, «hacer respetar» implica que los Estados, estén o no en situación de conflicto, tienen que tomar todas las medidas posibles para garantizar que todos, en particular las partes en conflicto, respeten las normas (10).

Y aunque la dimensión más básica de la obligación contenida en el artículo 1 común, es decir la obligación de «respetar», resulta consustancial al propio juego de las relaciones jurídicas contractuales que generan los Convenios de Ginebra, y por ello sigue manteniendo todo su valor la obligación que se impone a todos los Estados, y por tanto a las partes en conflicto, de activar y acatar los mecanismos preventivos, de control y represivos que se articulan en los instrumentos convencionales de cara a procurar un eficaz cumplimiento del DIH (11), nos interesa, sin embargo, centrarnos fundamentalmente ahora en el análisis de las consecuencias jurídicas que se derivan de la *obligación de «hacer respetar»* tales normas.

Pues, la realidad de los conflictos armados actuales nos permite constatar que la obligación que se impone a todos los Estados de «respetar» las normas humanitarias resulta demasiado *frágil e inoperativa*, toda vez que

---

(9) Respecto a esta obligación de respetar y hacer respetar, hay que recordar que el Protocolo I procede a matizar, además, que las partes contratantes y en conflicto «adoptaran sin demora todas las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que les incumben « y «darán las ordenes e instrucciones oportunas para garantizar el respeto de los Convenios y del presente Protocolo y velaran por su aplicación» (art.80).

(10) BOISSON DE CHAZOURNES y CONDORELLI, *op.cit.*, p.69

(11) Para una valoración de los distintos mecanismos de aplicación del Derecho internacional humanitario, ver, de entre una amplísima bibliografía, y en la doctrina española: PEREZ GONZALEZ, M.: «Consideraciones sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario con especial referencia a su aplicación en el orden interno», *Hector Gros Espiell Amicorum Liber*, Vol. II, Bruxelles, 1997, p. 1087-1113; *id.* : « El Derecho internacional humanitario en busca de su eficacia », *Revista Española de Derecho Militar*, nº 77, 2001, pp.331— 355 ; JORGE URBINA, J.: *Protección de las víctimas de los conflictos armados*, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario. Valencia, 2000, pp. 204 y ss.

van a ser las propias partes en conflicto las que o bien manifiestan una expresa voluntad de transgredir los más elementales principios humanitarios —haciendo, muchas veces, de tal trasgresión la razón misma del conflicto— o bien demuestran una incapacidad absoluta para controlar y reprimir dichas violaciones.

Si, tal como nos lo demuestra la experiencia histórica, los mecanismos de aplicación que obligan a las propias partes en conflicto resultan incluso en cuanto tales demasiado *frágiles* en el terreno de lo que venimos en calificar como de conflictos clásicos o convencionales, trasciende hoy, además, su clara *inoperatividad* en el contexto de los conflictos armados que de forma más generalizada se desarrollan en el escenario internacional de nuestros días. Y es que, como acabamos de apreciar, los tipos de conflictos más comunes en la actualidad ya no se libran por medio de ejércitos regulares, sino que son de índole interna e implican una proliferación de grupos armados y otras facciones irregulares, que a menudo tienen objetivos políticos, económicos y estratégicos dispares o inciertos, y que se colocan deliberadamente al margen de la normativa internacional establecida (12).

Si la aplicación del DIH se confía fundamentalmente a la autoridad del Estado, hay que destacar que buena parte de los conflictos armados actuales se van a caracterizar por la gravísima circunstancia de que la autoridad estatal ha desaparecido, o se muestra absolutamente incapaz de asegurar la aplicación de estas normas, por tratarse de Estados absolutamente desestructurados y faltos de todo tipo de control; mostrando además las partes en el conflicto una especial predisposición y una premeditada voluntad de vulnerar las más elementales normas de humanidad.

Es por ello que la inoperancia de los *mecanismos de orden preventivo* —es decir de la obligación que tienen los Estados de difundir, de dar conocer, las normas de Derecho internacional humanitario con el fin evitar que se produzca su incumplimiento— resulta patente. Muchos grupos armados no han formulado una doctrina militar propia ni tampoco han incorporado en su *modus operandi* los principios reconocidos del Derecho internacional humanitario. Siendo igualmente predicable esta inoperatividad por relación a los *mecanismos de control* —destinados a supervisar, a través fundamentalmente de los mandos militares, la actuación de las tropas y el uso de las armas, verificando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes — y de carácter *represivo* —con el fin de reprimir y san-

---

(12) Cfr. *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, de 30 de marzo de 2001, *cit.* (punto 5).

cionar, por medio de las acciones disciplinarias o penales oportunas, a los infractores (13)—, por que son, como decimos, las propias partes, y sus propias organizaciones, las que premeditadamente tienen como principal objetivo del conflicto la trasgresión de las más básicas normas de humanidad que integran el Derecho de los conflictos armados; lo que determina, en suma, que el control y eventual represión de los presuntos culpables en el orden interno no se produzca operativamente, al constatarse una falta de voluntad o incapacidad de las partes involucradas para enjuiciar a los responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, generando, así, alarmantes espacios de impunidad. Ciertamente, si, de manera flagrante, los grupos armados que son partes en el conflicto hacen caso omiso del Derecho internacional humanitario, no sólo atacando deliberadamente a la población civil, sino también mostrando, por ejemplo, una escasa o nula disposición a hacer frente a sus responsabilidades en materia de iniciación, organización, coordinación y prestación de asistencia humanitaria dentro de su territorio, consecuentemente ocurrirá que, con demasiada frecuencia las autoridades nacionales dejarán impunes las violaciones generalizadas y sistemáticas del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos.

Pues bien, si el Estado que normalmente tiene jurisdicción sobre estos actos delictivos es bastante improbable que los persiga eficazmente, en la medida en que el propio aparato estatal estará estrechamente vinculado a la perpetración de los mismos, amparando y alentando, así, el fenómeno de impunidad, va a ser, en definitiva, a los terceros Estados (no partes en el conflicto) —y aun a la comunidad internacional en su conjunto— a los que corresponda, ante un escenario de conflictos de esta naturaleza, la misión de hacer efectiva la obligación de «hacer respetar» las normas humanitarias, aplicando, ante todo, los mecanismos que los propios ins-

---

(13) Aunque, como dice PEREZ GONZALEZ, una responsabilidad especial en orden a asegurar la estricta aplicación de las reglas del Derecho internacional humanitario recae sobre los jefes militares en el doble aspecto de la prevención y represión de las infracciones, «en el orden general es el Estado, es decir, el conjunto de las instituciones estatales, el responsable de velar por el respeto de esas reglas, lo que supone que al Estado en cuanto tal le corresponde, sobre todo a través de la actuación del legislador y de los órganos judiciales, la tarea de definir y reprimir las violaciones de dichas reglas («El Derecho internacional humanitario en busca de su eficacia», *cit.*, pp.340-431). De ahí que adquiriera una especial relevancia la obligación que se impone a los Estados, en los cuatro Convenios de Ginebra y en el Protocolo I, de adoptar las medidas internas necesarias para enjuiciar y sancionar a los presuntos responsables, y en particular, como vamos a ver, el alcance de la misma desde la perspectiva de su cumplimiento por vía del principio de jurisdicción universal.

trumentos convencionales articulan para exigir —además de la responsabilidad internacional del Estado, o de las partes en el conflicto— la responsabilidad internacional de los individuos, a través, fundamentalmente, como vamos a ver, del enjuiciamiento y castigo de los mismos conforme al *principio de justicia universal*. Circunstancia esta a tenor de la cual se va a poder confirmar, además, como desde los últimos tiempos no solo tienden a recuperar todo su valor y significado los ya viejos instrumentos de cooperación descentralizada cimentados, como decimos, en el principio de jurisdicción universal, sino también como la Comunidad internacional ha buscado avanzar en la formulación de mecanismos más eficaces, dando forma a las no menos viejas aspiraciones de cooperación institucionalizada por medio de la articulación de una *jurisdicción penal internacional*.

## II. LA REPRESIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA DESDE LA OBLIGACIÓN PARA TODOS LOS ESTADOS DE «HACER RESPETAR» LAS NORMAS HUMANITARIAS. EL PAPEL DE LAS JURISDICCIONES NACIONALES A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE JURISDICCION UNIVERSAL.

### 1. EL VALOR RENOVADO DE LA OBLIGACIÓN PARA TODOS LOS ESTADOS DE «HACER RESPETAR» EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

Sin duda hay que admitir que el valor del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra trasciende hoy, en el marco de los conflictos armados actuales, desde la perspectiva de la obligación que se impone a todos los Estados, y por tanto a todos aquellos que no son parte en el conflicto, de «hacer respetar» las normas humanitarias.

La obligación de «hacer respetar» resulta claramente expresiva de la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones que integran el Derecho internacional humanitario; unas obligaciones que, como es bien sabido, al tutelar intereses fundamentales de la comunidad internacional —y, en particular, al expresar el interés esencial que representa el ser humano en el medio social internacional— son asumidas frente a todos los Estados —frente a la comunidad internacional en su conjunto—, lo que determina que cada miembro de la sociedad internacional tenga un «interés jurídico» en su observancia, y por consiguiente el derecho legítimo a exigir el respeto de dichas obligaciones. Se trata de una obligación que recae sobre todos y cada uno de los Estados de la sociedad internacional sean o no partes en los Convenios de Ginebra, en la medida en que encuentra su

reconocimiento no solo en el Derecho internacional convencional sino también el Derecho internacional consuetudinario, lo que implica que todos los Estados tienen el deber, como decimos, de interesarse por las violaciones que se produzcan, y tomar medidas apropiadas para hacerlas cesar y reprimir (14) .

Nos encontramos ante una regla que, aunque desde 1949 permaneció durante varias décadas en la sombra, ha terminado por adquirir, como dice CONDORELLI, una densidad y un peso cada vez más grande en el debate jurídico y diplomático (15). Desde la perspectiva tradicional de los mecanismos de aplicación del DIH, la obligación de «hacer respetar» ha tenido, ciertamente, una escasa relevancia; todavía a comienzos de la década de los noventa, SANDOZ estimaba, como expresión de la interpretación hasta ese momento dominante, que «el sentido de esta obligación no es transparente y fue largamente discutido...», y aunque se admita la existencia de esta obligación, falta todavía por definir, escribía, su contenido (16). Pero es, sin embargo, esta dimensión de la obligación contenida en el artículo 1 común, la de «hacer respetar», la que, por el contrario mayor valor y trascendencia va a adquirir en el contexto de los conflictos armados actuales.

Y es que la dimensión y magnitud de las violaciones del DIH que se vienen produciendo en los conflictos armados del periodo de la posguerra fría, parece haber contribuido más que nunca a remover la conciencia pública internacional, urgiéndose la necesidad de una reacción de todos los Estados de la sociedad internacional, y aun de la comunidad internacional en su conjunto, en orden no sólo a sofocar y reprimir la dramática violencia que padece la población civil en estos escenarios de conflicto, sino también a incriminar y sancionar a los presuntos culpables de tales críme-

---

(14) La naturaleza *erga omnes* y el alcance consuetudinario de la obligación de «hacer respetar» ha sido reiteradamente enfatizado, además de por la doctrina, por la jurisprudencia internacional: así, por ejemplo, el TIJ —en su sentencia en el *asunto de Nicaragua (ICJ, Reports, 1986, parr.220)*; en su *opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares (ICJ, Reports, 1996, parr.79)*—, el Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, en su sentencia, entre otras, de 14 de enero de 2000 en el *asunto Kupreskic (Prosecutor v. Zoran Kupreskic and others. ICTY Trial Chamber Judgement, 14 January 2000, parr.517 a 520)*... En este sentido, BOISSON DE CHAZOURNES Y CONDORELLI han afirmado que «Indeed, over the last half century the practice of States and international organizations, buttressed by jurisprudential findings and doctrinal opinions, clearly supports the interpretation of common article 1 as a rule that compels all States, whether or not parties to a conflict, not only to take active part in ensuring compliance with rules of international humanitarian Law by all concerned, but also to react against violations of that Law» (*op. cit.*, pp. 69-70).

(15) CONDORELLI, L., *op. cit.*, p.129.

(16) SANDOZ, Y., *op.cit.*, p.259-260.....

nes internacionales, evitando así su impunidad. Lo que a todas luces determina y justifica este *renacimiento* del artículo 1 común desde la perspectiva de la obligación que impone a todos los Estados de tomar las medidas necesarias para no solo controlar que las partes en conflicto respeten las normas humanitarias, sino también para reaccionar frente a sus posibles violaciones, promoviendo tanto —desde la responsabilidad internacional del Estado, o de las partes en el conflicto— la cesación del daño que se esta produciendo, como —desde la responsabilidad internacional del individuo— el enjuiciamiento y castigo de los culpables de la comisión de crímenes de guerra y otros crímenes contra la humanidad.

Y tal efecto, no hay que olvidar que ya el propio Derecho de Ginebra nos ofrece ciertos mecanismos capaces de dar cumplimiento a la obligación de «hacer respetar» del artículo 1 común. Ciertamente en los Convenios de Ginebra y el Protocolo I se contienen «indicadores», al menos teóricamente valiosos, que no habría que desaprovechar —sino impulsar, reforzar y revisar— para, de forma complementaria y conjugada, procurar una supervisión del cumplimiento de las normas humanitarias, y sobre la base de una constatación de la comisión de graves infracciones proceder a su represión (17).

Pero, centrándonos, sobre todo, en los mecanismos de carácter represivo, junto a las posibilidades que se abren —desde la perspectiva de la responsabilidad internacional del Estado— por la vía del art. 89 del Protocolo I, nos interesa fundamentalmente ahora destacar la obligación que —desde la responsabilidad internacional del individuo— se impone a todos los Estados de perseguir y sancionar a los acusados de crímenes de guerra por medio de la aplicación del principio de justicia universal que se reconoce en el Derecho de Ginebra .

## 2. REPRESIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA Y COMPETENCIA UNIVERSAL DE LAS JURISDICIONES NACIONALES. JURISDICCIÓN UNIVERSAL LEGISLATIVA Y COERCITIVA.

La progresiva afirmación en el Derecho internacional consuetudinario y en el Derecho internacional convencional del *principio de justicia universal* —tal como se reconoce en los Convenios de Ginebra, y posteriormente en un amplio abanico de instrumentos internacionales en los que se

---

(17) Sobre los mecanismos ordinarios articulados en el propio Derecho de Ginebra, y la necesidad de proceder a su revisión y enriquecimiento, ver la bibliografía citada *supra* nota 10.

tipifican otros crímenes internacionales— ha representado un paso extraordinariamente significativo, aunque, como vamos a ver, no suficiente de cara a la represión de crímenes de guerra, entre otras conductas criminales.

El principio de universalidad, en virtud del cual se atribuye a todos los Estados —a cualquier Estado— la capacidad de reprimir la comisión de estos crímenes, con independencia de la nacionalidad de su autor y del lugar donde se hallan cometido, expresa un alto grado de cooperación jurídica internacional destinada a evitar la existencia de espacios de impunidad en el mundo. Ciertamente, el valor que ante todo encierra el principio de jurisdicción universal se manifiesta en el hecho de que su ejercicio no se fundamenta en la existencia de ningún vínculo clásico con el Estado (territorio, nacionalidad, protección de sus intereses...), sino en la inexistencia de todo nexo, toda vez que es la defensa y protección de intereses que afectan a la comunidad internacional en su conjunto lo que determina su reconocimiento. Es, en efecto, por razón de la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones que dimanar de las normas jurídicas por las que se reconoce y exige la represión de aquellas infracciones que trasciende el derecho, y aun la obligación, que se reconoce a todos los Estados de la sociedad internacional (a cualquier Estado) de exigir el cumplimiento de tales compromisos jurídicos, y reprimir, en su caso, las violaciones que se puedan cometer, por medio, en particular, del ejercicio de su jurisdicción con base en el principio de universalidad.

El principio de justicia universal aparece ya claramente formulado en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, al disponerse, en los respectivos artículos 49, 50, 129, y 146 (segundo párrafo), que

*«...Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas. Podrá también, si lo prefiere, y según las prescripciones de su propia legislación, pasar dichas personas para que sean juzgadas a otra Parte contratante interesada en la persecución, siempre que esta última haya formulado contra ellas cargos suficientes».*

Se proclama en efecto una *competencia universal obligatoria* para todos los Estados parte en los Convenios en orden a buscar y juzgar a las personas acusadas de la comisión de infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, tal como igualmente se reconoce en la mayoría de los instrumentos convencionales que posteriormente vendrían a tipificar



otros crímenes o hechos delictivos de carácter internacional —y que hoy integran el Derecho internacional penal—, y en los que se dispone, conforme a una fórmula que casi podríamos calificar de estándar, que cada Estado Parte *tomara las medidas necesarias* para «establecer» su *jurisdicción* sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado —de acuerdo con el principio *aut dedere aut iudicare*— no conceda la extradición a ningún otro Estado Parte que haya establecido su jurisdicción conforme a los criterios fijados en dichos Convenios (18).

---

(18) Ver en este sentido, y sólo a título de ejemplo, el *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970*, en cuyo art.4.2 se dispone que «...cada Estado contratante tomara las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al artículo 8, a los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo»; fórmula que casi en idénticos términos se emplea también en: *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971* (art.5.2); *Convenio sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas inclusive los agentes diplomáticos de 1973* ( art. 3.2 ); *Convención sobre la represión y el castigo del crimen del apartheid de 1973* (art.IV); *Convención contra la toma de rehenes de 1979* ( art. 5.2); *Convenio contra la tortura y otras penas o tratos crueles o degradantes de 1984* (art.5.2 ); *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la Plataforma Continental, de 1988* (art.6.4); *Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 1994* (art. 10.4); *Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997* (art. 6.4); *Convenio de la OUA sobre la prevención y lucha contra el terrorismo* (art. 6.4); *Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999* (art. 7.4) (en este mismo sentido el *Consejo de Seguridad* en la polémica *Resolución 1373(2001) de 28 de septiembre de 2001* decide que todos los Estados: «Aseguren el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos, y aseguren que, además de cualesquiera otras medidas de represión de esos actos que se adopten, dichos actos de terrorismo queden tipificados como delitos graves en las leyes y otros instrumentos legislativos internos y que el castigo que se imponga corresponda a la gravedad de esos actos de terrorismo —aptdo.2.e); *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000* (art. 15.4)...

Bien es cierto que en algunos instrumentos convencionales en los que se tipifican ciertas conductas criminales no se formula el principio de justicia universal, tal como es el caso de la *Convención para la prevención y la sanción de delito de genocidio de 1948*, en cuyo art.6 —con independencia de la posible creación y actuación de un Tribunal Penal Internacional— sólo se reconoce una jurisdicción obligatoria para los tribunales del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido; pero no hay que dejar de advertir que en orden a la represión de este crimen el principio de jurisdicción universal encuentra un firme reconocimiento en el Derecho internacional consuetudinario, tal como vendría a admitirlo el TIJ en su sentencia de 1996 , al estimar que «los derechos y obligaciones consagrados por el Convenio son derechos y obligaciones *erga omnes* y que la obligación de cada Estado de prevenir y sancionar el crimen de genocidio no esta limitado territorialmente por el Convenio» (*CII, Recueil 1996, p.616*)

Ahora bien, aunque teóricamente el valor, como decimos, del principio de justicia universal resulta a todas luces innegable, tradicionalmente en la práctica su operatividad ha resultado frustrada, y, por tanto, decepcionante.

Los Estados, más allá de sus proclamaciones retóricas y aun de los compromisos jurídicos adquiridos, han venido contraviniendo de forma bastante generalizada y permanente sus obligaciones internacionales en este ámbito, mostrando profundas recelos a la hora de aplicar el juego de las reglas jurídicas por las que se afirma el principio de universalidad; el temor —centrado en intereses políticos y económicos— siempre presente a «invadir» espacios de soberanía (ajenos) ha venido a desvirtuar ( cuando no a contradecir) en la práctica cualesquiera concepciones teóricas sobre los límites que se habrían impuesto al Estado soberano por la vía del reconocimiento y protección de los derechos humanos en el orden internacional. El principio de justicia universal no ha encontrado, en efecto, una debida aplicación práctica porque los Estados no han cumplido las obligaciones que les impone el Derecho internacional para dar efectivo cumplimiento al mismo.

Pues, aunque el principio de justicia universal encuentra, sin duda, su fundamento en el propio ordenamiento jurídico internacional, se exige hacer efectiva la obligación de los Estados de reconocer y ejercer su jurisdicción universal respecto de los crímenes internacionales, mediante la adopción en sus respectivos ordenamientos internos de las medidas necesarias a las que se refieren la generalidad de los instrumentos convencionales en la materia, garantizando no sólo que esa jurisdicción se refleje apropiadamente en las respectivas legislaciones nacionales, sino también que la operación de persecución y enjuiciamiento de los presuntos culpables sea practicada realmente mediante la apertura de los oportunos procedimientos penales, siempre y cuando conforme al principio *aut dedere aut iudicare*, no se hubiese producido la extradición de estos criminales a otro Estado.

El principio de justicia universal genera, así, una doble tipo de obligaciones de carácter legislativo y coercitivo para los Estados —cuya naturaleza y alcance ha venido suscitando, es cierto, interpretaciones divergentes y una amplio debate doctrinal—.

Ante todo hay que admitir, ciertamente, que en orden a procurar una represión efectiva de estas conductas criminales, los Estados habrán de proceder no solo a reconocer en su legislación interna, y desde una perspectiva procedimental, la jurisdicción de sus Tribunales para conocer conforme al principio de justicia universal de todos y cada uno de los delitos

y crímenes internacionales tipificados en los distintos tratados internacionales en los que son partes (19), sino también, y al mismo tiempo, a incorporar en su ordenamiento interno, desde un punto de vista sustantivo, los tipos penales internacionales en orden, concretamente, a fijar las sanciones penales que hayan de aplicarse (20). La no incorporación de los tipos penales internacionales al orden interno, impediría que, aun siendo posible aplicar por vía consuetudinaria o convencional el principio de jurisdicción universal, la competencia en este caso pudiera resultar efectiva, ante la indeterminación, por ejemplo de las penas aplicables. Además, el sentido tan riguroso desde el que se concibe en el orden interno el principio de legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), viene a reforzar la necesidad de contar con una legislación interna que haya producido el efecto de incorporar las normas internacionales en el Derecho interno.

Ciertamente, la mayor o menor operatividad del principio de justicia universal, y por tanto la capacidad del Juez para ejercer su jurisdicción en orden a reprimir la comisión de crímenes internacionales dependerá del

---

(19) Aunque, frente a aquellos instrumentos internacionales en los que se prevé, como acabamos de advertir, el reconocimiento de una competencia universal para los Estados Partes pero no de forma directa, sino mediante la obligación para los mismos de «establecer» en su orden interno dicha jurisdicción, en los cuatro Convenios de Ginebra se reconoce directamente una competencia universal obligatoria para los Estados, no requiriéndose, por tanto, al menos teóricamente, la adopción en el orden interno de ninguna medida de incorporación o ejecución; la práctica, sin embargo, nos permite confirmar que se hace necesario reconocer de forma expresa en el orden interno del Estado la competencia universal de los Tribunales nacionales para conocer por crímenes de guerra.

(20) A la vista de que el Derecho internacional penal cuando define ciertos crímenes internacionales no fija las penas aplicables, es cierto que debe ser adoptada en el orden interno una legislación penal que comporte las sanciones oportunas, a fin de que sea respetado el principio *nulla poena sine lege*. Hay que recordar que los propios Convenios de Ginebra obligan a fijar en el orden interno las *penas* específicas que hayan de ser aplicadas. Así, en el primer párrafo de los artículos 49, 50, 129, y 146 correspondientes respectivamente a los cuatro Convenios de Ginebra se dispone que: «*Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio...*».

Desde la doctrina se ha repetidamente enfatizado la necesidad de procurar un adecuado cumplimiento de estas obligaciones con el fin de permitir un efectivo ejercicio del principio de justicia universal; ver, por ejemplo, STERN, B.: «*Better interpretation and enforcement of university jurisdiction*», *reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa Conference 17-21 september 1998*. Nouvelles Études Pénales. Association Internationale de Droit Pénal, 1998, p.183; WOLFRUM: «*The decentralized prosecution of international offences through national courts*», en *War Crimes in International Law* (Dinstein, Y.; Tabory, M. eds), The Hague, 1996, pp. 241 y ss.

modo en como estas conductas delictivas hayan sido incorporados al ordenamiento interno.

Los Estados deberán realizar una escrupulosa y definida transposición de las normas convencionales al orden interno, mediante la promulgación de las disposiciones de carácter procedimental y sustantivo que sean necesarias para que sus tribunales puedan ejercer su jurisdicción con base en el principio de universalidad.

Pero el principio de justicia universal, tal como se reconoce en los Convenios de Ginebra, y en todos aquellos instrumentos internacionales en los que se tipifican distintas categorías de delitos o crímenes internacionales, genera también para los Estados la obligación de ejercer efectivamente su jurisdicción (universal), mediante la investigación y enjuiciamiento de los presuntos responsables de la comisión de crímenes internacionales (21).

En particular, en el segundo párrafo de los artículos 49, 59, 129 y 146 correspondientes a los cuatro Convenios de Ginebra se dispone, como ya hemos visto, que «cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios Tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas....».

Se viene así a afirmar el carácter obligatorio del ejercicio de la jurisdicción universal a la hora de perseguir y enjuiciar a los presuntos responsables de crímenes de guerra, tal como por otra parte se establece, según acabamos de apuntar, en la mayoría de los tratados internacionales que tipifican distintas categorías de delitos o crímenes internacionales; aunque normalmente restringida —esta obligación de perseguir y enjuiciar— a aquellos supuestos en que los presuntos criminales se encuentren en su territorio.

En casi todos estos instrumentos convencionales junto a la obligación, como ya hemos visto, que se formula para cada Estado Parte de tomar las

---

(21) En este sentido se manifiesta un importante sector doctrinal, aunque no hay que silenciar que la cuestión de determinar la naturaleza facultativa u obligatoria del principio de justicia universal, sigue suscitando posiciones e interpretaciones divergentes. Ver al respecto, por ejemplo —y por centrarnos en la doctrina citada en este trabajo—, STERN, B: «La competence universelle...», *cit.*, p. 283;id.: «Better interpretation and enforcement of university jurisdiction», *cit.*, p.179; BENVENUTI : «The repression of crimes against humanity, war crimes, genocide through national Courts», en *Ius. Rivista di Scienze Giuridiche*. Vol.XLVI, 1999, nº 1 —*Studi in onore di Giovanni Maria Ubertazzi*—, pp. 148 y ss. Y en la doctrina española, MARTIN MARTINEZ. M.: «Jurisdicción Universal y crímenes internacionales», en *Nuevos Retos del Derecho. Integración y desigualdades desde una perspectiva comparada Estados Unidos/Unión Europea* (A. Salinas de Frias, coord.), Málaga, 2000, pp. 151 y ss.

medidas necesarias para establecer su jurisdicción (universal) sobre estos delitos, se dispone, en efecto, que el Estado contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, sino procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido cometido o no en su territorio (22)

Se trata, en todo caso, del ejercicio de lo que se ha venido en denominar una «jurisdicción universal territorial», es decir de la obligación de ejercer la jurisdicción universal cuando el presunto culpable se encuentre en su territorio (23)

---

(22) Ver, por ejemplo, el *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970*, en cuyo art. 7 se dispone: «El Estado contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio...». Entre otros Convenios en los que se encuentran disposiciones similares, cuando no idénticas: *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971* (art.7); *Convenio sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas inclusive los agentes diplomáticos de 1973* ( Art. 7); *Convención contra la toma de rehenes de 1979* ( art. 8.1); *Convenio contra la tortura y otras penas o tratos crueles o degradantes de 1984* (art. 7.1); *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la Plataforma Continental, de 1988*.(Art. 10); *Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997* (art. 8); *Convenio de la OUA sobre la prevención y lucha contra el terrorismo* (art. 8.4); *Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999* (art. 10.1) ...Es cierto que en algunos instrumentos convencionales en los que se tipifican ciertas conductas criminales o bien no se formula el principio de justicia universal, o bien se reconoce con un alcance meramente facultativo, tal como es el caso de la *Convención contra el Apartheid de 1973*, al disponer en su art.5 que «las personas acusadas del crimen de apartheid pueden ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado parte en la Convención el cual puede adquirir jurisdicción sobre la persona del acusado o por un tribunal penal internacional» (las cursivas son nuestras).

(23) Ahora bien, frente a este tipo de «jurisdicción universal territorial», parece que en los Convenios de Ginebra el alcance de esa obligación fuese mucho más amplia y general toda vez que, como acabamos de advertir, en el segundo párrafo de los artículos 49, 59, 129 y 146 correspondientes, nada se dice —al menos de forma expresa— por relación a la condición de que los acusados se encuentren en el territorio del Estado. De tal forma que la formula empleada en estos instrumentos convencionales podría, en efecto, ser interpretada en el sentido de que cada Estado parte estaría obligado a poner en marcha la maquinaria de la justicia para conocer de todos y cada uno de los crímenes de guerra que son cometidos en todas y cada una de las partes del mundo, mediante, por tanto, una persecución *urbi et orbis*.

Sin embargo, sería esta una interpretación tan irrazonable como inoperativa; pues aunque una obligación con un alcance tan general como este aseguraría, sin duda, como dice STERN, una mejor represión a nivel internacional, «constituerait certainement un fardeau irréaliste et trop lourde pour les Etats» («A propos de de la competence universelle...», *cit* p.749).

3. LA APERTURA DE PROCEDIMIENTOS PENALES *IN ABSENTIA*  
(JURISDICCIÓN UNIVERSAL FACULTATIVA)... QUE ALCANZAN A LOS  
REPRESENTANTES ESTATALES ACUSADOS DE CRÍMENES DE GUERRA: UNA  
VALORACIÓN POLÉMICA. EL ASUNTO YERODIA ANTE EL TIJ.

Ahora bien, el Derecho internacional aunque por vía convencional sólo obliga a los Estados a ejercer su jurisdicción universal en aquellos supuestos en que el presunto culpable se encuentra en su territorio, no impide que los tribunales internos de un Estado inicien la instrucción de un proceso aun sin contar con la presencia del culpable en su territorio (jurisdicción universal facultativa); lo que encuentra su firme reconocimiento en el Derecho internacional consuetudinario, y aun en todos aquellos instrumentos convencionales en los que se tipifican distintas conductas delictivas, cuando al formular los distintos criterios o vínculos conforme a los cuales los Estados podrán fundamentar su jurisdicción se afirma —desde una perspectiva amplia y permisiva— que no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales.

No hay que silenciar, sin embargo, que para un cierto sector doctrinal el requisito relacionado con la presencia del presunto culpable en el territorio del Estado es interpretado como una condición que limita siempre y en todo caso el ejercicio de la jurisdicción universal (24). Se trata sin embargo de una interpretación que, a nuestro juicio, resulta sumamente restrictiva, y que desde luego viene a ensombrecer —cuando no a cercenar— la esencia misma del principio de universalidad.

Bien es cierto que los Estados son libres de determinar las condiciones conforme a las cuales podrán ejercer su jurisdicción universal, pudiendo establecer, con carácter general, el criterio de la presencia del presunto culpable en el territorio del Estado; pero otra cosa es mantener que es el pro-

---

Se impone, así, el ejercicio de lo que se puede calificar una «jurisdicción universal territorial», en la medida en que la obligación de perseguir y enjuiciar a los culpables se limita a aquellos supuestos en que el presunto delincuente se halle en el territorio del Estado que busca ejercer su jurisdicción; es decir, es este el sentido restringido —basado en esta limitación de carácter territorial— desde el que estimamos hay que interpretar también las obligaciones que al respecto se contienen en los cuatro Convenios de Ginebra.

(24) En este sentido, y concretamente y en el ámbito de la doctrina penalista española ver DIEZ SÁNCHEZ: *El Derecho Penal Internacional. Ámbito espacial de la Ley Penal*. Madrid, 1990, p.179; y también en el sector iusinternacionalista ABAD CASTELOS: «La actuación de la Audiencia Nacional española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y Chile: un paso adelante desandando la impunidad», *Revista da Faculdade de Direito de Universidade da Coruña*, 1998, pp.55-56; y de la misma autora y en esta línea: *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho Internacional*. Madrid, 1997, pp.157 y ss.

pio Derecho Internacional el que prohíbe tal ejercicio cuando los culpables no están en el territorio. En efecto, aun sin dejar de reconocer la libertad de que disponen los Estados en orden a limitar o condicionar el ejercicio de la jurisdicción universal facultativa, hay que admitir, tal como así se reconoce por otro destacado sector doctrinal, que el derecho internacional autoriza a los Estados a iniciar la instrucción de un proceso y a tomar todas las medidas destinadas a conducir a los presuntos autores de las violaciones hacia su territorio —a través de acciones judiciales centradas, por ejemplo, en una solicitud de extradición, o de asistencia judicial—, con el fin de juzgarlos. Lo que sin duda resulta particularmente evidente por relación a la represión de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra, a tenor como ya hemos visto de la formulación más abierta que se contiene en los artículos 49, 59, 129 y 146 correspondientes.

Además, la práctica legislativa y judicial de algunos Estados también viene a confirmar estas reflexiones. Es el caso, por ejemplo, de la Ley belga de 16 de junio de 1993 relativa a la represión de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977 —modificada por Ley de 10 de febrero de 1999 relativa a la represión de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario— en cuyo art.7 se prevé la competencia de los Tribunales belgas para conocer de las infracciones previstas en esa Ley, independientemente del lugar donde se hayan cometido, sin precisar que las infracciones solo puedan ser perseguidas cuando la persona sospechosa se halle en su territorio, procediendo además en la exposición de motivos a manifestar de manera explícita que las jurisdicciones belgas pueden ejercer sus competencia universal «aun cuando el presunto autor de la infracción no se encuentre sobre el territorio belga» (25); y también de la legislación española, cuando en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial nada se dice expresamente por relación a la condición de que la jurisdicción universal solo pueda resultar de aplicación cuando el presunto culpable se encuentre en territorio español; aunque sin desconocer que nuestro ordenamiento, si bien no impide iniciar la fase judicial instructora sobre la base del principio de justicia universal, exige, sin embargo, la presencia del acusado en etapas posteriores del procedimiento, en tanto se prohíben los juicios penales en rebeldía. Bien es cierto, como vamos a tener ocasión de analizar más adelante, que las instancias judiciales tanto belga como española han tenido ocasión, durante estos últimos años, de realizar una interpretación de estas disposiciones legislativas conforme a

---

(25) Sobre esta Ley y su reciente revisión ver infra aptdo. IV. 2.

una doctrina no siempre constante y uniforme, y expresiva, en algunos supuestos, de tendencias claramente regresivas; En todo caso, parece oportuno recordar también en este punto como —junto a la práctica judicial de algunos Estados en la materia— el TIJ en su sentencia, de 14 de febrero de 2002, en el asunto de la orden de detención de 11 de abril de 2000 ( República Democrática del Congo c. Bélgica) (26) —suscitado con motivo de la orden de detención dictada por un juez de instrucción belga contra el Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo, Abdula-ye Yerodia Ndombasi, acusado de la comisión de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario—, aunque no se pronuncie de forma expresa sobre la cuestión del alcance de la competencia universal de los tribunales belgas, limitándose a resolver que Bélgica no podía dictar dicha orden porque, a su juicio, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario los Ministros de Asuntos Exteriores, al igual que los Primeros Ministros y los Jefes de Estado, gozan durante el ejercicio de su cargo de inmunidad ante la detención ordenada por Tribunales extranjeros, aun siendo acusados de la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (27), hay que admitir que indirectamente se vendría a reconocer la competencia de Bélgica en la materia al manifestar que las cuestiones relativas a la «inmunidad» sólo podrían ser resueltas una vez que se hubiese hecho una determinación con relación a la existencia de jurisdicción universal, « ya que sólo cuando un Estado tenga jurisdicción conforme al Derecho internacional en relación a un asunto particular puede plantearse una cuestión de inmunidad con respecto al ejercicio de esa jurisdicción» (28) , siendo así que si el Tribunal procedió a tomar una decisión sobre la cuestión de la inmunidad daba por sentado que Bélgica sí tenía jurisdicción.

Pero es que además, aunque en esta sentencia el TIJ no se pronuncie expresamente, como decimos, sobre el alcance de la competencia universal,

---

(26) ICJ, Judgment 14 february 2002, *Case concerning the arrest warrant of 11 april 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* (<http://www.icj-cij.org>).

(27) Esta sentencia del TIJ ha sido objeto de numerosa críticas, tanto desde la perspectiva de la decisión del Tribunal de no entrar en el examen de la competencia universal, como en cuanto a su fallo sobre el régimen de inmunidades, por el carácter ambiguo y confuso de su pronunciamiento. Así, y entre otros autores: HENZELIN, M.: «La compétence penale universelle. Une question non résolue par l'arrêt Yerodia», *RGDIP*, 2002-4, pp. 819– 854; CASESSE, A.: «Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des Etats pour des crimes internationaux ? A propos de l'affaire Congo c/Belgique », *Rev. sc. crim*, 2002-3, pp. 479– 499; SASSOLI, M.: «L'Arrêt Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du Droit International», *RGDIP*, 2002-4, pp. 791– 818.

(28) Sent. cit, parr. 45 y 46.



una buena parte de los Jueces manifestaron en sus opiniones separadas que los Fiscales y Jueces de instrucción de un Estado tienen competencia para investigar sobre crímenes internacionales cometidos en el extranjero, aun cuando el sospechoso no se encuentre presente en el territorio de dicho Estado en el momento de la investigación (29). Hay que admitir, por todo lo expuesto, que el ejercicio por los Tribunales de un Estado de la jurisdicción universal es posible aun cuando los presuntos culpables se hallen fuera de su territorio (jurisdicción universal facultativa); pudiendo, en este sentido los Fiscales y Jueces de instrucción abrir una investigación, dictar un acta de acusación formal y solicitar la extradición de aquellas personas sospechosas de haber cometido delitos en otros países sin vinculación con el Estado del foro; realizando, en suma, *in absentia* todos los actos correspondientes a la fase preliminar de un procedimiento penal previo al juicio, es decir al periodo de instrucción de la causa.

Una competencia de los Tribunales nacionales que alcanza —no hay que dejar de apuntarlo— a cualesquiera individuos acusados de la comisión de crímenes de guerra —y otros crímenes internacionales—, incluidos los representantes de un Estado —Jefe de Estado, de Gobierno, Ministros...— que ya hayan abandonado el ejercicio de su cargo.

Bien es cierto que, durante el tiempo en que los representantes estatales se encuentran en ejercicio, ningún Tribunal extranjero podría, por medio, en particular, de su jurisdicción universal, dictar una orden de detención respecto de esta categoría de personas, en la medida en que se encuentran amparadas por el principio de inmunidad personal (*ratione personae*) reconocido por el Derecho internacional consuetudinario (30),

---

(29) Ver, en este sentido, y entre otras, las opiniones de los Jueces *Higgins*, *Kooijmans* y *Buergenthal* y *Van den Wyngaert*.

(30) En este sentido se sigue pronunciando un sector doctrinal mayoritario, y una relevante práctica judicial interna. Así, por ejemplo, en el ámbito doctrinal: BASSIOUNI, M. CH.: *Crimes Against humanity in international Law*. La Haya-Londres-Boston, 1999, p. 508; DOMINICE, C.: «Quelques observations sur l'immunité de jurisdiction pénale de l'ancien chef d'Etat», *RGDIP*, vol. 103, 1999, p. 301; REMIRO BROTONS, A.: *op.cit.*, pp. 117 y 121-122; COSNARD, M.: «Les immunités du chef d'Etat», en *Le chef d'Etat et le Droit international*. SFDI, Colloque de Clermont (juin 2001), p. 24. En cuanto a la *Resolución sobre «Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del jefe del Estado o de Gobierno en Derecho internacional»* adoptada por el *Instituto de Derecho Internacional* (en su sesión de Vancouver) en 2001, ver: TORRES BERNÁRDEZ, S.: «Acerca de las inmunidades del Jefe de Estado o de Gobierno en Derecho Internacional y de sus límites», en *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI*. Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa. Madrid. 2002, pp.639-685; también FOX, H.: «The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government», *ICLQ*, Vol. 51, 2002, pp. 119 y ss).

tal como así vendría a afirmarlo, según acabamos de avanzar, el TIJ en la referida sentencia de 14 de febrero de 2002, en el asunto relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000 (Republica Democrática del Congo c. Bélgica) (31); pero no es no es menos cierto que a partir del momento en que estas personas han cesado en el ejercicio de sus funciones, y por tanto ya no disfrutaban de inmunidad personal, podrán ser objeto de actos de investigación, persecución y enjuiciamiento ejercidos por Tribunales de otro Estado acusados de la comisión de crímenes internacionales, toda vez que la inmunidad funcional (*ratione materiae*) que les ampara por los actos oficiales realizados durante el desempeño de su cargo, encuentra hoy en día una clara excepción en el Derecho internacional consuetudinario por relación a la comisión de tales conductas criminales (32).

En definitiva, aun tratándose de antiguos representantes estatales que durante el ejercicio de sus funciones hayan cometido crímenes internacionales, es posible afirmar, como ya lo hacíamos más atrás con carácter general, que los Tribunales de un Estado extranjero, con independencia de la nacionalidad de su autor y del lugar donde se hallan cometido los actos, podrán iniciar todos los actos correspondientes a la fase preliminar de un procedimiento penal, aun cuando los presuntos culpables se hallen fuera de su territorio (jurisdicción universal facultativa). Trascendiendo sobre todo aquellos supuestos en los que la investigación y búsqueda de los culpables se inicia a instancia de las denuncias presentadas por aquellas víctimas que han buscado o encontrado refugio en el territorio de dicho Estado, a cuyo efecto bien es cierto que el Juez habrá de apreciar, conforme a los más elementales criterios de razonabilidad, las posibilidades que existen de conducir al delincuente a su presencia, y de reunir todas las pruebas necesarias para realizar las imputaciones oportunas. Siendo de relevante interés en este punto atender, entre otros instrumentos internacionales, a los principios de cooperación internacional en la identificación, detención,

---

(31) El TIJ vendría a estimar —con base, sin embargo, en razonamientos poco fundados y a veces demasiado ambiguos— que «in international Law it is firmly established that, as also diplomatic and consular agents, certain holders of high-ranking office in a State, such as the Head of State, Head of Government and Minister for Foreign Affairs, enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal.» (cit, parr. 51).

(32) Sobre los distintos elementos que han venido contribuyendo a consagrar por vía consuetudinaria esta excepción —y también sobre las confusas reflexiones vertidas al respecto por el TIJ en el asunto Yerodia— ver nuestro trabajo: «Hacia un fortalecimiento de los mecanismos de represión de crímenes de guerra. Responsabilidad internacional del individuo, Tribunales Internos y Corte Penal Internacional», en la obra colectiva *El Derecho Internacional Humanitario en una Sociedad Internacional en transición*, Cruz Roja Española-Torculo Edicions. Santiago de Compostela. 2002, pp.135 y ss.

extradición, y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad ya enunciados en la Resolución 3074 (XXVIII) de la AGNU, de 3 de diciembre de 1973 (33).

#### 4. SOBRE LA PRÁCTICA TRADICIONAL EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL: UNA ESCASA Y DEFICIENTE ADAPTACIÓN DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES AL DERECHO INTERNO, Y UN EVIDENTE VACÍO JUDICIAL.

En todo caso, a la vista de los criterios, límites y condiciones que modulan el ejercicio del principio de universalidad y que generan para los Estados, como acabamos de apreciar, un doble tipo de obligaciones de carácter legislativo y coercitivo, hay que admitir que la práctica que ya hoy podríamos calificar como de tradicional en la materia — a la vista, como vamos a examinar más adelante, de los significativos avances que en este ámbito se vienen produciendo desde estos últimos tiempos— pone claramente de relieve la actitud tan profundamente recelosa desde la que los Estados se han acercado al principio de justicia universal. Pues se trata, ciertamente, de un conjunto de obligaciones que los Estados han venido incumpliendo con harta frecuencia.

La práctica nos demuestra, en efecto, que el principio de jurisdicción universal, aun encontrando un firme asentamiento en importantes normas consuetudinarias y convencionales del Derecho internacional, ha resultado muy poco operativo, dada no sólo la escasa, y aun a veces incorrecta, traducción que del mismo se ha realizado en las legislaciones internas de los Estados —expresión de una inequívoca falta de voluntad política en orden a procurar su ejercicio—, sino también a la vista de la escueta experiencia judicial existente al respecto (34). Así, y en particular por lo que

---

(33) En esta Resolución, después de afirmar que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, cualquiera que sea el lugar y el momento en que se hayan cometido, serán objeto de investigación, debiendo las personas contra las que existan pruebas *prima facie* de culpabilidad en la comisión de tales crímenes ser buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, se dispone que los Estados cooperaran bilateral o multilateralmente para prevenir y reprimir estos crímenes, prestándose mutua ayuda a los efectos de la búsqueda, detención y enjuiciamiento de estas personas, así como en todo lo relativo a la extradición de las mismas.

(34) A la vista de la escasa actividad legislativa y judicial de los Estados en este ámbito, ya desde tiempo atrás un destacado sector doctrinal ha venido denunciando reiteradamente la frágil operatividad del principio de justicia universal. En la doctrina más reciente, ver, entre otros, CASSESE, A.: «Better interpretation and enforcement of university jurisdiction», *cit.*, pp. 177-178; M. CHERIF BASSIOUNI : «Searching for peace and achieving.

se refiere a los crímenes de guerra, es posible advertir que aun aquel sector, que podríamos considerar minoritario, de Estados que han reconocido el principio de justicia universal o bien no han procedido siempre a tipificar todas las infracciones graves o bien simplemente no han establecido incriminaciones específicas al estimar expresa o implícitamente que las mismas pueden tener lugar por la vía del Derecho penal común —aunque también es posible descubrir legislaciones que habiendo procedido a realizar las tipificaciones oportunas no reconocen el principio de justicia universal—.

Del análisis de esta práctica estatal cabe destacar, por un lado, aquellas legislaciones en las que el principio de justicia universal aparece —o aparecía— reconocido casi exclusivamente por relación a aquellas infracciones que integran el núcleo duro de los crímenes internacionales, y entre ellos fundamentalmente los crímenes de guerra. Es el caso, sobre todo, de aquellos ordenamientos que pertenecen al sistema del *common law*, en los que normalmente se han adoptado normas específicas para regular los crímenes internacionales, definiéndose en ellas tanto el ámbito jurisdiccional como material de la infracción (35). Y junto a estos supuestos, aquellos otros Estados, fundamentalmente basados en sistemas jurídicos codificados, en los que se reconoce el principio de justicia universal por relación a un catálogo más amplio —y veces abierto— de infracciones internacionales. Se trata de legislaciones en las que normalmente se recoge una relación expresa de las conductas delictivas sujetas a la competencia universal de los Tribunales internos por la vía del principio de universalidad; lista o

---

Justice: The Need for Accountability», en *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: Proceedings of the Siracusa Conference 17-21 September 1998*, cit., p. 53; LA PRADELLE, G.: *op.cit.*, p. 917; SHABAS, W. A.: «Follow up to Rome: Preparing for entry into force of the International Criminal Court Statute», *Human Rights Law Journal*, Vol. 20, N° 4-6, 1999, p.160; RANDALL, K.: «Universal Jurisdiction Under International Law », *Texas Law Review*, 791, 1988, p.66; BENVENUTTI, P.: «The repression of crimes against humanity, war crimes, genocide through national Courts», en *Ius. Rivista di Scienze Giuridiche*. Vol. XLVI, 1999, n° 1 —*Studi in onore di Giovanni Maria Ubertazzi*—, p.155; WOLFRUM, R.: *op.cit.*, p. 242.

(35) Su atención, como decimos, se ha venido centrado, fundamentalmente, en los crímenes de guerra —y aun en el crimen de genocidio (y en los crímenes contra la humanidad)—, a través de la adopción de las denominadas *Leyes relativas a los Convenios de Ginebra (Geneva Conventions Act)* adoptadas por más de veinte países de la *Commonwealth*: pudiendo destacar, de entre ellas, por ejemplo la *U.K. Geneva Conventions Act* de 1957 que incorpora las infracciones graves por vía de remisión expresa a los Convenios de Ginebra; la *Geneva Conventions Act 1957* (enmendada por la *Geneva Conventions Amendment Act 1991*) de Australia, la *Geneva Conventions Act 1965* (enmendada en 1991) de Canada... Sobre la práctica legislativa de estos Estados ver las direcciones recogidas *infra* nota 50.

catálogo de infracciones en las que, si bien a veces se incluyen expresamente los crímenes de guerra, en términos generales se descubren también importantes vacíos, que en ciertos casos resultan paliados mediante la introducción de una cláusula general final en virtud de la cual se establece que la legislación penal del Estado será aplicable no sólo a aquellos supuestos delictivos expresamente referenciados sino también a todos aquellos otros hechos tipificados en tratados internacionales que obliguen al Estado en cuestión, lo que representa, por tanto, una fórmula o modelo de catálogo abierto

En esta línea destacan, por ejemplo —y sólo por centrarnos en el entorno europeo—, las legislaciones de Alemania, Austria, Portugal, España y Francia (36). En cuanto, en particular, a España, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ.) prevé en su artículo 23.4 la competencia de los tribunales españoles «...para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) genocidio, b) terrorismo, c) piratería, y apoderamiento ilícito de aeronaves, d) falsificación de moneda extranjera, e) los relativos a la prostitución, f) tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, g) y cualquier otro que, según los Tratados o Convenios internacionales, deba ser perseguido en España». Por medio de esta disposición se afirma, en efecto, la jurisdicción universal de nuestros Tribunales por relación a un catálogo de infracciones que si bien representa un catálogo abierto adolece de muy importantes vacíos e imperfecciones. Bien es cierto que conforme al inciso g) de este artículo también deberán ser perseguidas en España, por ejemplo, las infracciones graves a los Convenios de Ginebra, objeto —en nuestro caso— de una amplia —pero no completa y rigurosa— regulación sustantiva en el Título XXIV del Libro II del Código Penal español, en cuyo Capítulo III («Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado») se definen, ante todo, las personas protegidas (art.608), tipificándose, a continuación las violaciones del Derecho Internacional Humanitario, en cualquier clase de conflictos armados, sean de carácter internacional o no internacional (arts. 609 a 614) (37).

Siendo así que, aun aquellos Estados que establecieron en sus legislaciones internas el principio de justicia universal pero han aplicado un

---

(36) Sobre estas legislaciones ver nuestro trabajo: «Hacia un fortalecimiento de los mecanismos de represión de crímenes de guerra. Responsabilidad internacional del individuo, Tribunales Internos y Corte Penal Internacional», *cit.*, pp. 89-219.

(37) Sobre la reciente reforma de nuestro Código Penal *ver infra* Apto. IV, 2

modelo de catálogo abierto mediante el recurso a esa cláusula general de remisión en blanco a otras infracciones internacionales, no permitirán probablemente un ejercicio efectivo de la jurisdicción universal en la medida en que para cualesquiera de estos otros posibles supuestos delictivos —crímenes de guerra— no existan las correspondientes y necesarias medidas incriminatorias y represivas a nivel interno (como, por ejemplo, es o era el caso de las legislaciones de Alemania, Austria, Portugal, Francia...) (38).

El incumplimiento por los Estados de sus compromisos internacionales en el ámbito del Derecho internacional penal, como consecuencia de la no adopción en su orden interno de las medidas necesarias para, en particular, establecer su jurisdicción universal respecto de todos y cada uno de los tipos penales internacionales, vendría a incapacitar a los órganos judiciales para perseguir y enjuiciar a los presuntos responsables de crímenes internacionales. Pero, además, es posible constatar, en cualquier caso, el papel tan inactivo que, en claro incumplimiento de los compromisos internacionales del Estado, ha jugado tradicionalmente, el poder judicial; hasta mediados de la década de los 90 la práctica de los Tribunales internos en aplicación del principio de jurisdicción universal por la comisión de crímenes internacionales se ha reducido casi exclusivamente a algunos asuntos relacionados con criminales de guerra nazis (39).

---

(38) Si bien desde ciertas posiciones doctrinales y estatales se considera que la persecución y enjuiciamiento de ciertos crímenes internacionales, y en particular de los actos que constituyen infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario, se podría realizar sin necesidad de establecer en el orden interno medidas incriminatorias y represivas especiales, aplicando, por tanto, el Derecho penal común —en la medida en que la mayor parte de los Códigos Penales sancionan una serie de conductas que pueden abarcar algunas de las infracciones (en particular graves) de los Convenios de Ginebra, como ocurre en el caso de los ataques ilícitos a los derechos fundamentales de la persona humana (atentados a la vida, la salud, la integridad física y psíquica, y la libertad personal o la propiedad)—, esta técnica, tal como ha sido destacado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, tiene, sin embargo, sus inconvenientes, como por ejemplo y fundamentalmente el hecho de que las imputaciones del Derecho penal nacional no abarcan totalmente las del Derecho Internacional Humanitario; el DIH, por ejemplo, considera infracciones algunas conductas que se vinculan estrechamente a la conducción de las hostilidades y que la legislación penal nacional o por lo menos el Código penal común suele ignorar; además las modalidades y condiciones punitivas previstas en el Derecho penal nacional no siempre son conformes a los requisitos del DIH, así como tampoco las penas previstas se adaptan siempre al contexto de los conflictos armados.

(39) Ver, entre otros, los asuntos *Polyukhovich* (*Polyukhovich v. Commonwealth*, High Court of Australia, 14 august 1991) (*Australia*), *Sawoniuk* (*R. v. Sawoniuk*, Court of Appeal (Criminal Division), 10 february 2000) (*Reino Unido*)...en Base de datos del CICR: <http://www.icrc.org/ihl-nat>

### III. LA REPRESIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA FUNDADA EN EL JUEGO DE UN EQUILIBRIO ENTRE LA JUSTICIA UNIVERSAL Y LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL. EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

#### 1. CRÍMENES DE GUERRA, JUSTICIA UNIVERSAL Y JURISDICCIÓN INTERNACIONAL. ¿UNA DINÁMICA DE ALTERNATIVA O COMPLEMENTARIEDAD?

Pues bien, si por la vía de aplicación del principio de justicia universal hay que admitir que los resultados alcanzados —al menos hasta estos últimos tiempos— han sido sumamente exiguos, y en todo caso poco operativos —tal como lo demuestra el dramático fenómeno de impunidad que de forma permanente y generalizada ha dominado en el escenario internacional—, las dificultades que suscita la represión descentralizada de crímenes internacionales, se han buscado paliar mediante la configuración de mecanismos institucionalizados centrados en la creación de una jurisdicción penal internacional.

Durante largo tiempo, tanto a nivel doctrinal como de la práctica diplomática, las propuestas tendentes a articular un mecanismo efectivo capaz de reprimir y sancionar la comisión de estas infracciones internacionales se han polarizado en torno a dos tendencias expresivas de soluciones claramente alternativas: o bien confiar en el papel de las jurisdicciones nacionales (cooperación descentralizada), o bien apostar por la creación de un tribunal penal internacional (cooperación institucionalizada).

Ahora bien frente a una dinámica de alternativa como la expuesta (cooperación descentralizada/cooperación institucionalizada), ha habido que aceptar que no se trata de soluciones excluyentes, sino de formulas absolutamente complementarias (40). En esta línea, el Estatuto de la Corte

---

(40) Entre otros autores que se han venido pronunciando desde una perspectiva como esta, ver BENVENUTI (*op.cit.*, p.146); GRAEFRATH (« Universal criminal Jurisdiction and an International Criminal Court», *EJIL*, Vol.1, nº 1, 1990 p. 82). Ya la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en sus trabajos conducentes a la elaboración tanto de un Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad como de un Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional vendría a reconocer que el sistema de represión de los crímenes internacionales debería encontrar su configuración conforme a un régimen de complementariedad entre ambos mecanismos (Ver al respecto nuestro trabajo. «Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional», en *Cooperación Jurídica Internacional*. Colección Escuela Diplomática, nº 5. Madrid 2001, pp.147 y ss).

Penal Internacional, adoptado en Roma en 1998 —y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de julio de 2002—, reconoce abiertamente el importante papel que junto a la Corte deberán seguir jugando los Estados a través de sus Tribunales internos en orden a la represión de los crímenes internacionales.

Sin duda, una de las coordenadas más relevantes y originales del diseño global en torno al que se estructura el funcionamiento de la CPI es la relativa al *principio de complementariedad* desde el que se modula el juego de las relaciones entre la CPI y las jurisdicciones nacionales. La Corte, reza el artículo 1 del Estatuto, «...tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales...» (41), y aun una complementariedad asentada en el carácter *subordinado* de la competencia de la Corte, y por tanto en la *primacía* de las jurisdicciones nacionales; y ello toda vez que, conforme a lo dispuesto en el art.17.1 del Estatuto, la CPI tendrá que resolver la inadmisibilidad de un asunto, y por tanto, no podrá ejercer su competencia: cuando el asunto este siendo objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él; cuando el asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate; o cuando la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia (además de cuando el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte).

A todas luces el Estatuto de Roma no descarga en lo más mínimo a los Estados de su responsabilidad primaria en materia de represión de los crímenes internacionales. Y, desde luego, la jurisdicción de un Estado para perseguir y enjuiciar a presuntos responsables de crímenes internacionales, podrá (o deberá) encontrar su fundamento —además de en cualesquiera otros vínculos (territorialidad, personalidad...)— en el principio de justicia universal, sin que el Estatuto de Roma, a tenor del principio de complementariedad sobre el que se asienta, hubiera podido afirmar otra cosa, toda vez que partiendo, efectivamente, del presupuesto de que la CPI no tiene competencias exclusivas en la materia, no se pueden desconocer los derechos y obligaciones que por la vía de normas consuetudinarias y /o convenciona-

---

(41) Ya en el propio Preámbulo (párrafo décimo) del Estatuto se destaca «que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales».



les se crean para los Estados de cara al ejercicio de una jurisdicción universal (42).

Se mantiene vivo el papel de las jurisdicciones nacionales, pero con la diferencia ahora de que su voluntad y capacidad de actuación resultara controlada, y en su caso absorbida, por la maquinaria de la Corte Penal Internacional. Lo que fundamentalmente significa que ante la inactividad o inoperatividad de los Tribunales internos, el camino para la represión de los crímenes internacionales ya no conduce hacia un callejón sin salida, ya no nos deja en una vía muerta, sino que ante una situación como esta la Corte estará siempre atenta (43) para declarar la admisibilidad de una causa y ejercer su competencia; contribuyendo así, y en cualquier caso, este nuevo esquema y modelo de cooperación internacional a ir estrechando cada vez más los espacios de impunidad que existen en el mundo.

Conforme al Estatuto de Roma, o bien la intervención de las jurisdicciones nacionales resulta fiable y operativa, o bien, ante su incapacidad o falta de voluntad real (indisponibilidad) para actuar, la Corte podrá determinar la admisibilidad de la causa y ejercer su competencia (44). Es decir, o intervienen las jurisdicciones nacionales o lo hace la Corte Penal Internacional, pero en todo caso —y este es un aspecto de extraordinaria trascendencia— es a esta última institución a la que le corresponde valorar, y por tanto garantizar,

---

(42) Sobre el sentido tan restrictivo desde el que, en ciertos círculos doctrinales, se busca interpretar algunas cláusulas básicas del Estatuto —por ejemplo, los art. 17.1 y 18.1—, con el fin de limitar las posibles jurisdicciones competentes a la del Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el crimen, o a la del Estado del que sea nacional el acusado, ver nuestro trabajo: «Hacia un nuevo modelo de cooperación internacional...», *cit.*, pp. 151-152. Frente a planteamientos como estos, destaca, por ejemplo, recientemente, la posición defendida por la Juez Van den Wyngaert en su opinión disidente en la sentencia del TIJ de 14 de febrero de 2002, en el *asunto de la orden de detención de 11 de abril de 2000 (Republica Democrática del Congo c. Bélgica)*, *cit. supra* nota 25, parr. 64 y 65).

(43) Bien por razón de que un Estado ha remitido al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte [artículos 13.a) y 14)], o bien porque el Fiscal ha iniciado de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte (artículos 13.c) y 15). La Corte podrá ejercer también su competencia cuando «el Consejo de seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes» (art.13.b).

(44) Tal como se desprende del art. 17. 1 del Estatuto de Roma, aun cuando un asunto este siendo o ya haya sido investigado o enjuiciado en el Estado que tiene jurisdicción sobre él, la Corte podrá determinar la admisibilidad de ese asunto para someterlo a su competencia cuando el Estado en cuestión no esta dispuesto o no puede realmente llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, o aun cuando, habiendo sido ya enjuiciada la persona de que se trate, el proceso haya obedecido o se hubiera desarrollado con la intención de impedir que el acusado haga frente a su responsabilidad penal (art. 20.3).

que los órganos judiciales internos tienen capacidad y disponibilidad para ejercer su jurisdicción, y por tanto para investigar y enjuiciar el asunto (45).

Pero, en todo caso, el fin último del Estatuto de Roma no es conseguir que los crímenes de su competencia sean procesados ante la Corte; el presupuesto del que se parte y conforme al que se concibe la existencia de la CPI es el contrario, es decir se confía en que la jurisdicción será ejercida normalmente a través de los Tribunales nacionales. Más bien, como se ha dicho, el fin último del Estatuto es el proveer una fuente de normas y criterios y un incentivo a las autoridades nacionales para la investigación y enjuiciamiento de esos crímenes .

Y desde esta perspectiva, si un Estado busca ejercer su jurisdicción sobre los autores de crímenes de guerra, genocidio, o crímenes contra la humanidad, paralizando, así, el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional, deberá contar, ante todo, con los instrumentos técnicos, legislativos y judiciales, necesarios para demostrar que el ejercicio de su jurisdicción es realmente posible —desde un punto de vista tanto procedimental como sustantivo—, siendo, concretamente, capaces los Tribunales internos de realizar las imputaciones oportunas de conformidad con los tipos y definiciones de crímenes contenidos en el Derecho internacional penal. En particular, las definiciones y principios contenidos en el Estatuto de Roma han de encontrar su adecuado reflejo en las legislaciones internas de los Estados, toda vez que cuando —conforme, como ya hemos visto, al principio de complementariedad— la Corte haya de determinar si un asunto es o no admisible, procediendo, por tanto, a apreciar, concretamente, la «disponibilidad» y/o «capacidad» del Estado que dice estar ejerciendo su jurisdicción para conocer eficazmente del mismo, se habrá de valorar no sólo si los Tribunales internos tienen competencia (principio de justicia universal), sino

---

(45) La Corte habrá de realizar su valoración sobre la *indisponibilidad y/o incapacidad* de los Tribunales internos, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho internacional, a la luz de elementos y circunstancias como los siguientes: que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; que el proceso no haya sido o no este siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o este siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia (art.17.2.a, b y c); y aun desde la perspectiva de la incapacidad para investigar o enjuiciar, se examinara si el Estado (debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella), no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no esta por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio (art.17.3).

también si la legislación del Estado permite incriminar debidamente al presunto culpable y llevar a acabo de forma operativa el acto de enjuiciamiento, lo que implica, concretamente, que el derecho material —y en particular la definición y contenido de los tipos penales— se ajuste, como mínimo, a lo establecido en el propio Estatuto de Roma (46).

---

(46) Resulta a todas luces patente que este instrumento internacional, mas allá de su naturaleza básicamente procedimental, representa una importante contribución a la regulación material de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Sin duda, no pasa en modo alguno desapercibido el hecho de que en el mismo se contienen muy importantes disposiciones sustantivas relativas a los más relevantes tipos penales internacionales, procediendo no sólo a fijar las definiciones y el contenido de cada una de estas figuras sino también a establecer los principios generales, las circunstancias eximentes, y aun las penas. Ciertamente, el valor del Estatuto de Roma radica, ante todo, en el hecho de que procede por primera vez a codificar y desarrollar de forma sistemática los más graves crímenes internacionales, contribuyendo, así, no sólo a superar la dispersión instrumental que hasta el momento regia su regulación, sino también la indefinición e inconcreción que en cuanto a su contenido generaba el carácter meramente consuetudinario de alguna de estas figuras. En particular, y en cuanto a los *crímenes de guerra*, si bien en su regulación es posible detectar, como ha sido ampliamente destacado por la doctrina, muchas «sombas», también son muchas las «luces» que de la misma se desprenden. Sobre todo, mediante la fijación de cuatro grandes categorías de crímenes de guerra —infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, y otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados no internacionales—, se ha producido un extraordinario esfuerzo de sistematización y esclarecimiento de todas estas actividades criminales; trascendiendo, además, de forma particularmente relevante, el reconocimiento que, conforme al camino ya marcado por los Tribunales penales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, se realiza sobre la responsabilidad por crímenes en los conflictos armados no internacionales. Aunque tampoco hay que desconocer que si bien los crímenes de guerra que enumera el Estatuto de Roma en su artículo 8 comprenden las más importantes conductas así reconocidas dentro de dichas categorías delictivas, estas no alcanzan, sin embargo, a cubrir todos los comportamientos calificados como tales por el Derecho internacional humanitario. Ciertamente, algunas de las definiciones del Estatuto de Roma reflejan la evolución que ha experimentado el Derecho internacional humanitario desde la adopción de los primeros instrumentos internacionales que regulan dicho ámbito normativo, pero aun así se descubren ciertos vacíos, al tiempo que se advierte como ciertas definiciones son menos progresistas y no alcanzan los estándares más recientes adoptados por otros instrumentos internacionales. Para un análisis sobre la definición de los crímenes de guerra contenida en el Estatuto de Roma ver, en particular, JORGE URBINA, J: «Sobre la noción de crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en *Hacia una Justicia Internacional*. XXI Jornadas de Estudio (9 a 11 de junio de 1999). Abogacía General del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Madrid. 2000, pp. 635-654; GUTIERREZ ESPADA, C.: «La contribución del Estatuto de Roma (1998) sobre la Corte Penal Internacional a la consolidación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario», en *Derecho y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año V, num. 9, julio-diciembre 2000, pp. 322 y ss; PIGNATELLI Y MECA, F.: «Los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», en *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados* (Ramón Chornet, coord.).

Hay que admitir, por todo ello, que el Estatuto de Roma, la puesta en funcionamiento de la CPI, va a servir de *estimulo*, de *aliento*, a los Estados para dotarse de las herramientas jurídicas capaces de permitirles ejercer eficazmente su jurisdicción —con base, concretamente, en el principio de justicia universal—, procediendo, así, a adaptar y desarrollar plenamente sus legislaciones internas conforme a los compromisos internacionales derivados del Derecho internacional penal, y a las disposiciones de carácter sustantivo que, sobre todo en materia de definición de los crímenes se contienen en el propio Estatuto de Roma. Los Estados han de proceder, por tanto, a ajustar sus ordenamientos jurídicos a las disposiciones sustantivas contenidas en el Estatuto de Roma, asegurando que el Derecho interno prohíbe, como mínimo, la misma gama de conductas; lo que determina que este instrumento se presente como un importante parámetro de referencia para la *armonización* de la legislaciones internas, y por tanto como el motor de arranque de una práctica legislativa que habrá de servir al mismo tiempo para generar —de forma rápida y acelerada, y con base en la *opinio iuris* de los Estados ya expresada con motivo de la propia adopción del Estatuto de Roma— una significativa evolución del Derecho consuetudinario en la materia —y ello con independencia de que ciertos elementos o conductas que integran estas definiciones respondan ya al Derecho consuetudinario que el Estatuto de Roma (desde su adopción) ha contribuido a declarar o cristalizar— (47)

## 2. LA ACTUACIÓN DE LAS JURISDICCIONES PENALES NACIONALES (CONFORME AL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL) COMO LA ÚNICA OPCIÓN PARA LA REPRESIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA COMETIDOS EN TERCEROS PAÍSES.

Además, la intervención de las jurisdicciones nacionales (a través del principio de justicia universal) no sólo se nos revela como una alternativa

---

Valencia. 2002, pp.237— 317; PELLANDINI, C.: «Los crímenes de guerra», en *La Justicia Internacional: una perspectiva iberoamericana*. (Yáñez-Barnuevo, coord.) Madrid, 2001, pp. 115-126; y nuestro trabajo: «Hacia un fortalecimiento de los mecanismos de represión de crímenes de guerra. Responsabilidad internacional del individuo, Tribunales Internos y Corte Penal Internacional», *cit.*, pp. 168 y ss.

(47) En este sentido advierten B. SIMMA y A. PAULUS que, si bien el Estatuto de la CPI precisa de forma expresa que sus definiciones de crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, no valen mas que ‘a los efectos del Estatuto’, «ceci ne modifie en rien le fait que les de définitions du Statut auront une grande influence sur le développement du Droit international pénal coutumier» («Le rôle relatif des différentes sources du Droit International Pénal (dont les principes généraux de Droit)», en *Droit International Pénal*, (Ascensio H., Decaux E., Pellet A., dir), *cit.*, p. 60.

(de carácter preferente) a la competencia de la CPI, sino que en algunos supuestos y en ciertas circunstancias se presenta como la única opción posible para enjuiciar a los presuntos culpables de crímenes de guerra (así como de otros crímenes internacionales).

Ante todo no podemos olvidar que una de las más estrictas limitaciones que se imponen en el Estatuto de Roma a la capacidad de actuación de la CPI radica en el hecho de que la competencia de la Corte sólo podrá ser ejercida —salvo en el supuesto de que la remisión del asunto haya sido efectuada por el Consejo de Seguridad— si el Estado en cuyo territorio se hayan cometido los crímenes o el Estado del que sea nacional el acusado del crimen son partes en el Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte respecto del crimen de que se trate, mediante declaración depositada en poder del Secretario (48). El Estatuto de Roma no consagra, así, como algunos hubieran deseado, el ejercicio de la competencia de la Corte con base en una jurisdicción universal (49); lo que determina que ante la parálisis a la que forzosamente se vera sometida en estos supuestos la CPI, habrá que seguir confiando como hasta ahora en el papel de las jurisdicciones nacionales, y fundamentalmente en la intervención de Tribunales internos actuando conforme al principio de universalidad, toda vez que muy presumiblemente el Estado del territorio en el que se ha cometido el crimen o el Estado de la nacionalidad del acusado —en la medida en que han decidido no ser parte en el Estatuto, y llegado el momento no prestar, tampoco, su consentimiento a favor de la competencia de la Corte— están claramente avocados a representar trágicos escenarios de impunidad.

Nos encontramos, por tanto, ante un conjunto de limitaciones de orden competencial a las que además hay que sumar las derivadas del *principio de irretroactividad* que expresamente reconoce el Estatuto de Roma en su art.11.1, al disponer que la Corte tendrá competencia únicamente respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor

---

(48) Artículo 12.2 y 3) del Estatuto, donde se fijan las condiciones previas para el ejercicio de la competencia.

(49) La competencia de la Corte es automática, en la medida en que según se dispone en el art.12.1 «El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el art.5», pero no es universal conforme a lo previsto, según vimos, en el art.12.2 y 3. Sólo cuando haya sido el Consejo de Seguridad el que, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido un crimen internacional (de los que son objeto de competencia de la Corte) (art.13.b), la Corte dispondrá de una competencia universal (según se deduce del art. 12.2). Tampoco hay que olvidar que en la misma medida en que el Consejo de Seguridad puede asegurar la competencia de la Corte, también puede paralizar su actuación (art.16).

del Estatuto (50). Sólo igualmente la intervención de los Tribunales nacionales, por medio fundamentalmente del principio de jurisdicción universal, permitirá asegurar la represión de todos aquellos crímenes cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto, salvando así cualquier frustrante sentimiento de impotencia frente a la impunidad. Pero es más, incluso a partir de la entrada en vigor (general o particular) del Estatuto, el art. 124 permite a las partes excluir durante un periodo de siete años la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra cometidos por sus nacionales o en su territorio, lo que, una vez más, va a determinar la necesidad de seguir confiando en el ejercicio de una jurisdicción universal de cara a la persecución y enjuiciamiento de estos crímenes.

A la vista, en definitiva, de las tan importantes restricciones en torno a las que se diseña el Estatuto de Roma, y que de forma tan estricta van a encorsetar la capacidad de actuación de la CPI, es posible reafirmar que la actividad de los Tribunales internos por medio del ejercicio del principio de justicia universal parece seguir concibiéndose como un mecanismo de singular interés en orden a la represión de los crímenes internacionales.

#### IV. LOS EFECTOS DINAMIZADORES DEL ESTATUTO DE ROMA: LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL SOBRE CRÍMENES DE GUERRA EN LA RECIENTE PRÁCTICA LEGISLATIVA Y JUDICIAL DE LOS ESTADOS. TENDENCIAS PROGRESISTAS...PERO TAMBIÉN REGRESIVAS.

##### 1. LOS AVANCES EN LA PRÁCTICA LEGISLATIVA Y JUDICIAL DE LOS ESTADOS. EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL POR RELACIÓN A UN CADA VEZ MÁS AMPLIO ELENCO DE CRÍMENES INTERNACIONALES.

El Estatuto de la CPI va a servir, en efecto, a los Estados de *aliciente* para adaptar debidamente sus legislaciones a sus compromisos jurídico internacionales, tanto desde la perspectiva de las adaptaciones legislativas sustantivas, como en cuanto al establecimiento de su capacidad competen-

---

(50) Precizando a su vez el art. 11.2 que si un Estado se hace Parte en el Estatuto después de su entrada en vigor «la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado...» Disponiendo a su vez, y desde la perspectiva de la no retroactividad *ratione personae*, el art. 24.1 que «nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

cial por la vía del principio de justicia universal. Ciertamente el proceso de implementación del Estatuto de Roma en el Derecho interno va a ofrecer una excelente oportunidad a los Estados para proceder a acomodar sus ordenamientos jurídicos a las categorías criminales tipificadas en dicho instrumento, incorporando, así, las destacadas innovaciones que, en particular, y además de los crímenes contra la humanidad, se aprecian en la regulación de los crímenes de guerra, aunque también atendiendo a otras conductas delictivas que si bien encuentran su reconocimiento en diversos instrumentos del Derecho Internacional Humanitario, no han sido plenamente incorporadas a las definiciones del Estatuto de la CPI.

Y en esta línea ya es posible descubrir una reciente y progresiva práctica legislativa en virtud de la cual los Estados, reconociendo el principio de justicia universal, han procedido —o están en vías de hacerlo— a incorporar o ajustar estos tipos penales conforme, como mínimo, a las definiciones y principios contenidos en el Estatuto de Roma; lo que, sin duda, viene a demostrar los efectos dinamizadores que suscita este importante instrumento internacional. Los Estados vienen acompañado el proceso de ratificación del Estatuto de la CPI con normas internas de implementación, en virtud de las cuales al tiempo que se sancionan numerosas normas nacionales de cooperación con la Corte (relativas a todas las etapas de la investigación y el enjuiciamiento), también se procede a incorporar a sus leyes nacionales los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma, recurriendo a una doble técnica legislativa: bien mediante una tipificación expresa de las distintas conductas punibles, o mediante una fórmula de remisión al orden jurídico nacional, de los crímenes previstos en el Estatuto.

En todo caso, como expresión de ese importante activismo legislativo practicado, durante estos últimos años, por un ya amplio número de Estados pertenecientes a muy distintos escenarios regionales, cabría destacar aquí —y sólo a modo de muestreo— las disposiciones legislativas —ya aprobadas o en vías de tramitación parlamentaria— de África del Sur, Alemania, Argentina, Australia, Ecuador, Estonia, Finlandia, Holanda, Italia, Nueva Zelanda, República Democrática del Congo, Uruguay... (51).

---

(51) Sobre esta práctica estatal ver las Bases de Datos e Informes elaborados, entre otras, por las siguientes organizaciones:

*Coalition for the International Criminal Court* (<http://www.iccnw.org/resource-tools/ratimptoolkit.html>);

*Human Rights Watch* (<http://www.hrw.org/campaigns/icc/implementation.htm>);

*Amnesty International* (<http://web.amnesty.org/web/web.nsf/pages/implementation>); (ver también su Informe sobre «*Universal jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation*» IOR 53/002-018/2001);

Esta reciente práctica legislativa nos demuestra, ante todo, una progresiva tendencia de los Estados a concebir el valor del Estatuto de Roma desde esa dinámica de complementariedad entre la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales, en virtud de la cual el alumbramiento de la CPI antes que producir un efecto de desactivación o arrumbamiento del papel de las jurisdicciones nacionales en la represión de crímenes internacionales (crímenes de guerra) viene por el contrario a reafirmar y fortalecer (desde un compromiso, sin duda, de cooperación con la Corte) la responsabilidad primaria de los Tribunales internos para conocer de la comisión de tales hechos delictivos por la vía del principio de justicia universal. Advirtiéndose también un mayor activismo judicial, tal como, fundamentalmente, se viene apreciando a partir de mediados de las 90 por parte de Jueces y Tribunales de distintos países; y de lo que da buena prueba no sólo el arresto de criminales de guerra ordenados por los Tribunales de la exYugoslavia y Ruanda, sino también los procesamientos iniciados por los propios Tribunales nacionales de Alemania (asuntos Djajic, Sokolovic, Kusljic, Jorgic...), Dinamarca (asuntos Saric, Nizar al-Khazraji...), Suiza (asunto Niyonteze), Austria, Bélgica, Holanda,... (52); trascendiendo, como ya advertimos más atrás, la necesidad de superar los graves obstáculos que muchas veces paralizan la capacidad de intervención judicial por efecto, entre otras razones y circunstancias, de la falta de cooperación entre los Estados en materia de investigación y asistencia judicial

## 2. TENDENCIAS TAMBIÉN REGRESIVAS...PERO NO CONSOLIDADAS

No hay que silenciar, sin embargo, que las prácticas revisionistas desarrolladas ya por un amplio número de Estados, si bien, como acabamos de advertir, son expresivas en su mayoría de una dinámica *progresista* por la que se busca afianzar —en consonancia con los parámetros y principios

---

*Council of Europe* (<http://www.legal.coe.int/criminal/icc>);

*The International Committee of the Red Cross (ICRC)* <http://www.icrc.org/ihl-nat>

Sobre esta reciente práctica legislativa ver nuestro trabajo: «Hacia un fortalecimiento de los mecanismos de represión de crímenes de guerra. Responsabilidad internacional del individuo, Tribunales Internos y Corte Penal Internacional», en la obra colectiva *El Derecho Internacional Humanitario en una Sociedad Internacional en transición*, Cruz Roja Española-Torculo Edicions. Santiago de Compostela. 2002, pp. 89-219.

(52) Ver sobre estos casos la Base de datos del CICR: : <http://www.icrc.org/ihl-nat>. Para un análisis doctrinal de estos casos, ver en general: VAN ELST: *op. cit.*, pp. 830, 841-842, y 851-852.



sobre los que se asienta el Estatuto de Roma— el reconocimiento del principio de jurisdicción universal en su aplicación a un cada vez más amplio elenco de conductas criminales tipificadas como crímenes internacionales, también nos permiten descubrir otras experiencias que, por el contrario, representan tendencias de signo marcadamente *regresivo*, incluso por relación al sentido y alcance que el principio de universalidad ya habría encontrado en las propias legislaciones internas de estos Estados. Se trata de experiencias y tendencias (de carácter judicial y legislativo) que, aunque minoritarias, son practicadas por Estados que, como Bélgica y España, han venido siendo considerados, al menos hasta ahora, como referentes claves en la aplicación del principio de jurisdicción universal; aunque bien es cierto, como vamos a ver, que mientras Bélgica trata de restringir o limitar a condiciones o requisitos más estrictos la aplicación de su jurisdicción universal, España se podría estar encaminando por una alarmante senda de desarticulación y negación del principio de universalidad.

A. Los altibajos e incertidumbres de la práctica belga en torno a la jurisdicción universal facultativa. Del asunto Yerodia... al asunto Sharon... y más allá...

La Ley belga de 1993, relativa a la represión de las infracciones graves a las Convenciones de Ginebra de 1949 y a los Protocolos I y II de 1977, modificada por la Ley de 10 de febrero de 1999, relativa a la represión de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario, en la que, además de los crímenes de guerra, se tipifican los crímenes de genocidio y de lesa humanidad, se ha venido presentando durante estos últimos años como un referente básico en el escenario internacional en materia de jurisdicción universal, al reconocerse la competencia de los Fiscales y Jueces de instrucción belgas para investigar y conocer de todos aquellos asuntos relativos a la comisión de este tipo de crímenes internacionales con independencia de que el sospechoso se encuentre o no en territorio belga, mediante por tanto una regulación y aplicación amplia del principio de universalidad (art.7) (53); de lo que da buena prueba el importante activismo judicial

---

(53) Ciertamente, en el art. 7 de la *Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces conventions* (Chapitre II.— De la compétence, de la procédure et de l'exécution des peines) se dispone « Les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises... » (*Moniteur belge*, n° 157, 5 August 1993, p. 17751).

que han venido desplegando los Tribunales belgas durante estos últimos años, a través de un amplio número de investigaciones, persecuciones y procedimientos judiciales abiertos, incluso, contra representantes estatales en ejercicio o antiguos Jefes de Estados, de Gobierno, Ministros... (54), sin que, durante largo tiempo, ninguna instancia judicial o política hubiese puesto en duda la regularidad de tales actuaciones .

Pero sin duda la sentencia del TIJ, de 14 de febrero de 2002, en el *asunto Yerodia*, aunque, como ya hemos visto, no se ha pronunciado sobre la competencia universal de los Tribunales belgas, vendría a ejercer una influencia *perversa y tergiversada* sobre las posiciones de los Jueces belgas (e incluso, como vamos a ver, sobre los Tribunales de otros Estados, como España); iniciándose así una práctica judicial regresiva —aunque afortunadamente no consolidada—, por la cual los Tribunales, basándose en una remisión extraviada al pronunciamiento del TIJ, buscaron defender la imposibilidad de iniciar una investigación *in absentia* contra presuntos culpables de la comisión de crímenes internacionales —conforme, por lo demás, a su juicio, al propio sentido y espíritu de la Ley belga en materia de jurisdicción universal— (55).

---

(54) En el art. 5.3 de esta Ley se disponía que: «L'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente Loi», de ahí que entre los numerosos asuntos que conocen los Tribunales belgas por la comisión de crímenes internacionales, destaquen aquellos en los que los acusados son antiguos representantes estatales o incluso Jefes de Estado, de Gobierno, Ministros..en ejercicio (p.e., Presidente de Mauritania Maaouya ould Sid'Ahmed Taya; Presidente de Irak Saddam Hussein; Primer Ministro israelí Ariel Sharon; Presidente de Costa de Marfil Laurent Gbagbo; Presidente de Ruanda Paul Kagame; Presidente de la República del Congo Denis Sassou Nguesso; antiguo Presidente de Chad Hissène Habré...).

(55) Ciertamente, tras esta sentencia del TIJ, la *Sala de Acusación del Tribunal de Apelaciones de Bruselas*, examinando el caso del ex ministro de Asuntos Exteriores Yerodia, decidió el 16 de abril de 2002 que, el Juez de instrucción no tenía competencia para continuar investigando al acusado ni para dictar una nueva orden de detención por considerar que un examen de la historia legislativa de la Ley de 1993, tal como se había reformado al promulgar la ley de 1999, demostraba, en su opinión, que el Parlamento pretendía que los Tribunales belgas sólo pudieran iniciar una investigación criminal por conductas realizadas en el extranjero si el inculcado se hallaba presente en Bélgica (*Arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles, Chambre des Mises en Accusation*, 16 de abril de 2002). Y en esta línea, también en el denominado *asunto Sharon, Yaron y otros*, después de que el *Tribunal de Primera Instancia de Bruselas* admitiese a trámite la querrela presentada, el 18 de junio de 2001, por víctimas de los crímenes cometidos en 1982 en los campos de refugiados de Sabra y Chatila, contra Ariel Sharon, entonces ministro de Defensa de Israel y ahora Primer Ministro, así como contra Amos Yaron, en aquel tiempo general al mando de las fuerzas israelíes, y otros miembros del ejército de Israel y de la milicia cristiana falangista libanesa, por considerarlos responsables de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, la *Sala de Acusación del Tribunal de Apelaciones de Bruselas*, declaraba, el 26 de junio de 2002, inadmisibles las querrelas por considerar que el Parlamento no había pre-

Sin embargo, a la vista de estas decisiones judiciales, la adopción de una Ley interpretativa del artículo 7 de la Ley de 1993 por la que se venía a confirmar que la intención del Parlamento en el momento de aprobar la Ley de 1993 había sido permitir que se realizaran investigaciones de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos fuera de Bélgica, incluso no hallándose el sospechoso en el país (56), resultaría determinante para que el Tribunal de Casación en su sentencia de 12 de febrero de 2002 en el asunto Sharon, Yaron y otros —rechazando los argumentos del Fiscal General fundamentados, una vez más, en el hecho de que los acusados no se encontraban presentes en territorio belga, y revocando (parcialmente) la decisión de 26 de junio de 2002 del Tribunal de Apelaciones—, permitiese continuar la investigación y enjuiciamiento, si bien distinguiendo entre los casos de Amos Yaron y otros acusados y el de Ariel Sharon, en el sentido de que siendo éste último, Primer Ministro de Israel, disfruta de inmunidad personal durante el tiempo en que ocupe el cargo, lo que impide proseguir la acción criminal contra el acusado por genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, inmunidad de la que, por el contrario no disfrutaban los demás acusados, no requiriéndose, por tanto, para continuar las acciones judiciales la presencia de los mismos en el territorio belga (57).

Ahora bien, en última instancia, aunque los poderes legislativo y judicial belgas han querido ser fieles al sentido que inspira la Ley de 1993 (1999) en materia de jurisdicción universal, hay que reconocer que progresivamente ha ido calando en los círculos políticos y gubernamentales un espíritu reformista con el fin de sujetar a condiciones más estrictas el ejercicio de la jurisdicción universal por crímenes internacionales cuando el sospechoso no se encuentre en territorio del Estado; de lo que da buena prueba la adopción, el 23 de abril de 2003, de una nueva *Ley por la que se*

---

tendido otorgar competencias a los fiscales y jueces de instrucción para investigar crímenes internacionales no hallándose el acusado presente en Bélgica (Ver estas decisiones judiciales —incluidos informes y comentarios a las mismas— en las direcciones: <http://www.indictsharon.net> ).

(56) *Artículo 2: «L'article 7, alinéa 1<sup>o</sup>, de de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du Droit international humanitaire doit être interprété comme s'appliquant sans considération du lieu où l'auteur présumé du crime peut être trouvé». Ver esta Ley en: <http://www.senat.be>*

(57) Esta sentencia del Tribunal de Casación vendría a permitir activar otros asuntos pendientes ante tribunales belgas, entre los que fundamentalmente podríamos destacar el de Hissene Habre, antiguo Presidente de Chad —exiliado en Senegal— (<http://www.hrw.org/justice/habre/>)

*modifica la Ley 1993 (58)*, en virtud de la cual, si bien se sigue reconociendo que las jurisdicciones belgas son competentes para conocer de las infracciones previstas en la presente Ley, con independencia del lugar donde ellas hayan sido cometidas y de si el autor no se encuentra en Bélgica, se impide, sin embargo, que, como hasta ahora, las víctimas puedan presentar una denuncia directamente ante un juez de instrucción, en la medida en que la acción publica no podrá ser entablada más que a requerimiento del Fiscal General cuando: la infracción no haya sido cometida en el territorio del Reino; el presunto culpable no es belga; el presunto culpable no se encuentra en el territorio del Reino; y la víctima no es belga o no reside en Bélgica desde hace al menos tres años (art.7) (59).

## B) Las alarmantes tendencias revisionistas en la práctica española.

Pero sin duda resultan más alarmantes las prácticas revisionistas que se detectan en nuestro país, tanto por la vía de la más reciente doctrina sentada por el Tribunal Supremo, como por efecto de las medidas legislativas adoptadas con el fin de proceder a la implementación del Estatuto de Roma.

Aunque el art. 23.4 de la LOPJ ha sido interpretado en reiteradas ocasiones, como ya hemos visto, en el sentido de que atribuye a nuestros tribunales jurisdicción universal para conocer de aquellos asuntos relacionados con ciertos crímenes internacionales, aun cuando los presuntos culpables no se encuentren en territorio español (jurisdicción universal facultativa), la práctica judicial española parece mostrar, como decimos, evidentes signos de retroceso en la interpretación y aplicación del principio de justicia universal, sobre todo cuando en el denominado *asunto de Guatemala* —aunque relacionado fundamentalmente con la comisión de crímenes de genocidio—, tras el auto, de 13 de diciembre de 2000, dictado por el pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por el se declaraba el archivo de la denuncia presentada por víctimas de los hechos

---

(58) Ver «*Loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du Droit international humanitaire*» en <http://www.senat.be>

(59) Se procede igualmente a reformar el art.5.3 de la Ley de 1993 en el sentido de matizar, ahora, que la inmunidad internacional vinculada a la calidad oficial de una persona no impide la aplicación de la presente Ley mas que conforme a los límites establecidos por el derecho internacional, con el objetivo, obviamente, de reconocer la inmunidad personal de los jefes de Estado, de Gobierno y Ministros extranjeros durante el tiempo que ocupan su cargo.

acaecidos en Guatemala, entre 1978 y 1980 —calificados como constitutivos de delitos de genocidio, terrorismo y torturas— alegando, en virtud del «criterio de subsidiariedad», «que no procede el ejercicio *en este momento* de la jurisdicción penal española para la persecución de los referidos hechos...» (la cursiva es nuestra), el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de febrero de 2003 (60), sentaba una doctrina extraordinariamente *restrictiva* sobre el principio de justicia universal, realizando una interpretación *contra legem* del art. 23.4 de la LOPJ, al estimar que no sólo hace falta algún nexo o vínculo de conexión con un interés nacional que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción (cuando las víctimas del genocidio sean españolas) sino también que los presuntos culpables se encuentren en territorio español (61).

La sentencia, tal como se pondría de manifiesto, por un amplio número de magistrados de la Sala de lo Penal en su voto particular (62), mantiene, efectivamente, una *doctrina excesivamente restrictiva* en la aplicación del principio de justicia universal, toda vez que no respeta lo establecido para la persecución penal extraterritorial del delito de genocidio en el artículo 23.4º a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «...Los rigurosos límites establecidos por la resolución mayoritaria para la aplicación de la jurisdicción universal en materia de genocidio son, a nuestro entender, incompatibles con el tratamiento de este grave crimen contra la humanidad en nuestra legislación interna y

---

(60) *Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia Nº: 327/2003 Recurso de Casación Nº: 803/2001*. Una vez recurrido, el 28 de mayo de 2002, el auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000, el Tribunal Supremo en esta sentencia, aunque estima parcialmente el recurso, limita la admisión de la querrela exclusivamente al ámbito de los delitos de tortura y solamente contra ciudadanos españoles, por lo que en lo que se refiere al crimen internacional de genocidio contra la población maya, base de la querrela, la resolución del recurso desestima la posibilidad de aplicación de la jurisdicción española no sólo «por el momento», como decía el auto recurrido, sino de forma definitiva.

(61) De ahí que conforme a estos dos criterios el Tribunal procede a afirmar no sólo que «...no consta que ninguno de los presuntos culpables se encuentre en territorio español ni que España haya denegado su extradición. El ejercicio de la jurisdicción respecto de los hechos denunciados no podría basarse en estos datos» sino también que «No se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con este delito, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia, ni se aprecia, la comisión de un delito de genocidio sobre españoles. Tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes. Aunque se hayan visto seriamente afectados por hechos susceptibles de ser calificados como delitos distintos, cometidos en su mismo contexto histórico» (F.D. undécimo).

(62) VOTO PARTICULAR que formulan los Excmos. Sres Magistrados D. Joaquín Delgado García, D. José Antonio Martín Pallín, D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, D. José Antonio Marañón Chavarri, D. Joaquín Giménez García, D. Andrés Martínez Arrieta y D. Perfecto Andrés Ibáñez en el Recurso de casación núm 803/2001 (Genocidio maya).

en el derecho internacional» (63). Bien es cierto que se trata de una línea argumental que el propio TS no volvería a aplicar pocos meses más tarde en su sentencia de 20 de mayo de 2003 sobre el *caso Perú por genocidio* (64) —asunto suscitado por la querrela interpuesta, el 20 de noviembre de 1998, por el Comité de Solidaridad con el Perú de Cataluña, amparada en el principio de jurisdicción universal, por los delitos de genocidio, terrorismo, torturas y detención ilegal supuestamente cometidos por varias personalidades peruanas (Presidentes Alan García y Alberto Fujimori, Vladimiro Montesinos y por otros altos cargos civiles y militares), desde 1986 hasta la actualidad (65)—.

---

(63) *Id.*, F.D. primero. La necesidad de que las víctimas del genocidio sean españolas como requisito para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial resulta manifiestamente contraria a lo dispuesto en el art 23.4, pues es unánimemente reconocido que este precepto no se funda en absoluto en el principio de personalidad pasiva. Pero, aunque la regulación del principio de jurisdicción universal establecida en la LOPJ, no limita la aplicación de esta jurisdicción mediante la exigencia adicional de algún punto de conexión con un interés nacional, en la sentencia se recurre a argumentaciones fundamentalmente de *lege ferenda*, corrigiendo lo establecido en el art 23.4 a), al exigir la concurrencia de este requisito adicional: « La exigencia de algún vínculo o nexo de conexión entre los hechos delictivos y algún interés o valor de los ciudadanos del Estado que ejerza la jurisdicción universal, puede constituir un criterio razonable de autorrestricción para evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como un desgaste excesivo de los órganos jurisdiccionales nacionales cuya competencia se reclama. Pero únicamente será así si se aplica estrictamente como criterio de exclusión del exceso o abuso del derecho, no si se aplica como un modo de derogar en la práctica el principio de jurisdicción universal, convirtiendo la excepción en regla. Además, en cuanto a la necesaria presencia de los presuntos culpables en el territorio español, se advierte que los tratados internacionales establecen ordinariamente unas obligaciones internacionales de ejercicio de la propia jurisdicción en determinados supuestos, que constituyen un mínimo obligatorio y no un máximo, por ello no puede deducirse de los mismos una prohibición genérica de ejercicio de la jurisdicción universal frente a responsables que no se encuentren en el territorio nacional; la presencia de los responsables del delito en España sólo es necesaria para su enjuiciamiento, al no ser conforme al ordenamiento español el enjuiciamiento en rebeldía de estos crímenes: «... la presencia de los responsables en España no constituye una condición general para el ejercicio de la jurisdicción penal universal, sino un presupuesto de su practicabilidad, que puede alcanzarse mediante la extradición» (Ver F.D. séptimo, octavo y undécimo)

(64) *Tribunal Supremo. Sala de lo penal. Sentencia nº712/2003, de 20 de mayo de 2003, sobre el caso Perú por genocidio.*

(65) Con fecha 15 de junio de 2001 se dictó auto por el *Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional número 1*, en el que se rechaza la competencia para conocer de los hechos denunciados en el escrito de querrela presentada por la representación de la parte recurrente, interponiéndose recurso de reforma y subsidiario de apelación. Por el *Juzgado Central nº 1 de Instrucción* con fecha 20 de septiembre de dos mil uno, se dicta auto por el que se desestima el recurso de Reforma, remitiéndose la causa a la Audiencia Nacional para resolver la apelación. Con fecha 21 de enero de 2002 se dicta auto por el *Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional*, por el que se desestima el recurso de apelación; procediendo, finalmente, la *Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo* a desestimar el recurso de casación interpuesto en Sentencia nº 712/2003, de 20 de mayo.

El TS en esta sentencia vendría a estimar la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles no por razón de un no reconocimiento del principio de justicia universal sino por el hecho de que la necesidad de la intervención jurisdiccional conforme a dicho principio queda excluida cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de carácter universal cometido en su propio país, pudiendo hablarse en este sentido —según su parecer— de «un principio de necesidad de la intervención jurisdiccional, que se deriva de la propia naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal», de tal forma que «la aplicación de este principio determina la prioridad competencial de la jurisdicción territorial, cuando existe concurrencia entre esta y la que se ejercita sobre la base del principio de justicia universal» (66); siendo así que, al entender que «en el caso actual, existen datos... en el sentido de que el cambio político acontecido en el Perú ha determinado la iniciación de procesos penales contra varios de los querrelados, alguno de los cuales se encuentra o ha encontrado en prisión y otros, muy relevantes, en situación de rebeldía», procedería a resolver expresamente que la no aceptación de la necesidad de intervención de la jurisdicción española en virtud del principio de jurisdicción universal viene referida al «*momento actual*», lo que implícitamente supone admitir la posibilidad de una reapertura, en su caso, del procedimiento por parte de los tribunales españoles conforme al principio de justicia universal (67).

Más, en todo caso, en esa misma línea de «desactivación» del principio de jurisdicción universal contenido en nuestra LOPJ, parece situarse también la recientemente aprobada *Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional* (68), a la vista, sobre todo, de los principios en los que se busca fundamentar el juego de la delimitación de jurisdicciones entre la Corte Penal Internacional y los órganos judiciales nacionales.

Esta Ley procede, nada menos, que a desarticular y vaciar de contenido —con el parecer favorable del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) (69)— el principio de justicia universal reconocido en el art. 23.4 de la LOPJ, al establecer en el artículo 7.2 que los órganos judiciales españoles se abstendrán de iniciar todo procedimiento en el caso de recibir querrela o denuncia —y en su caso proceder de oficio el Ministerio

---

(66) Ver Sentencia, *cit*, F.D Sexto.

(67) *Id.*

(68) *Ley Orgánica 18/2003, de 10 diciembre de Cooperación con la Corte Penal Internacional* (BOE 11 diciembre 2003, núm. 296)

(69) Ver el Informe del *Consejo General del Poder judicial* al *Anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, en: <http://www.poderjudicial.es/CGPJ>

Fiscal—, cuando se den tres condiciones: —Que los presuntos autores no sean nacionales españoles —Que se trate de hechos sucedidos en otros Estados, —Que los delitos sean de la competencia de la Corte (70). Este precepto viene, en efecto, a «matizar», como advertiría el propio CGPJ, el principio de persecución universal y la competencia en materia penal de los Tribunales españoles que de modo general se contiene en el artículo 23 LOPJ, lo que implica una estrecha restricción a la extraterritorialidad de la ley penal española, conforme, a nuestro juicio, a una interpretación infundada del principio de complementariedad sobre el que se asienta, como sabemos, la competencia de la CPI (71).

---

(70) Art. 7. 2. Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio. 3. No obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes.

(71) Así, para el CGPJ «de acuerdo con el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y a diferencia de los tribunales *ad hoc* para la exYugoslavia y Ruanda, aquélla tiene *carácter complementario respecto de la jurisdicción del Estado en el que hubiere sido cometido el delito conforme al criterio del locus delicti*. Por lo tanto, el Tribunal Penal Internacional es una *institución complementaria* de la jurisdicción penal nacional, actuando *subsidiariamente* para el caso en que *el delito no fuere perseguido por el Estado en el que el delito se hubiere cometido*. De este modo, el principio de justicia universal, afirmado por los ordenamientos internos, no puede invocarse frente a la jurisdicción del Estado del lugar de comisión del delito internacional, que es en todo caso preferente; tampoco para el caso de que esté establecido un Tribunal Penal Internacional, al que habrán de cooperar los correspondientes Estados de la comunidad internacional». De acuerdo con un planteamiento como este la preferencia de la jurisdicción española frente a la de la Corte sólo podría invocarse en los casos en los que: —el hecho hubiese acaecido en territorio español (se trata de la aplicación del *principio de territorialidad*.— ostente el presunto responsable la nacionalidad española (principio de *personalidad activa* a menudo vinculado con la prohibición de extradición de nacionales). En los demás casos, presentada denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal en relación con hechos sucedidos fuera del territorio español cuyos presuntos responsables no sean nacionales españoles, la preferente jurisdicción de la Corte, en los casos en los que tenga competencia objetiva por razón de la materia, determina que los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal deban abstenerse de todo procedimiento y limitarse a remitir al denunciante al Fiscal de la Corte conforme al artículo 15 del Estatuto de Roma. Se evita, de esta forma, según el parecer del CGPJ, «la *indeseable* situación en la que un órgano judicial español pueda afirmar su jurisdicción preferente a la de la Corte invocando el principio de justicia universal y que este Estado sea utilizado para perseguir un hecho internacionalmente relevante, sustrayendo el conocimiento del asunto a la Corte Penal Internacional».



En cuanto, por otra parte, a las necesarias adaptaciones que debe experimentar nuestro Derecho sustantivo conforme, como mínimo, a las conductas criminales tipificadas en el Estatuto de Roma , hay que destacar también las cuando menos tímidas reformas que se contienen en la nueva *Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (72); pues aun cuando en su Exposición de motivos se afirma que «se definen y regulan los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional», hay que señalar que más allá de este ejercicio de autocomplacencia, resulta a todas luces evidente que, frente al interés que, sin duda, encierra la inclusión de un nuevo artículo 607 bis (capítulo II bis) relativo a los «delitos de lesa humanidad» (pero que no alcanza a comprender todas las conductas delictivas recogidas en el art. 7 del Estatuto), las reformas que se introducen en el ámbito de los crímenes de guerra («De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», Capítulo III) se reducen, fundamentalmente, a la introducción de un nuevo artículo 614 bis que queda redactado como sigue: «Cuando cualquiera de las conductas contenidas en este capítulo formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala, se aplicarán las respectivas penas en su mitad superior (73); detectándose así una respuesta sólo muy parcial por relación a las expectativas de adaptación de los artículos 608 a 614 de nuestro Código Penal a las conductas delictivas recogidas en el

---

Se trata, como decimos, de una interpretación del principio de complementariedad que no se ajusta al objeto y fin del Estatuto, y que ni siquiera podría encontrar su fundamento —aunque no lo aproveche el CGPJ al hilo de las tan frágiles argumentaciones que en este punto incluyen en su Informe— en el sentido tan restrictivo desde el que, como ya hemos visto , se busca a veces interpretar algunas cláusulas básicas del Estatuto, con el fin de limitar las posibles jurisdicciones competentes a la del Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el crimen, o a la del Estado del que sea nacional el acusado, tal como así se hace con relación por ejemplo al alcance de expresiones —de alcance tan genérico, a nuestro modo de ver— como las que se contienen en los artículos 17.1 («Estado que tiene jurisdicción») y 18.1 (Estados que «ejercerían normalmente la jurisdicción»).

(72) *Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 del Código Penal* (BOE 26 noviembre 2003 ).

(73) Básicamente las modificaciones principales se concentran en la introducción, en el marco del Capítulo IV (Disposiciones comunes) del Título XXIV, de dos nuevos artículos (615 bis y 616 bis) que atienden a las disposiciones contenidas en los artículos 28 (Responsabilidad de los jefes y otros superiores) y 33 (Ordenes superiores y disposiciones legales) del Estatuto de Roma. Además hay que destacar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 (Imprescriptibilidad) del Estatuto de Roma, se modifica el artículo 131.4 del Código Penal, de acuerdo con la redacción siguiente: «Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado no prescribirán en ningún caso».

Estatuto de Roma (74)...Resulta a estos efectos muy ilustrativo comparar las reformas contenidas en la nueva Ley con las propuestas realizadas al respecto por el *Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española* mediante un informe sumamente detallado y definido en el que se propugnaba —de forma muy acertada— una modificación de las normas establecidas y conductas incriminadas, en particular, en los artículos 608 a 614 del Código Penal, atendiendo no sólo al Estatuto de Roma, sino también a otros instrumentos (ratificados igualmente por España) 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 26 de marzo 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... (75).

---

(74) Entre otras y por ejemplo: dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos 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 civiles o bienes civiles con arreglo al Derecho internacional de los conflictos armados /art.8.2.b) iii, y e) iii); utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares» /art.8.2.b)xxiii/; dirigir intencionalmente ataques contra edificios y material sanitario, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho internacional /art.8.2.b) xxiv, y e)ii/; cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra /art.8.2.b)xxii, y e)vi/; hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra /art.8.2.b) xxv/; reclutar o alistar a niños menores de quince años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades /art.8.2.b)xxvi y e)vii/ (debiendo en este último supuesto elevarse de quince a dieciocho años la edad de participación, de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo facultativo de la Convención de 1989 sobre los derechos de los niños relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000)....

(75) Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española: «Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, julio-diciembre 2001, pp. 87— 128. Ver también PEREZ GONZALEZ, M: «Un caso test en las relaciones entre el orden internacional y el interno: la adaptación de la legislación penal española a las exigencias del Derecho internacional humanitario», en *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI*. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa, *cit.*, pp. 533-544.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

La importancia de combatir la impunidad adoptando todas las medidas necesarias para que los autores de las violaciones de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio respondan ante la justicia, ofreciendo, por tanto, a las víctimas la posibilidad de un proceso justo y equitativo mediante el cual puedan investigarse, repararse y hacerse públicas esas violaciones, parece ir calando de forma cada vez más profunda en la conciencia pública internacional.

Es por ello, tal como ya advertíamos en las primeras páginas de este trabajo, que ante la dimensión y magnitud de las violaciones que del DIH se vienen produciendo en los conflictos armados del periodo de posguerra fría, trasciende una especial preocupación del medio social internacional por dotarse de instrumentos capaces de reprimir tales actos de inhumanidad y barbarie, potenciando, así, las dinámicas de cooperación internacional destinadas a exigir no sólo la responsabilidad internacional de las partes en conflicto, sino también la responsabilidad internacional de los individuos de cara a un efectivo enjuiciamiento de los culpables de tales crímenes internacionales.

En este contexto va a recobrar todo su valor y alcance la misión de hacer efectiva la obligación de «hacer respetar» las normas humanitarias, aplicando, ante todo, los mecanismos que los propios instrumentos convencionales articulan para exigir —además de la responsabilidad internacional del Estado, o de las partes en el conflicto— la responsabilidad internacional de los individuos, a través, fundamentalmente, del castigo de los mismos en aplicación del *principio de jurisdicción universal*.

Y aunque no parece fácil superar los recelos que tradicionalmente ha venido suscitando la aplicación, viva y operativa, del principio de universalidad, por el temor de los Estados, siempre centrados en intereses políticos y económicos, a invadir espacios de soberanía ajenos, es posible comprobar como desde estos últimos tiempos los Estados parecen depositar mayores dosis de confianza en los mecanismos de represión descentralizada, atendiendo al nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal que tiende a consolidarse. La más reciente práctica legislativa nos demuestra, tal como hemos puesto de manifiesto, una progresiva tendencia de los Estados a concebir el valor del Estatuto de Roma desde esa dinámica de complementariedad entre la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales, en virtud de la cual el alumbramiento de la CPI antes que producir un efecto de desactivación del papel de las jurisdicciones nacionales en la represión de crímenes internacionales.

les viene por el contrario a reafirmar y fortalecer (desde un compromiso, sin duda, de cooperación con la Corte) la responsabilidad primaria de los tribunales internos para conocer de la comisión de tales hechos delictivos por la vía del principio de justicia universal.

Además, el interés que encierra la reafirmación o reconocimiento que del principio de jurisdicción universal tiende a producirse de forma cada vez mas generalizada en las nuevas disposiciones legislativas de los Estados, hay que medirlo también desde la perspectiva del alcance de su ámbito de aplicación, en la medida en que la competencia para conocer de los tribunales internos por vía del principio de universalidad de los crímenes internacionales, no se limita a aquellas conductas delictivas tipificadas en los instrumentos convencionales en los que expresamente se afirma la regla *aut dedere aut iudicare*, sino que se extiende a todas aquellas otras categorías tipificadas y sistematizadas como tales en el Estatuto de Roma y aun, en términos más generales en el Derecho internacional penal. Lo que permite vislumbrar una evolución, por vía consuetudinaria, del alcance del principio de justicia universal en materia de represión de crímenes internacionales, como resultado de un proceso de armonización de las legislaciones estatales por el que se toma como parámetro de referencia básico o mínimo el Estatuto de Roma, y por tanto los crímenes de la competencia de la Corte.

**EL DERECHO MILITAR DEL SIGLO XXI (Segunda Parte):  
LA ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR.  
DIVERSOS SISTEMAS DE DERECHO Y LEGISLACIÓN  
COMPARADA**

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto  
*Doctor en Derecho. General Consejero Togado*

*SUMARIO*

I. Pórtico. II. Consideraciones generales. III. La organización de la jurisdicción militar en el Derecho y legislación comparadas. 1. Determinaciones previas. 2. El sistema anglosajón. 3. El sistema latino. 4. El sistema de Salas militares en la Jurisdicción ordinaria. 5. La Jurisdicción militar excepcional. 6. El sistema de los países iberoamericanos. 7. El sistema de los países socialistas. 8. Conclusiones. IV. Conclusiones de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre.

**I. PÓRTICO**

*«Entre los recuerdos de mi niñez gallega me viene a la memoria el espectáculo del desplume del pollo. Las hábiles manos de la fornida cocinera, sentada en la «lareira», arrancaban una a una las plumas del ave destinada a la cazuela y el pollo, poco a poco, perdía la altiva apariencia que lucía en el corral y mostraba una triste desnudez...»* (De una antigua publicación de la Sociedad Económica Gallega de Amigos del País).

El presente estudio no pretende analizar la organización de la Jurisdicción Militar en España, sino presentar objetivamente la descripción de

diversos sistemas vigentes de Justicia Militar, según el Derecho y la legislación comparada en los albores del siglo XXI. Es continuación de las reflexiones, publicadas en el nº 77 de esta Revista, bajo el título de «El Derecho Militar del siglo XXI: *Un proyecto de Código Penal Militar complementario*». Dos acontecimientos han hecho renacer el antiguo interés del autor por la materia (1). Por una parte, el Seminario de Rodas (10 a 14 de octubre de 2001) organizado por la *Société Internationale de Droit Militaire et Droit de la Guerre*, justamente sobre la organización de la Jurisdicción Militar en distintos países (2). Por otra, la reciente celebración en Madrid (octubre de 2003) de la «*IV Reunión de Expertos de Países Iberoamericanos sobre el sistema de garantías judiciales del Derecho Internacional Humanitario, con especial referencia a la Jurisdicción Militar*».

En definitiva, no debemos olvidar que en numerosos países de nuestro entorno occidental europeo no existe una Jurisdicción militar dentro del territorio nacional en tiempos de paz o normalidad, bien porque ha sido suprimida o está en trance de serlo. Son ejemplos muy relevantes: Francia, Alemania, Portugal, Austria, Suecia, Noruega, Dinamarca, Bélgica y próximamente Italia. En otros países (Finlandia y Países Bajos) la Justicia Militar se imparte en Salas especiales incardinadas en la Jurisdicción ordinaria. Por lo menos en Europa puede hablarse sin exageración de la progresiva desaparición de la organización clásica de la Jurisdicción militar en situaciones de normalidad. En contraste pervive en los sistemas de corte anglosajón y en los países iberoamericanos, de cuya organización daremos cumplida noticia.

## II. CONSIDERACIONES GENERALES

Es bien sabido que corresponde a la doctrina italiana el mérito de explicar el fundamento de la Jurisdicción militar en la naturaleza de las Fuerzas Armadas y en el derecho que aplica (el Derecho Militar). Así, la naturaleza de las Fuerzas Armadas constituye el presupuesto básico donde se asienta el Derecho Militar como ordenamiento jurídico peculiar y distinto del ordinario.

---

(1) José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto «Estudio de Derecho comparado sobre la organización de la Jurisdicción militar en diversos países», en *Revista Española de Derecho Militar* nº53 (enero-junio, 1989), Tomo I, pp. 57-74.

(2) S. Horvat, «La Jurisdiction militaire en Droit comparé», en «*Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*», Volúmenes 1-2, nº 40, año 2001, pp. 211 a 225.

Ahora bien, ésta base de partida necesita ser matizada para afirmar que las Fuerzas Armadas, se comparta o no la tesis institucional, carecen de la autonomía propia de los poderes del Estado. Sencillamente porque no son un poder del Estado y, por tanto, no pueden configurarse como una especie de núcleo autónomo, ni como una sociedad perfecta y completa dentro del Estado dotada, en particular, de un poder judicial propio (la Justicia militar) e independiente del mismo Poder Judicial del Estado.

Y, además, el ordenamiento jurídico interno de las Fuerzas Armadas (el Derecho Militar) no puede ser regulado con independencia del resto de las normas del Estado. El principio de la unidad del ordenamiento jurídico es uno de los fundamentos del Estado de Derecho y de él se deriva el carácter complementario de las normas penales y procesales militares respecto de las comunes.

El doble fundamento de la jurisdicción militar se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la organización y competencia de la Jurisdicción Militar de España, cuando la justifica por el ámbito en que se mueve (las Fuerzas Armadas) y por el derecho que aplica (el Derecho Militar).

Nadie lo expresó con mayor acierto que Landi (3) cuando escribió que las Fuerzas Armadas no son un sujeto de derecho ni un poder del Estado, por lo que no existe una voluntad de las Fuerzas Armadas distinta de la voluntad del mismo Estado como poder político jurídicamente organizado. Y por ello:

a) Las normas de las Fuerzas Armadas no son una manifestación de su autonomía, sino partes del ordenamiento jurídico del Estado, subordinadas a los mismos principios constitucionales y emanadas del poder legislativo (leyes), del Gobierno o de la administración Militar (potestad reglamentaria).

b) Los órganos políticos, administrativos o técnicos de las Fuerzas Armadas forman parte del Poder ejecutivo del Estado y de la Administración Militar, dirigidas por el Gobierno.

c) La jurisdicción Militar forma parte, como Jurisdicción especial (o como Poder Judicial especial, en aportación de Gómez Colomer) del Poder Judicial del Estado, sin que la Justicia Militar se pueda configurar como una jurisdicción excepcional (prohibida por la Constitución española), corporativa o meramente disciplinaria.

Finalmente es hora de preguntarse por el fundamento de la Jurisdicción militar en los albores del siglo XXI, una vez superado históricamen-

---

(3) Guido Landi, «Manuale di Diritto e di Procedura Penale Militare», Milano, 1976, pp. 5 y 6.

te el clásico aforismo de «quien manda juzga», certeramente criticado por Jiménez Jiménez en la doctrina española (4). Para este autor «el principio del juez natural», la «mayor rapidez en el enjuiciamiento» y la función de «asegurar la disciplina» son el fundamento actual de un sistema actual de Justicia Militar.

Un conocido autor norteamericano, J. Bishop Jr. (5) resume así las razones fundamentales para la existencia de un sistema separado e independiente de Justicia militar:

a) Necesidad de contar con un dispositivo rápido y sumario para el mantenimiento de la disciplina.

b) El hecho de que para dictar una sentencia por delitos militares puede exigir la aportación de expertos y especialistas militares.

c) La circunstancia de que las Fuerzas Armadas pueden hallarse estacionadas en el exterior de su país, fuera de la jurisdicción de sus Tribunales nacionales.

A estas razones hay que añadir la de la eficacia de las Fuerzas Armadas en cumplimiento de sus misiones, que ya destacó Groizard (6), Rodríguez Devesa (7) y, modernamente, Fernández Segado (8).

### III. LA ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN EL DERECHO Y LA LEGISLACIÓN COMPARADAS

#### 1. DETERMINACIONES PREVIAS

El seminario de Rodas (Grecia) de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre celebrado durante los días 10 a 14 de octubre de 2001, se dedicó al estudio de la organización de la Jurisdicción militar en los diferentes países. Los trabajos de esta reunión se basaron en las respuestas de los diversos grupos nacionales a un detallado cuestionario elaborado por la «Société» que comprendía la legislación

---

(4) Francisco Jiménez Jiménez, «Introducción al Derecho Penal Militar», Civitas, Madrid, 1987, pp. 82 y ss.

(5) Joseph Bishop, Jr, Voz «Derecho Militar» en la «Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales», Madrid 1974, Tomo 3, p. 565.

(6) Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, «El Código Penal de 1870. Concordado y comentado», Tomo I, Burgos, 1870, p. 142.

(7) José M<sup>o</sup> Rodríguez Devesa, «Derecho Penal Español. Parte Especial», Madrid, 1983, p. 1.236.

(8) Francisco Fernández Segado, «La Jurisdicción Militar en la perspectiva histórica», en Revista Española de Derecho Militar n<sup>o</sup> 56-57, 1990-1991, Tomo I, pp.17 y 18.



aplicable, la composición de los tribunales y sus competencias, su personal, el procedimiento, el derecho a recurrir en apelación y revisión, la independencia de los tribunales y el procedimiento penal sumario, entre otras cuestiones.

El belga S. Horvat (9) es autor de un detallado informe resumen del seminario que ha sido tenido en cuenta, así como los «rapports» originales publicados en el «Recueil du Seminaire», para la elaboración y puesta al día del presente estudio, basado también en un antiguo trabajo publicado por quien esto escribe sobre los diversos sistemas de organización de la Jurisdicción militar en el Derecho comparado.

En los informes de los diversos países se ponen de manifiesto las características actuales de la jurisdicción militar. Así, el Teniente General Kossioris, Vicepresidente del Tribunal Militar de Grecia, estima que se trata de una jurisdicción dinámica o móvil, capaz de desplazarse a la vez que las fuerzas militares en el extranjero, que son su razón de ser. Por otra parte, los medios modernos de comunicación y transporte permiten trasladar rápidamente a los imputados a su país de origen (10).

En segundo lugar, numerosos informes nacionales justifican los tribunales militares por las necesidades de la disciplina, puesto que se pueden pronunciar más rápidamente sobre los hechos que los jueces ordinarios. Se menciona que el proceso militar dura meses, mientras que ese mismo procedimiento tarda años en la jurisdicción ordinaria.

Otra razón que justificaría una justicia militar independiente sería el conocimiento de la vida militar por parte de quienes integran (magistrados y ministerio público) los tribunales militares. Es decir, una justicia próxima o cercana a los hechos, cuestión que es importante como garantía de un proceso justo.

Sin embargo, en el momento actual, diversos países son sensibles a la demanda de la sociedad civil para reformar la organización de la jurisdicción militar e integrarla en la organización judicial común. Se alega que un Fiscal no militar no sufriría la influencia de las autoridades militares y promovería más eficazmente el respeto de los derechos humanos (civiles y políticos), derechos que no se garantizan plenamente cuando el procedimiento y el enjuiciamiento se realizan por militares. Siguiendo esta tendencia, la jurisdicción militar ha sido recientemente suprimida en tiempo de paz o normalidad en Bélgica, la República Checa y en Finlandia. Y según este autor, lo será próximamente en Italia y Dinamarca. A lo que hay

---

(9) S.Horvat, «*La Jurisdiction militaire en Droit comparé*», ob. cit. p. 211.

(10) A. Kossioris, en «*La Jurisdiction militaire en Droit comparé*», ob. cit. p. 211.

que añadir la anterior supresión del sistema de la Justicia Militar en Alemania, Austria, Francia, Portugal, Suecia, Noruega y Japón.

En otros países, como actualmente en Italia, Países Bajos y, en cierto modo, en España (Sala de lo Militar del Tribunal Supremo), los miembros militares son total o parcialmente integrados en Salas de lo Militar, constituidas en el seno de los Tribunales comunes.

La conclusión del Seminario es que no se puede hablar de la Jurisdicción militar sino de «las jurisdicciones militares», debido a que las soluciones nacionales difieren notablemente en cuanto a su organización, composición y competencias.

La mayoría de los 35 países examinados tienen tribunales, bien permanentes o «*ad hoc*» (constituidos para cada caso que debe enjuiciar), encargados de juzgar las causas relativas a los militares. En este sentido se puede hablar de tribunales permanentes, semi-permanentes o «*ad hoc*». Pero la principal distinción que debe hacerse es entre la organización de Tribunales Militares permanentes y el sistema de Consejos de Guerra o Cortes Marciales.

Por lo que se refiere a la composición del tribunal, en general el número es de tres o cinco miembros. Según los diversos sistemas hay mayoría de jueces militares, particularmente mayoría de oficiales ( 8 países y 3 más en tiempo de guerra), mayoría de miembros de los Cuerpos Jurídicos Militares, salas de lo militar en el seno de tribunales ordinarios (20 países) o un miembro militar en tribunales ordinarios (3 países y uno más en tiempo de guerra).

Asimismo, la mayor parte de los 35 países (22 y uno más en tiempo de guerra) tienen una instancia específica para el enjuiciamiento de los asuntos penales militares, aún cuando no exista en el país tribunales militares específicos para juzgar los casos relativos a los militares, que es el supuesto de varios de éstos 22 países.

Por lo que se refiere a los crímenes internacionales, J. Kleffner y C. Garraway (11) destacan que la mayoría de los Estados disponen de un doble sistema integrado por Tribunales ordinarios y militares (Argentina, Australia, Bélgica, Canadá, China, España, Hungría, India, Irlanda, Italia, Israel, Jordania, Nueva Zelanda, Polonia, Eslovaquia, Suiza y Ucrania). Únicamente Ruanda combina los Tribunales penales ordinarios con los

---

(11) Jann Kleffner y Charles Garraway, «*Rapport General*» del XVI Congreso Internacional de la *Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre* (Roma, 1 a 5 de abril de 2003), en «*Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*», nº42, vol.1-2, 2003, pp.107 y ss

Tribunales de Excepción. En tres Estados (Países Bajos, Noruega y Mali) los crímenes de guerra son juzgados por Tribunales mixtos (integrados por jueces militares y civiles), en tiempo de guerra. Sólo en ocho Estados, los crímenes internacionales son juzgados exclusivamente por los Tribunales ordinarios (Alemania, Austria, Dinamarca, Georgia, República Checa y Suecia), por los Tribunales militares (Túnez) o por Tribunales de Excepción (Mali).

Se debe poner de manifiesto que en casi todos los países existe un sistema (diferenciado según la categoría del infractor) para castigar con sanciones sumarias los delitos o faltas de menor importancia (incluso degradando al campo disciplinario los delitos menores). En muchos casos un auditor o jurídico militar debe ser oído previa y preceptivamente, o debe realizar el posterior control de legalidad.

La mayor parte de los países (28 en total) han establecido procedimientos disciplinarios para juzgar, frecuentemente en el ámbito de las unidades, las faltas menores o disciplinarias cometidas por militares.

La apelación contra una sanción disciplinaria puede ser formulada, según los casos, ante un superior o ante un tribunal militar, alternativa o sucesivamente, o bien ante un Consejo de Disciplina.

Tampoco existe uniformidad entre las diversas soluciones nacionales al tema del ámbito de la competencia de la Jurisdicción militar. En una tercera parte de los países examinados, los tribunales militares juzgan tanto los delitos militares como los delitos comunes cometidos por militares. En los restantes países los tribunales castrenses sólo enjuician los delitos militares o bien no existen tribunales militares.

Sintetizando las características mas importantes de la Jurisdicción militar, podemos clasificar (12) así los distintos sistemas de organización de la justicia militar:

- El sistema anglosajón
- El sistema latino
- Las Salas militares de la Jurisdicción ordinaria
- El sistema de jurisdicción excepcional

---

(12) Una clasificación clásica nos la ofrece John Gilissen en «Evolution actuelle de la Justice Militaire», en «*Recueils de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*», Congreso de Ankara (1979), Bruselas, 1981, Vol. I, pp. 27 y ss. Ver también, F. Jiménez Jiménez, «*Introducción al Derecho...*», ob. cit. pp. 115 y ss. Gildo Rodi, «*La Justicia Militar en tiempo de paz en los países pertenecientes a la N.A.T.O. y en España y Suiza*», en Revista Española de Derecho Militar nº 11 (1961). Pietro Verri, «*Storia della Giustizia Militare e Ordinamenti stranieri attuali*», en «*Manuale di Diritto e di Procedura...*», ob. cit. pp. 859 y ss.

- El sistema de los países iberoamericanos
- El sistema de los países socialistas

## 2. EL SISTEMA ANGLOSAJON

### 2.1. Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte

El régimen del Derecho Militar inglés (13), del que nace el sistema anglo-americano, se caracteriza fundamentalmente por la existencia de Consejos de Guerra y por la intervención de los Auditores («*Judge Advocates*») (14). Los Auditores militares forman un cuerpo judicial-administrativo de múltiples funciones (Consejero jurídico y, en su caso, Presidente en los Consejos de Guerra, fiscal, defensor o Asesor legal del mando).

En el sistema británico no existe una clara separación entre infracciones penales y disciplinarias. Los delitos menores pueden ser corregidos por el Mando (el «juicio ante el Comandante»), dejando a salvo el derecho del penado a ser juzgado por un Consejo de Guerra (15). Naturalmente las facultades del Comandante están limitadas por razón de la categoría militar del corregido o sujeto activo de la infracción, la naturaleza del delito, la pena y la categoría militar de la Autoridad militar sancionadora (16).

Los órganos de enjuiciamiento que administran la justicia militar en tiempo de paz son de dos clases: los Consejos de Guerra Generales y los Consejos de Guerra Regionales. Tanto unos como otros pueden pertenecer al Ejército de Tierra, a la Armada o al Ejército del Aire (17) y representan

---

(13) Charles D'Oliver Farran, «*Organización y procedimiento de los Tribunales militares británicos*», en Revista Española de Derecho Militar nº 2 (1956), pp. 69 y ss. James Stuart-Smith, «Jurisdiction with respect to penal, disciplinary and administrative matters in the forces in time of peace (Anglo-Saxon legal systems)», en «*Recueils de la...*», Ankara (1979), Bruselas 1981, ob. cit. pp. 215 y ss.

(14) R. Halse, «*Military Law in the United Kingdom*», en «*Military Law Review*», 1963, pp. 141 a 146. Joseph W. Bishop, Jr., Voz «*Derecho Militar*», en «*Enciclopedia...*», ob. cit. pp. 565 y 566. John Gilissen, «*Rapport General*», en «*Recueils...*», 1981, ob. cit. p. 49.

(15) J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto, en «*Prólogo*» a la obra «*Disciplina en las Fuerzas Armadas*», Tomo 41 de «*Halsbury's Law of England*», Madrid, 1986, Tomo I, pp. X y XII.

(16) John Gilissen, «*Rapport General*» en «*Recueils...*», ob.cit.pp.50 y ss. Ver también, E.J.D. Mac Brien, «*An oupline of Britsth Military Law*», en «*Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre*», Tomo XXII-1-2, 1983.

(17) Ver «*Halsbury's Law of England*», publicado en «*Derecho Penal Militar*», Tomo II, Documentación nº 31, Congreso de los Diputados, diciembre, 1984.

jurisdicciones no permanentes, puesto que son convocados para cada caso por orden de la Autoridad con potestad para ello. Normalmente el Comandante de una Gran Unidad (Autoridad superior militar).

El Consejo de Guerra General está compuesto por cinco Oficiales elegidos entre los pertenecientes al ejército correspondiente, que deben tener un mínimo de tres años de servicio. Cuatro al menos no pueden tener un grado inferior al de Capitán. Forma parte del Consejo de Guerra, un Consejero Jurídico («*Judge Advocate*») con la misión de asesorar al Tribunal sobre el derecho aplicable y hacer un resumen del debate.

El Consejo de Guerra General tiene una competencia personal que es la de juzgar a los Oficiales y una competencia material que consiste en enjuiciar a los demás militares cuando debe imponerse una pena de prisión superior a dos años. Puede dictar sentencias condenando a cualquier clase de pena prevista en las leyes penales militares.

El Consejo de Guerra Regional está compuesto, al menos, por tres Oficiales con mas de dos años de servicio activo. Su competencia se limita a juzgar a militares con graduación inferior a la de Oficial y no puede imponer penas superiores a dos años de prisión.

Los miembros de los Consejos de Guerra, tanto Generales como Regionales, salvo los Consejos Jurídicos, no poseen formación jurídica específica (aparte de los conocimientos generales de todo Oficial en materia de justicia militar), pero actúan como jueces de hecho y de derecho. Ahora bien, los fallos no son firmes hasta que son confirmados por la Autoridad militar que ordenó la convocatoria del Consejo de Guerra.

Los condenados por un Consejo de Guerra tienen derecho a interponer recurso de apelación ante el Tribunal Marcial de Apelación, que es un Tribunal civil que juzga siguiendo el procedimiento civil y falla sólo sobre cuestiones de derecho. Además el condenado tiene el derecho a hacer llegar una petición ante las Autoridades militares superiores, que son quienes deben confirmar la sentencia de los Consejos de Guerra.

El General de Brigada británico David Howell (18) aportó en el citado Seminario de Rodas el desarrollo de la jurisdicción militar del Reino Unido a la vista de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. En el caso Findley se estimó que había apariencia de parcialidad del Consejo de Guerra en la medida que el Oficial Comandante, había intervenido continuamente en el curso de la instrucción. Ahora el Oficial instructor es nombrado por la Reina y no por el Comandante y depende del fiscal ordinario cuando ejerce la acción penal.

---

(18) David Howell, en «*La Jurisdiction Militaire en Droit comparé*», ob. cit. pp. 219 y 220.

Como consecuencia de esta sentencia, el problema de la parcialidad de los Oficiales fue descartado por el establecimiento de un sistema de sorteo de los Oficiales que deben integrar un Consejo de Guerra para los delitos menores. Y además fue constituido un Tribunal de Apelación Sumaria (*Summary Appeal Court*), compuesto de un fiscal y dos oficiales.

Otros problemas planteados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos al funcionamiento de los Consejos de Guerra del Reino Unido, fueron los siguientes: la condición de oficial de todos los miembros de los Consejos de Guerra (asunto Schofield), la competencia de los Consejos de Guerra extensiva a los civiles (asuntos Martín et Saunby y asociados), la presidencia no permanente (asunto Hastie y asociados) y la propia integridad del sistema que ha sido puesta en cuestión (asunto Morris, actualmente en curso).

Para finalizar, el general Howell concluyó que, después de todas las modificaciones, los militares tienen actualmente mayores derechos procesales que los civiles.

## 2.2. Estados Unidos de América

En el Seminario de Rodas, el Coronel norteamericano J. Rueth (19) puso de manifiesto que el fin de la justicia militar es promover la justicia, contribuir al mantenimiento del orden y de la disciplina en el ámbito de las fuerzas armadas, promover la eficacia y la eficiencia del sistema militar y reforzar la seguridad nacional de los Estados Unidos.

Es bien conocido el Código Uniforme de Justicia Militar de 1950, que conserva su vigencia con ligeras modificaciones e incrimina tanto los delitos militares como algunas infracciones comunes, así como el Manual sobre los Consejos de Guerra, de capital importancia en materia de procedimiento («MANUAL FOR COURTS-MARTIAL, UNITED STATES»).

La peculiaridad del sistema de justicia militar americano consiste en que es el Comandante quien decide cuando y por qué delitos un militar será (o no será) sometido a un Consejo de Guerra. Este poder discrecional del Comandante se deriva de la responsabilidad del mando respecto del orden, disciplina y eficacia de su unidad. Ahora bien, un Oficial conseje-

---

(19) Jeanne Rueth, «*La Jurisdiction Militaire en Droit comparé*», ob. cit. pp. 217 y 218. Ver también, Rodrigo de Lorenzo Ponce de León, «*La ambigua naturaleza de lo disciplinario en el Derecho Militar de los Estados Unidos de América*», en *Revista Española de Derecho Militar* nº 82, julio-diciembre de 2003, pp. 149 y ss.

ro jurídico (Auditor, denominado «*Judge Advocate*») le asesorará y asistirá en su decisión y, a lo largo del procedimiento, velará por el control de la legalidad de las investigaciones y aportación de pruebas (20).

Los Tribunales militares norteamericanos no son permanentes sino establecidos «*ad hoc*» en el ejército respectivo del militar acusado. Los Consejos de Guerra, según la gravedad del delito, son: Consejos de Guerra Generales, Consejos de Guerra Especiales o Consejos de Guerra Sumarios.

En el aspecto orgánico corresponde la facultad de convocar un Consejo de Guerra General (integrado por cinco miembros militares y un oficial consejero jurídico del Cuerpo de auditores o «*Judge Advocate*») a los Jefes de División, de Flota o Unidad similar.

Los Consejos de Guerra Especiales, integrados por no menos de tres miembros militares, pueden ser convocados por los Comandantes de los Regimientos o de los Buques. Y los Consejos Sumarios, integrados por un solo Oficial, lo podrán ser por los Comandantes de las Compañías destacadas (21).

El inculpado puede elegir entre ser juzgado por un solo juez militar, por un tribunal compuesto de varios oficiales o, si es militar de tropa o marinería, por un tribunal integrado por oficiales o por militares profesionales. Concretamente, el acusado puede solicitar que una tercera parte de los integrantes del Consejo de Guerra procedan de tropa o marinería.

Un oficial del Cuerpo de auditores (*Judge Advocate*) actúa como fiscal y otro auditor se encarga de la defensa del inculpado, salvo que éste designe un abogado civil. Los Consejos de Guerra solo tienen competencia para imponer sanciones penales o disciplinarias, pero no pueden acordar la imposición de responsabilidades o indemnizaciones civiles, ni juzgar pleitos civiles.

Las sentencias de los Consejos de Guerra han de ser confirmadas por la Autoridad militar que lo ha convocado, tras un examen de la legalidad del procedimiento por parte del consejero jurídico del mando («*Judge Advocate*») (22).

---

(20) Ver «*The Army Lawyer: a History of the Judge Advocate General's Corps, 1775-1975*», Washington D.C. También, J.W. Bishop, Jr. Voz «*Derecho Militar*», ob. cit. p. 566.

(21) Rafael Alvarado, «*La administración de la Justicia Militar en las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América*», en Revista Española de Derecho Militar nº 1 (1956), pp. 57 a 64. S. Jorg, «*Amerikaans Militair Strafrecht*», en Revista Holandesa de Derecho Militar, 1985, pp. 41 a 60. George S. Prugh, «*The present evolution of military justice in the U.S.A.*», en «*Recueils...*», 1981, ob. cit. pp. 951 y ss.

(22) En el nº 16 de la Revista Española de Derecho Militar, John F.T. Murria describe la organización y funcionamiento de la Escuela del Cuerpo Jurídico del Ejército Norteamericano.

Las sentencias que impongan las penas mas graves (muerte, separación del servicio, privación de libertad por uno o mas años) pueden ser examinadas por el Tribunal de Revisión, cuyos miembros habrán de ser letrados no necesariamente militares, nombrados por el Auditor General (23).

El recurso de apelación puede ser formulado, indistintamente, ante el Tribunal Militar de Apelación, ante los Tribunales de Apelación de cada una de las fuerzas armadas (compuestos por militares) o ante la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. El Tribunal Militar de Apelación (24), verdadero tribunal de casación penal militar (el mas importante tribunal de apelación de los Estados Unidos), está integrado por cinco jueces letrados, todos ellos civiles, nombrados por el Presidente de los Estados Unidos con el consentimiento del Senado.

El 21 de marzo de 2002, se ha aprobado la Orden n° 1 sobre las polémicas Comisiones Militares (25), del Departamento de Defensa, que regula el procedimiento para los juicios ante las Comisiones Militares de ciudadanos no norteamericanos en la guerra contra el terrorismo, según la Orden del Presidente de los Estados Unidos de 16 de noviembre de 2001.

### 2.3. Canadá

El sistema de justicia militar de Canadá, según el Mayor General Pierre Boutet (26) en el Seminario de Rodas, ha sido profundamente modificado en 1997 por la Ley C-25, que puso fin al poder discrecional del Comandante en la instrucción y en el enjuiciamiento. Antes de la reforma, que entró en vigor en el año 1999, el Comandante podía acordar que no había lugar a la instrucción, sin que fuera posible apelar dicha decisión (27). El procedimiento, en la actualidad, es análogo al proceso de Derecho

---

(23) J.W Bishop, Jr. Voz «Derecho Militar», ob. cit. p.567. Grayson Brett, «Recent Developments in Court Martial Jurisdiction», en «Military Law Review», Vol. 72, 1976, p. 117.

(24) J.Cooke,»*The United States Court of Military Appeals: Judicializing the Military Justice system*», en «Military Law Review», vol. 76, 1977.

(25) Ver los argumentos de Daryl A. Mundis, Ruth Wedgwood, Harold Hongju Koh, Joan Fitzpatrick y Michael J. Matheson en «Agora: Military Commissions», en «American Journal of International Law», abril 2002, vol. 96, n° 2, pp. 320 y ss. Ruth de María Abril Stoffels, «Las Comisiones militares y el enjuiciamiento de los supuestos responsables de los atentados del 11 de septiembre», en «Tiempo de Paz», n° 68, Invierno 2003, pp. 91 y ss.

(26) Pierre Boutet, «La Jurisdiction Militaire en Droit Comparé», ob. cit. pp. 215 y 216.

(27) M.J.P. Wolfe, «L'Evolution Actuelle de la Justice Militaire au Canada», en «Recueils...», 1981, ob. cit. J.H. Hollies, «Canadian Military Law», en «Military Law Review», Washington, Julio, 1961.



común, tanto en el ejercicio de la acción penal (que ya no corresponde al Comandante sino al fiscal acreditado ante los Tribunales correccionales. La información no incumbe tampoco al Comandante sino a una instancia independiente: el Servicio de Investigación Nacional) como en el desarrollo del juicio ante el Consejo de Guerra.

Después de la reforma, los oficiales que actúan como jueces militares reciben una formación jurídica y son nombrados por cinco años para aumentar su independencia.

Además del juicio sumarísimo ante el Comandante, que tiene numerosas limitaciones, el Ministro de Defensa y las Autoridades militares designadas a tal fin pueden convocar Consejos de Guerra Generales y Consejos de Guerra Disciplinarios, así como nombrar a sus miembros. Los Consejos de Guerra Generales están compuestos por cinco oficiales (presididos por un Coronel) y un Auditor («*Judge Advocate*»). El Consejo de Guerra Disciplinario está integrado por tres oficiales (presididos por un Mayor) y un Auditor («*Judge Advocate*»). El Gobierno puede también crear Consejos de Guerra permanentes compuestos por un oficial letrado. Si el procesado es un soldado o un suboficial, uno de los Oficiales asesores es reemplazado por un suboficial.

Existen dos posibles formas de apelación: por el Jefe del Estado Mayor sobre la severidad de la pena y por el Auditor General sobre la legalidad de la sentencia. Se interponen ambas ante el Tribunal de Apelación de los Consejos de Guerra, formado al menos por tres jueces del Tribunal Federal.

Es competente para conocer del recurso de casación el Tribunal Superior del Canadá.

Hay que tener en cuenta la vigencia de la *National Defence Act*, con las modificaciones posteriores ya citadas y la Ley de 29 de junio de 2000, sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y modificación de otras leyes.

## 2.4. Irlanda

El sistema de justicia militar de Irlanda, muy similar al de Canadá y el Reino Unido (28), se ha establecido de acuerdo con la Constitución de

---

(28) Tony Mc Court, «*Irish Military Legal System*», Informe presentado al Seminario de Rodas de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre, en «*Recueils*», Bruxelles, 2002.

1937, la Ley de Defensa («*Defence Act*») de 1954 y las Reglas de Procedimiento («*Defence Forces*») de 1954. El sistema no distingue entre acción penal y acción disciplinaria.

Están previstas en la Ley de Defensa dos clases de Consejos de Guerra: Generales y Especiales. Los Consejos de Guerra Generales están presididos por un Coronel (o empleo naval equivalente) e integrados por lo menos por cinco oficiales. Los Consejos de Guerra Especiales están integrados como mínimo por tres oficiales y el presidente debe tener la categoría de Comandante o rango naval equivalente. Los miembros de los Consejos de Guerra no tienen una cualificación académica específica. Los Consejos de Guerra son totalmente independientes del mando en el ejercicio de su funciones.

Se reconoce desde 1983 el derecho a interponer el recurso de apelación ante el Tribunal de Apelación de los Consejos de Guerra, integrado por un Magistrado del Tribunal Supremo y por dos jueces del Alto Tribunal. Existe la posibilidad de apelar ante el Tribunal Supremo por cuestiones de derecho.

## 2.5. Africa del Sur

La evolución de la Jurisdicción militar en Africa del Sur, después del fin del «*apartheid*» fue expuesta en el Seminario de Rodas por Mokgadi Mailula, Magistrada del Tribunal Supremo y Presidenta del Tribunal de Apelación de las fuerzas armadas (29).

En 1998 el Tribunal Supremo declaró inconstitucionales diversas disposiciones de la Ley de Defensa («*Defence Act*») de 1957 y fueron suprimidos los Consejos de Guerra. En el ámbito del Ministerio de Defensa fue creado un servicio jurídico militar.

La Jurisdicción militar está organizada en tres tipos de Tribunales: El Tribunal de Apelación militar, los Tribunales de Jueces Militares Superiores y los Tribunales de Jueces Militares. Todo ello con independencia del procedimiento disciplinario ante el Oficial Comandante.

Los Tribunales están integrados por jueces civiles y oficiales (Tribunal de Apelación Militar), por jueces militares (Tribunales de Jueces Militares Superiores) o un juez militar y militares asesores (Tribunales de Jueces Militares).

---

(29) Mokgadi Mailula, «*La Jurisdiction Militaire en Droit Comparé*», ob. cit. p. 215.

Asimismo la Constitución ha constituido una sola autoridad, a nivel nacional, encargada del ejercicio de la acción penal (Fiscalía) por lo que sería inconstitucional la creación de una instancia encargada de ejercer la acción penal en el ámbito militar.

## 2.6. Otros países del sistema anglosajón

Se encuentra, con mayores o menores peculiaridades, dentro del sistema anglosajón la organización de la Jurisdicción militar de los siguientes países: Israel (30), Australia (31), Corea del Sur (32), Liberia, Nigeria (33), Filipinas (34), Sudán, Nueva Zelanda y Tailandia (35).

## 3. EL SISTEMA LATINO

### 3.1. Italia

Ha sido particularmente importante la organización de la Justicia Militar en Italia (36), que ha servido como modelo diversos países europeos, entre ellos a España. Fue reformada en profundidad (37) por la Ley de 7

---

(30) M. Shangar, «The present evolution of Military Justice in Israel», en *Recueils*, 1981, ob. cit. p. 725. Alvear Casanueva publicó la traducción de la «La Ley de Justicia Militar de Israel» en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 13 (enero-junio, 1962), pp. 139 y ss.

(31) Francis Charles, «*Present Evolution of Military Justice and Introduction to the Position in Australia*», en *Recueils*, 1981, ob. cit. p. 583. Jann Kleffner y Charles Garraway, «*Rapport General*», ob. cit. 109.

(32) Jay Douglass, «*La Justicia Militar en el Ejército de la República de Corea*», en *Revista Española de Derecho Militar* nº 3 (1957) pp.81 y ss.

(33) Likulia Bolongo, «*L'Evolution de la Justice Militaire en Afrique*», en *Recueils*, 1981, ob. cit. pp. 187 y ss.

(34) V.E. Escutin, «*Philippine Military Justice*», en *Military Law Review*, 1967, pp. 97 y ss.

(35) F. Vazquez Mendez, «*Organización y competencia de los Tribunales Militares en Tailandia*», en *Revista Española de Derecho Militar* nº 1 (1956), pp. 81 a 86. S. Charoonbara, *Recueils*, 1981, ob. cit. p.893.

(36) V. Veuro, P. Stallacci, P. Verri y G. Landi, «*Manuale di Diritto e di Procedura Penale Militare*», Milano, 1976. Rodolfo Venditti, «*Il Diritto Penale Militare nel sistema penale italiano*», Milano, 1978. Ver «*Codici penali militari di pace e di guerra, a cura de Saverio Malizia*», Milano, 1981.

(37) Rodolfo Venditti, «*Il processo penale militare secondo la Legge 7 maggio 1981, nº 180*», Milano, 1981. Juan Gómez Calero, «*Ley italiana de 7 de mayo de 1981, num. 180. Modificaciones al ordenamiento judicial militar en tiempo de paz*», en *Revista Española de Derecho Militar* nº 44-50 (1987), pp. 165 y ss.

de mayo de 1981 y se encuentra pendiente de una trascendental modificación que hará desaparecer probablemente a la Jurisdicción militar, tal y como está hoy estructurada, para convertir sus Tribunales en Secciones especializadas de los Tribunales comunes.

Actualmente, existen en Italia nueve Tribunales militares territoriales para la administración de la Justicia Militar en tiempo de normalidad y un Tribunal Militar de Apelación. La Corte Suprema de Casación italiana, con composición ordinaria (pero con la actuación del Ministerio Fiscal Jurídico Militar), decide última instancia (juicio de legalidad).

Por otra parte, las garantías de independencia (38), el estatuto y el modelo de carrera del magistrado ordinario del poder judicial se aplican al magistrado militar, que forma parte de la magistratura italiana.

Los Tribunales Militares Territoriales están integrados por un Presidente (magistrado militar) y dos jueces: uno magistrado militar y otro oficial del Ejército, de la Marina, de la Aeronáutica o de la Guardia de Finanzas. Este último es elegido por sorteo entre los militares del empleo establecido que se encuentren destinados en la demarcación territorial del Tribunal juzgador. Ahora bien, si el militar inculcado tiene la categoría de Oficial, el Juez Militar debe ser del mismo empleo. Por el contrario, si no es Oficial el Juez Militar puede ser Suboficial. La pertenencia del procesado a un ejército determinado o la naturaleza del delito no tienen incidencia alguna en la composición del Tribunal. En frase de Vittorio Veuro (39), los Tribunales de Oficiales asistidos por un jurista han sido sustituidos por un Tribunal de juristas asistidos por un militar. Se había cambiado la proporción entre magistrados y militares, aunque los Tribunales continúan siendo militares.

En todos los Tribunales Militares Territoriales actúa un representante del Ministerio Público (integrado por el Fiscal de la República y sus sustitutos) que es un Magistrado Militar.

El Juez Instructor, dependiente directamente del Presidente del Tribunal Militar Territorial correspondiente, tiene también la categoría de Magistrado Militar.

El Tribunal Militar de Apelación, con sede en Roma (y secciones en Nápoles y Verona), es único para todo el territorio italiano y conoce de los recursos de apelación contra las sentencias de los Tribunales Militares

---

(38) Vittorio Veuro, «*La independencia de la Justicia Militar*», en *Revista Española de Derecho Militar* n° 37 (1979), pp. 9 y ss.

(39) Vittorio Veuro, «*El nuevo semblante de la Justicia Militar en Italia*», en *Revista Española de Derecho Militar* n° 40, p. 23.

Territoriales. Integran este Tribunal un Presidente (Magistrado Militar) y cuatro Vocales: dos Magistrados Militares y dos Oficiales del Ejército, Marina, Aeronáutica o Guardia de Finanzas, todos ellos con el empleo de Teniente Coronel o equiparado. No obstante, si el procesado tiene un empleo superior, los Vocales militares deben tener ese mismo empleo (40). También en este caso, los jueces militares son elegidos por sorteo entre todos los que tienen el empleo establecido y presten servicio activo en todo el territorio nacional.

El Fiscal General del Tribunal Militar de Apelación y sus sustitutos (todos ellos magistrados militares) integran la representación del Ministerio Fiscal en el referido Tribunal.

Finalmente, un Juez de Vigilancia y una sección de supervisión desempeñan el cometido de controlar la ejecución de las penas impuestas.

La unidad jurisdiccional se logra mediante la intervención de la Corte Suprema de Casación italiana que, con idéntica composición (es decir, integrada por Magistrados ordinarios, sin ninguna especialidad militar) conoce del recurso de casación en el procedimiento penal común o militar. No existe Sala de lo Militar especializada en la Corte Suprema.

Sin embargo, cuando la Corte Suprema se ocupa de recursos contra decisiones de los órganos de la Jurisdicción Militar, actúa como representante del Ministerio Público el Fiscal General Militar de la Corte Suprema de Casación y sus sustitutos, que forman parte de la organización judicial militar y son magistrados militares.

Así pues, pieza fundamental de la reforma de 1981 en la estructura judicial militar italiana, son los magistrados militares, que pertenecen a un orden especial judicial (aunque le son aplicables las normas sobre independencia, estatuto y progresión de carrera de los magistrados ordinarios) y se subdividen en Magistrados Fiscales (cuya cabeza es el Fiscal Militar General de la Corte Suprema de Casación) y Magistrados Juzgadores (cuyo vértice es el Presidente del Tribunal Militar de Apelación). A todos ellos se aplica la garantía de inamovilidad y forman parte de uno de los más prestigiosos cuerpos de la Justicia militar.

Después de que el Tribunal Constitucional italiano, por sentencia de 8 de marzo de 1988, hubiera declarado inadmisibles la ausencia de un órgano de autogobierno de la Magistratura Militar e inconstitucional el proce-

---

(40) Rodolfo Venditti, «Novedades de la reforma de 1981 en la Organización de la Justicia Militar y en la Estructura del Proceso Penal Militar en Italia», en *Revista Española de Derecho Militar* n° 43 (1984), pp. 173 y ss (traducción de J.F. Higuera Guimerá). Ver también, el Informe del «Grupo Italiano» en *Recueils*, 1981, ob. cit. pp. 779 y ss.

dimiento establecido en la Ley de 1981 para los nombramientos, se promulgó la Ley nº 561, de 30 de diciembre de 1988, que constituyó el Consejo de la Magistratura Militar (41) como órgano de autogobierno y garantía fundamental de la autonomía e independencia de los magistrados militares italianos.

El informe italiano (42) del Seminario de Rodas explica que la reflexión actual sobre la reforma de la justicia militar se centra, por lo que se refiere a la organización y estructura de los tribunales, en integrar a los jueces militares (que ya tienen un estatuto civil) en el orden jurisdiccional de derecho común, constituyendo «Secciones especializadas» en los Tribunales de Derecho común.

### 3.2. Bélgica

La organización de la Justicia militar en Bélgica (43) se basaba en los Consejos de Guerra Permanentes o en Campaña, en el Tribunal Militar de Apelación (o Corte Militar) y en el Tribunal Supremo de Casación común.

En el sistema belga tenían particular importancia los miembros de la Auditoría Militar, cuerpo jerarquizado y profesionalizado, integrado por Magistrados militares de carrera encargados, bajo la dirección de un Auditor militar, de la investigación de los delitos militares e instrucción judicial escrita. Durante la investigación, el auditor militar ejercía todas las atribuciones que tiene el magistrado del Ministerio Público de derecho común. Desempeñaban también las funciones fiscales en los Consejos de Guerra y ejecutaban sus resoluciones. Dependían del Ministerio de Justicia.

Los miembros de la Auditoría General desempeñaban en el Tribunal Militar de Apelación (o Corte Militar) las mismas funciones bajo la dirección de Auditor General, que es el Jefe del Cuerpo de la Justicia Militar.

Según J.F. Elens y G. Van Gerven (44), los Auditores militares y sus sustitutos, el Auditor General, sus abogados generales y sustitutos eran

---

(41) G. Mazzi, «*Ordinamento giudiziario militare*», en *Rassegna della Giustizia Militare* nº 6 (nov-dic. 1989), pp. 391 y ss. Ver el Reglamento Interno del Consejo de la Magistratura Militar de 13 de enero de 1990, en *Rassegna della Giustizia Militare*, 1990, pp. 133 y ss.

(42) Antonio Intelisano, Informe presentado al Seminario de Rodas de la *Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, en *Recueils*, Bruxelles, 2002.

(43) J. Vander Mousen, «*Organización y competencia de los Tribunales Militares en Bélgica*», en *Revista Española de Derecho Militar* nº 2 (1956), pp. 85 y ss. F. Gorle, «*De Borneen van het Militair Strafrech*», Panopticon, 1984, pp. 383 y ss. J. Gilissen, en *Recueils*, 1981, ob. cit.

(44) J.F. Elens y G. Van Gerven, en *Recueils*, 1981, ob. cit. Vol. II, pp. 608 y ss.

magistrados del orden judicial que gozaban en sus funciones de la misma independencia que sus colegas de la jurisdicción ordinaria. Vestían el uniforme militar sin tener la condición militar y tenían derecho en las Fuerzas Armadas a los honores correspondientes a los Oficiales de su rango. Poseían una triple cualidad:

— La de oficiales de policía judicial para la investigación de las infracciones,

— La de oficiales del Ministerio Público (fiscales), actuando ante los Tribunales militares y en la ejecución de las resoluciones judiciales,

— La de Magistrados de Instrucción judicial en su condición de Presidentes de la Comisión Judicial, con los mismos poderes que los Jueces de Instrucción ordinarios.

La Comisión Judicial, constituida en cada Consejo de Guerra Permanente y en el Tribunal Militar de Apelación (o Corte Militar), se encargaba de la instrucción preparatoria escrita de los procedimientos. En el primer caso estaba presidida por un Auditor militar o uno de sus sustitutos. En el supuesto del Tribunal Militar de Apelación (o Corte Militar), estaba presidida por el Auditor General, uno de sus abogados generales o sus sustitutos.

Los auditores militares no formaban parte como miembros de los Consejos de Guerra Permanentes, con sede en Bruselas y en Colonia, que conocían de los delitos militares. Estaban presididos por un Oficial Superior e integrados por un juez civil (asesor jurídico que tiene la condición de magistrado de carrera) y por oficiales de las Fuerzas Armadas. En definitiva, en sus cuatro quintas partes estaban constituidos por militares.

La Corte Militar o Tribunal Militar de Apelación, presidida por un Magistrado del Tribunal Supremo de Casación, estaba integrada por un General, un Coronel o Teniente Coronel y dos Mayores. Juzgaba en primera y única instancia a los Oficiales Superiores y Generales y conocía de las apelaciones contra las sentencias de los Consejos de Guerra Permanentes.

Los recursos de casación eran resueltos por el Tribunal Supremo de Casación ordinario.

Según el informe presentado por Miguel Fobe (45), Primer Abogado General ante la Corte Militar belga, en el Seminario de Rodas, la jurisdicción militar belga estaba presente en todos los territorios donde operan sus fuerzas armadas, tanto en Bélgica como en el extranjero, a través de células judiciales móviles que acompañaban a las tropas en sus desplazamientos.

---

(45) Miguel Fobe, en «*La Jurisdiction Militaire en Droit comparé*», ob. cit. p. 218.

En el Seminario de Rodas se informó sobre una reforma en curso de la Jurisdicción militar belga para suprimirla e integrarla en los órganos de la jurisdicción ordinaria. Y, efectivamente, la Ley de 10 de abril de 2003 suprimió la Jurisdicción Militar en tiempo de paz, aunque la mantiene en tiempo de guerra.

### 3.3 Suiza

La justicia militar suiza (46) regulada por la Ley de 28 de junio de 1889 (sobre organización y procedimiento penal militar), ha sido profundamente modificada por la Ley de Procedimiento penal militar de 23 de marzo de 1979. Como ha escrito R. Barras (47), en materia de organización judicial han sido suprimidos los Tribunales Territoriales y el Tribunal Militar Extraordinario e introducido un Tribunal de Apelación. En la composición de los tribunales se da entrada a los suboficiales y a los soldados. El Cuerpo de Justicia Militar, hasta ahora cuerpo de Oficiales, se abre a los suboficiales y soldados, que realizan funciones de secretarios judiciales.

En tiempo de paz funcionan en Suiza (48) tres tipos de tribunales militares: Los Tribunales de División (presididos por un Oficial Superior de la Justicia Militar e integrados por cuatro Jueces: dos Oficiales y dos Suboficiales o soldados, siendo preferido el personal militar con título de letrado), los Tribunales Militares de Apelación (con idéntica composición) y el Tribunal Militar de Casación que es el tribunal militar supremo, integrado por cinco jueces (un presidente que es un Coronel del Cuerpo de Justicia Militar, dos Oficiales y dos Suboficiales o Soldados con experiencia jurídica) elegidos por cuatro años por la Asamblea Federal.

Todos estos Tribunales tienen, sin duda, carácter jurisdiccional integrando una jurisdicción especializada.

---

(46) Raphael Barras, «*La evolución actual de la Justicia Militar en Suiza*», en «*Recueils de la Société...*», VIII, 1979, pp. 877 y ss. Vid. R. Depierre, «*La Justicia Militar suiza. Evolución, organización, competencia*», en REDEM n° 3 (1957), pp. 101 a 121.

(47) R. Barras, «*La Justice Militaire en Suisse. Aperçu historique*», en «*Die schweizerische militärärjustiz. La Justice militaire suisse*», Ed. Opfikon, 1989, pp. 22 y 23.

(48) Se ha utilizado la edición del Código Procesal Militar (PPM) suizo de 1979, facilitado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, a quien testimoniamos nuestra gratitud. Vid. para antecedentes, Joaquín Hernández Orozco, «*Notas sobre el Derecho Penal Militar Suizo*», en REDEM n°18 (jul-dic, 1964) y R. Depierre, «*Swiss Military Justice*», en *Military Law Review*, vol. 21, 1963.



Para R. Barrás (49), a quien seguimos en esta exposición, los miembros especializados de la jurisdicción militar son oficiales, suboficiales o soldados de la milicia (en la reserva) y todos ejercen habitualmente una función civil en la magistratura judicial, en la abogacía o como juristas en la administración pública o empresas privadas. Así, con independencia de su profesión civil, deben cumplir cada año sus obligaciones militares formando parte del cuerpo de la justicia militar, donde ejercen las funciones de presidentes de los tribunales militares, auditores (representantes del Ministerio Público), jueces de instrucción o secretarios judiciales. Los suboficiales y soldados cumplen las funciones de secretarios.

### 3.4. Grecia

La justicia penal en las Fuerzas Armadas de Grecia (50) se imparte por los Tribunales Militares y por el Tribunal Supremo. Los jueces militares tienen garantizada su independencia funcional y personal. Ejercen la acción penal los fiscales militares, que forman parte del Cuerpo Jurídico (Judicial) de las Fuerzas Armadas.

El sistema legal militar de Grecia (51), reformado en 1995, tiene diferentes normas de procedimiento criminal para tiempos de paz o guerra, pero existen diferentes reglas para las unidades destacadas fuera del territorio nacional (en el extranjero).

Las normas básicas de la justicia militar griega son: la Constitución (artículo 96.4), el Código Penal Militar y el Código del Cuerpo Jurídico (Judicial) de las Fuerzas Armadas griegas.

En cuanto a su estructura geográfica, existen seis Tribunales Militares del Ejército de Tierra, tres de la Armada y cuatro de la Fuerza Aérea, que conocen en primera instancia. Sólo hay un Tribunal Militar de Apelación, en Atenas. Los Tribunales Militares no tienen com-

---

(49) R. Barras, «L`evolution actuelle de la Justice Militaire en Suisse», en *Recueils de la Société...*, cit. pp. 878 y ss.

(50) Para los antecedentes, vid. Gildo Rodi, «La Justicia Militar en tiempos de paz en los países pertenecientes a la NATO y en España y Suiza», en REDEM nº 11, p. 113. J. Zafiris, «La Justicia Militar en Grecia», en REDEM nº 19 (1965), pp. 89 y ss.

(51) Se han tenido en cuenta las Contestaciones del Grupo Nacional griego al Cuestionario del Seminario sobre la Jurisdicción Militar (Rodas), elaboradas por el Mil. Judge C, K. Athanassopoulos, Fiscal del Tribunal Militar de la Fuerza Aérea de Grecia (Atenas, 22-6-2001).

petencia para conocer sobre las sanciones disciplinarias castrenses. Las decisiones del Tribunal Militar de Apelación pueden ser objeto del recurso de casación ante el Tribunal Supremo de Justicia de Grecia.

No existe ninguna subordinación entre los Tribunales Militares y el Ministerio de Justicia. El Cuerpo Jurídico (Judicial) Militar de las Fuerzas Armadas griegas depende del Ministerio de Defensa, que proporciona apoyo administrativo a los Tribunales Militares.

El Estatuto de los miembros del Cuerpo Jurídico (Judicial) Militar garantiza su independencia. Solo pueden ser supervisados, evaluados, castigados por faltas disciplinarias, trasladados o promocionados por un Comité Supremo Judicial integrado por miembros del Tribunal Militar de Apelación. Los jueces militares no prestan servicio permanente en un Tribunal específico, pues normalmente hay una rotación entre los Tribunales y las funciones.

Está constituida una Fiscalía Militar en cada Tribunal Militar, integrada por fiscales que pertenecen al Cuerpo Jurídico (Judicial) de las Fuerzas Armadas griegas y que tienen las mismas funciones que los fiscales ordinarios.

### 3.5. Turquía

En Turquía existen Tribunales Militares permanentes y Tribunales disciplinarios (52). Si se decreta el Estado de Urgencia (Excepción) por la Asamblea Nacional, se constituyen Consejos de Guerra «*ad hoc*», pero sus competencias y procedimiento son idénticos a los de los Tribunales Militares permanentes.

Los delitos contra la integridad territorial del Estado, contra el orden democrático o contra la República se reservan (conforme al artículo 125 del Código penal turco) a la competencia de los Tribunales de Seguridad Nacional. Estos tribunales no tienen relación alguna con los tribunales militares. El juez principal es un juez civil pero su suplente, presente en todas las sesiones del proceso (audiencias), es un juez militar. La pena de muerte, prevista desde siempre en la legislación turca, no ha sido aplicada en los últimos dieciséis años. Todas las

---

(52) Abdullah Kaya, en «La Jurisdiction Militaire en Droit comparé», ob. cit. p. 220. Sükeyl Donay y Köksal Bayraktar, «*Les juridictions militaires en Turquie*», en *Recueils*, ob. cit. (Ankara, 1979), 1981, Bruxelles, pp. 921 y ss.

sentencias que imponían la pena capital han sido conmutadas por el Parlamento y, finalmente, ha sido abolida.

### 3.6. Otros países del sistema latino

Siguen el sistema latino o romanista, entre otros, Marruecos (53), Argelia, Camerún (54), Costa de Marfil (55), Gabón, Madagascar (56), Siria, Túnez, Zaire (57) y Ruanda.

## 4. EL SISTEMA DE SALAS MILITARES EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

### 4.1. Países Bajos

La reforma de la jurisdicción militar en los Países Bajos fue hecha en el año 1991. Arno Dörenberg (58) hizo en el Congreso de Rodas una evaluación crítica del nuevo sistema de justicia castrense.

Antes de la reforma (59) funcionaban cinco Tribunales Militares, integrados por un juez civil (presidente) y dos oficiales (asesores) que eran designados por sorteo entre los oficiales de la fuerza correspondiente. El Auditor Militar, pese a su título, era un civil y la decisión de llevar a un militar ante una Corte Marcial era privilegio del General que mandaba la fuerza. El Tribunal Militar de Apelación, con sede en La Haya, estaba compuesto por dos

---

(53) Vid. G. Barrada Treviño, «*El Código de Justicia Militar de las Fuerzas Armadas Reales de Marruecos*», en REDEM nº 9, pp. 211 y ss.

(54) Ndeby Pondy, «*Evolution actuelle de la justice militaire en Cameroun*», en *Recueils de la Société de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, (Ankara, 1979), editados en Bruxelles, 1981, pp. 637 y ss.

(55) P. Thomas, «*Code de procédure militaire de la République de la Côte d'Ivoire*», en «*Revista de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra*», 1977, pp. 283 y ss.

(56) R. Colas, «*L'Organisation de la Justice Militaire Malgache*», en *Revue des Sciences Criminelles et Droit pénal comparé*, 1971. Likulia Bolongo, «*Evolución de la Justicia Militar en Africa*», en *Recueils de la Société de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, (Ankara, 1979), Bruxelles, 1981.

(57) Likulia Oblongo, «*Droit pénal militaire Zaïrois*», Paris 1977. Del mismo autor «*Evolution actuelle de la justice militaire au Zaire*», en *Recueils*, cit. (Ankara, 1979), Bruxelles, 1981, pp. 1025 y ss.

(58) General Major e.r. Arno Dörenberg, en «*La Jurisdiction Militaire en Droit comparé*», ob. cit. pp. 214 y 215.

(59) T. Clarembeek, «*La evolución actual de la Justicia Militar en los Países Bajos*», en *Recueils*, cit. pp. 809 y ss. Ver también la Revista holandesa *Militair Rechterlijk Tijdschrift*.

jueces civiles (incluido el presidente) y de cuatro oficiales. El Fiscal General en el Tribunal de Apelación de La Haya actuaba como Ministerio Público.

Durante los años setenta se multiplicaron las críticas a este sistema (60), que fue modificado para disminuir sus diferencias con el sistema penal ordinario. Finalmente el Código Penal Militar de 1991 suprimió los Tribunales Militares y creó, para sustituirlos, una única Sala Militar en el Tribunal del Distrito de Arnhem y una Sala Militar en el Tribunal de Apelación de Arnhem. Las Salas Militares están integradas por dos jueces civiles (uno de los cuales es el presidente de la Sala) y por un oficial jurista (61).

Un único juez civil, llamado juez de policía militar o juez de paz militar, juzga la infracciones de menor importancia.

El Fiscal del Tribunal correccional de Arnhem reúne la información y decide la acusación ante la Sala Militar.

A. Dörenberg (62) estima, analizando este sistema de justicia militar, que se ha producido una disminución de los contactos permanentes entre el elemento militar y el elemento civil y tiende a desaparecer progresivamente el conocimiento de la vida militar por parte de los magistrados.

Por otra parte la Gendarmería Real, encargada de un número creciente de asuntos de policía general, se ocupa cada vez menos de las funciones de policía militar, lo que puede afectar a la disciplina de las fuerzas armadas.

El legislador holandés ha modificado, al tiempo, el Código disciplinario militar y un buen número de infracciones penales han sido «despenalizadas» y castigadas en el reformado Código de Disciplina Militar.

## 4.2. Finlandia

El sistema legal militar de Finlandia (63) se caracteriza por la inexistencia de Tribunales Militares especiales, de forma que los delitos militares son enjuiciados por un Tribunal ordinario de primera instancia con una composición específica.

---

(60) J.O. de Lange, «*Certain aspects of New Military Criminal Jurisdiction in the Netherlands*», en *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, XXII, 3-4, 1983, pp. 301 y ss.

(61) G.L. Lindner, «*Militair tuchtrecht (Deel I), Militair strafrecht (Deel II)*», Ed. Gouda Quint, Arnhem, 1992. Estas normas han sido también publicadas por el Ministerio de Defensa de los Países Bajos.

(62) Arno Dörenberg, en «*La Jurisdiction Militaire en Droit comparé*», ob. cit. p. 215.

(63) Se han tenido en cuenta las Contestaciones al Cuestionario del Seminario sobre la Jurisdicción Militar de Rodas (10 a 14 de octubre de 2001), elaboradas por el Asesor Jurídico Jukka Hämäläinen, de las Fuerzas Armadas de Finlandia.

Hasta mayo del año 2001 existía la figura del Fiscal Militar (cargo desempeñado por los Asesores Jurídico-militares de las Fuerzas Armadas), que fue suprimida en esta fecha, actuando en la actualidad los fiscales ordinarios. Esta ha sido la mayor reforma de la Justicia Militar en Finlandia.

En realidad, como advirtió en el Congreso de Rodas el Asesor Jurídico Jukka Hämäläinen, el 90 por ciento de las infracciones militares se resuelven a través del procedimiento disciplinario militar, regulado por la Ley Disciplinaria Militar y un Decreto Disciplinario castrense.

Los Asesores Jurídico militares inician las investigaciones y emiten dictamen en los Procedimientos Disciplinarios. Así pues la misión del Asesor Jurídico militar es la supervisión del procedimiento disciplinario, velando para se desarrolle conforme a derecho.

Los procedimientos relativos a los delitos militares implican una composición especial del Tribunal ordinario: El presidente es un juez civil, naturalmente graduado en Derecho. Los otros dos miembros son militares. Únicamente algunos Tribunales están autorizados para enjuiciar, con esta composición, los delitos militares. Normalmente los situados en zonas donde están localizados determinadas unidades militares.

En el caso de delitos militares, hay posibilidad de apelar las sentencias de los Tribunales de Distrito ante el Tribunal de Apelación. Y las decisiones del Tribunal de Apelación se pueden apelar ante el Tribunal Supremo.

Al desaparecer la figura del Fiscal Militar, son los Fiscales de los Tribunales de Distrito los que han asumido sus funciones. Para ello la Oficina del Fiscal General ha designado 39 fiscales para hacerse cargo de los casos relativos a los delitos militares. El Ministerio Público, integrado por graduados en Derecho, es totalmente independiente en Finlandia y es competente para actuar en cualquier parte del territorio nacional.

## 5. LA JURISDICCIÓN MILITAR EXCEPCIONAL

### 5.1. Alemania

Como afirma Boris Wentzek (64), la existencia de una Jurisdicción Militar en Alemania es objeto de debate y discusión, cuestionándose su utilidad. Ahora bien, desde 1945 los delitos militares son juzgados por Tribunales civiles. De forma que los Tribunales Militares solo están previstos

---

(64) Boris Wentzek, en «*La Jurisdiction Militaire en Droit comparé*», ob. cit. p. 216.

para tiempos de guerra (65). Las funciones fiscales son desempeñadas por los miembros del Ministerio Público competentes territorialmente y las penas se cumplen en prisiones ordinarias. La ley se cuida de establecer una incompatibilidad entre las funciones de juez y de oficial.

En Alemania está vigente una Ley Penal Militar (66) distinta del Código Penal alemán (común) pero el procedimiento penal es idéntico al ordinario.

Sin embargo, la intervención de militares se reserva para el castigo de las infracciones disciplinarias. Las autoridades con potestad disciplinaria son el superior del militar infractor y el «Tribunal Militar», integrado por uno o tres jueces y de dos militares, para las faltas disciplinarias graves o las faltas cometidas por los oficiales superiores.

Los Tribunales Militares sólo son posibles en tiempo de guerra o para juzgar delitos militares cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas destacadas en el extranjero.

## 5.2. Suecia

El sistema sueco de justicia militar en tiempo de paz se basa, según Stefan Ryding-Berg (67), en la doble distinción entre militares de carrera y personal civil de una parte y, de otra, el personal de reemplazo. Y entre el derecho penal y el derecho disciplinario.

En el año 1948 fue derogado el Código Penal Militar y sus preceptos incorporados al Código Penal común integrando un título denominado «Delitos cometidos por militares» (68). Los Tribunales militares fueron suprimidos y los militares pasaron a ser juzgados por los Tribunales ordinarios (69).

---

(65) Klauss Dau, «*The present evolution of military justice in the Federal Republic of Germany*», en *Recueils*, ob. cit. (Ankara, 1979), 1981, Bruxelles, pp. 551 y ss. Schönherr, «*La justice pénale militaire en cas de défense en République Fédérale d'Allemagne*», en *Revista de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra*, 1978, XVII, 2-3.

(66) La Ley Penal Militar alemana es de 24 de mayo de 1974, con modificaciones posteriores. Ver la traducción y comentarios de Eduardo Calderón Susín en *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca*, 8-1984. También hay traducción de Antonio Millán Garrido en el n° 42 de la REDEM, pp. 111 y ss.

(67) Stefan Ryding-Berg, en «*La Jurisdiction Militaire en Droit compare*», ob. cit. p. 216 y 217.

(68) Francisco Jiménez Jiménez, «*La nueva legislación penal militar sueca*», en REDEM n° 20, 1965, pp. 87 y ss. Antonio Millán Garrido, «*La legislación penal militar de Suecia*», en *Revista General de Derecho*, n° 517-518 (1987), pp. 5783 a 5796.

(69) Dan Fernqvist, «*Present evolution of military justice in Sweden*», en *Recueils*, ob. cit. (Ankara, 1979), 1981, Bruxelles, p. 865.

Por otra parte, el régimen disciplinario fue reformado en 1987 y 1994. Existe una Comisión Disciplinaria Central, integrada por cuatro representantes del empleador (Estado) y por tres representantes de los sindicatos, que conoce de los asuntos relativos a los militares de carrera y personal civil. Las sanciones que puede imponer son las propias del derecho laboral y pueden ser recurridas ante un Tribunal civil o laboral.

Los militares de reemplazo solo pueden ser castigados por su comandante, a través de un procedimiento administrativo. La opinión pública ha acogido favorablemente la «despenalización» de los delitos cometidos por los militares de reemplazo y, según Ryding-Berg, la disciplina militar no se ha visto afectada por esta medida.

Por el contrario, en el ámbito del derecho penal, el enjuiciamiento de los delitos militares no goza de ninguna prioridad sobre los crímenes comunes en los Tribunales civiles, lo que implica un cierto retraso en relación con la rapidez con que actuaban los antiguos Tribunales militares.

### 5.3. Dinamarca

En el Congreso de Rodas, el Auditor General Per Helmer Lichtenstein (70), encargado por el Ministerio de Defensa danés de evaluar la necesidad de una justicia militar y un derecho militar, opinó que el punto de partida debe ser que el personal militar no debe ser diferenciado de los civiles.

En la actualidad no existen los Tribunales Militares en Dinamarca. Sin embargo, las funciones fiscales son desempeñadas por los Auditores Militares, que son militares que no pertenecen a la cadena del mando castrense.

Por otra parte, las sanciones disciplinarias son impuestas por los oficiales, pero pueden ser recurridas ante un Consejo de Disciplina integrado por un Auditor Militar, un Oficial y otro militar del mismo rango que el sancionado. Finalmente, las decisiones del Consejo de Disciplina pueden, a su vez, ser apeladas ante una Comisión de Apelaciones compuesta por un Juez civil, un jurista y un Auditor Militar.

P.H. Lichtenstein expuso en Rodas algunos argumentos a favor de una jurisdicción militar separada de la común (71). En primer lugar que las

---

(70) Per Helmer Lichtenstein, «*La Jurisdiction Militair en Droi compare*», ob. cit. pp. 218 y 219.

(71) Para los antecedentes, vid. S.B. Nyholm, «*La jurisdicción militar en Dinamarca*», en REDEM nº 10 (1960), pp. 165 y ss. Del mismo autor, «*Danish Military Jurisdiction*», en *Military Law Review*, 1963.

condiciones de la actuación de los militares son muy distintas de las de los civiles, particularmente en situaciones de guerra o conflicto armado. En tales casos son absolutamente necesarios el orden y la disciplina, con el fin de que las órdenes sean inmediatamente ejecutadas. Resulta imprescindible que los mandos puedan sancionar rápidamente toda actitud contraria, en especial cuando la unidad esté fuera del territorio de Dinamarca.

Por otra parte, los procedimientos rápidos reducen el riesgo de tomarse la justicia por su mano. Así, un sistema de derecho penal militar permite a todo militar, cualquiera que sea su rango, ser tratado de manera igual. Finalmente, los Acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas de las operaciones internacionales de mantenimiento de la paz establecen que el personal de los países participantes continúa sometido a su propia jurisdicción nacional, lo que permite una jurisdicción específica para los militares. Además, el respeto del derecho de los conflictos armados supone igualmente que los militares se encuentran sometidos a un sistema penal y disciplinario separado.

La conclusión es que se debería disponer de un Código Penal Militar separado y de una Jurisdicción militar específica.

#### **5. 4. Portugal**

Portugal es el ejemplo más reciente de supresión del sistema de justicia militar, que se había reformado por el Código de Justicia Militar de 9 de abril de 1977 (72). Esta organización se basaba en los Tribunales Territoriales (Regiones militares), de la Marina y de la Fuerza Aérea (integrados por un Juez Auditor, Magistrado ordinario, y dos Jueces militares), actuando un Fiscal Militar. Los jueces de instrucción eran también Magistrados de la Jurisdicción ordinaria en comisión de servicio. Existía un Supremo Tribunal Militar, con jurisdicción sobre todo el territorio nacional, presidido por un Oficial General, seis vocales militares, dos vocales relatores y el Fiscal. Del recurso de revisión conocía el Tribunal Supremo ordinario (73).

---

(72) Vid. S. Villa Nova, *«Comentarios al Código de Justicia Militar»*, 1979, 460 pp. El Código de Justicia Militar portugués de 1977 fue modificado en 1981 y 1982. Vid. También, Jorge de Figueirido Dias, *«Do «governo da justiça» ao «governo dos juizes» no Portugal de hoje»*, trabajo inédito facilitado por el autor.

(73) El 10 de febrero de 1994, se publicó en Portugal la «Proposta de Lei nº 88/VI, Lei de Bases da Justiça Militar e da Disciplina das Forças Armadas», que pretendía la aprobación de un nuevo Código de Justicia Militar, una Ley Orgánica de los Tribunales Militares, una Ley Orgánica de Policía Judicial Militar y un Reglamento de Disciplina Militar. Sin embargo, finalmente, se acordó la supresión de la Jurisdicción Militar en Portugal.



## 5.5. Francia

En Francia, la reforma (74) del Código de Justicia Militar aprobada por Ley 82-621, de 21 de julio de 1982, suprimió (75) los Tribunales Militares en el territorio de la República y en tiempo de paz. La jurisdicción ordinaria asumió las competencias de la jurisdicción militar, que quedó reducida a las fuerzas armadas que operan fuera del territorio nacional (Alemania y Países africanos) y en tiempo de guerra (76). Se puede afirmar que la Ley de 1982 atribuyó a las jurisdicciones de derecho común especializadas el conocimiento de los delitos militares y los comunes cometidos por militares en ejecución de un acto de servicio.

## 5.6. Otros países

Tampoco en Austria (77), República Checa o Noruega (78) existe la jurisdicción militar en tiempo de paz. Solo está prevista para tiempo de guerra o fuerzas estacionadas en el extranjero.

En Japón no existe la Jurisdicción Militar como consecuencia de la inexistencia de Fuerzas Armadas, sustituidas por las Fuerzas de Defensa.

Como hemos escrito antes, próximamente será suprimida la jurisdicción militar para tiempos de paz en Bélgica e Italia.

---

(74) Para antes de la reforma es clásica la obra de Paul Doll, *«Analyse et commentaire du Code de Justice Militaire»*, Paris 1966, con Suplemento de 1968. Del mismo autor, *«La evolución de la Justicia Militar en Francia desde 1965»*, en *Revista de Ciencia Criminal y de Derecho Penal comparado*, 1975. H. Clerc, *«Code de Justice Militaire»*, Paris 1965.

(75) La traducción de ésta Ley fue publicada en el *Boletín de Legislación Extranjera del Congreso de los Diputados* de España, Documentación nº 31, Tomos I y II, diciembre de 1984. Ver también, «Evolución de la Justice Militaire en France», por del Grupo Francés en *Recueils*, ob. cit. (Ankara, 1979) 1981, Bruxelles, pp. 705 y ss. Le Gallais, *«Le nouveau régime pénal de l'Armée française»*, en *Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra*, 1983, pp. 327 y ss. J. Divisia, *«La réforme de la justice matière militaire»*, en *Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra*, XXIV (1985), pp. 9 y ss.

(76) Para un estudio actual del Derecho Penal Militar de Francia, es fundamental la obra del Magistrado Robert Jourdan, *«Droit Pénal appliqué aux Forces Armées»*, Éditions La Baule, 1995, Prólogo de Régis Mourier, 400 pp.

(77) E. Foregger y E. Serini, *«Das Österreichische Militärstrafgesetz»*, Viena, 1971. Grissler, *«Das neue heeredrziolinirgests in Österreich»*, en *Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra*, 1985, pp. 269 y ss. Ver las Contestaciones del Grupo de Austria al Cuestionario del Seminario de Rodas de la Société de Droit Militaire et de Droit de la Guerre.

(78) Ver las Contestaciones del Grupo de Noruega al Cuestionario del Seminario de Rodas de la Société de Droit Militaire et de Droit de la Guerre.

## 6. EL SISTEMA DE LOS PAISES IBEROAMERICANOS

### 6.1. Consideraciones generales

El Comité Internacional de la Cruz Roja y el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, como promotores de la *Reunión de Expertos de Países Iberoamericanos sobre «El sistema de garantías judiciales del Derecho Internacional Humanitario, con especial referencia a la Jurisdicción Militar»* (Madrid, 6 y 7 de Octubre de 2003), elaboraron un Cuestionario sobre su contenido que fue remitido con la antelación suficiente a los representantes de los Países invitados a la Reunión de Expertos de Madrid.

Se recibieron contestaciones de los siguientes países: República Argentina, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú y República Bolivariana de Venezuela. Las repuestas a las cuestiones planteadas constituyen la base de la siguiente exposición de las diversas soluciones legislativas adoptadas por los diferentes estados del ámbito iberoamericano (79).

### 2. Aspectos constitucionales

Las Constituciones de la mayor parte de los países dedican determinados preceptos a la Jurisdicción Militar (República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela). En la República Argentina no está regulada en la Constitución, aunque subyace tácitamente en algún precepto constitucional.

En los citados países, la Jurisdicción Militar está regulada en la legislación militar específica, como Código de Justicia Militar o de las Fuerzas Armadas, Código de Procedimiento Penal Militar, Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, Ley Orgánica Procesal Militar, Ley Orgánica de los Tribunales Militares y Ley Orgánica de Justicia Militar.

En cuanto al encuadramiento de la Jurisdicción Militar en el Poder Judicial o en las Fuerzas Armadas, de gran importancia para su indepen-

---

(79) Las Ponencias y Contestaciones al Cuestionario de esta IV *Reunión de Expertos de Países Iberoamericanos (Madrid, octubre de 2003)* será publicada próximamente por el Comité Internacional de la Cruz Roja, Colegio de Abogados de Madrid y Cruz Roja Española. Vid. información sobre esta IV *Reunión de Expertos* en el n° 82 de la REDEM (Julio-diciembre de 2003), pp. 453 y ss.

dencia , la mayoría de los países ( República Argentina, Ecuador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Perú) han contestado explicando que la Jurisdicción Militar forma parte de las Fuerzas Armadas o de la Administración Militar (Ministerio de Defensa Nacional). Otros, por el contrario, estiman que la Jurisdicción Militar forma parte del Poder Judicial del Estado (República Dominicana), matizando Venezuela que tal integración es en teoría pero no en la práctica, pues aún requiere adaptaciones normativas . Finalmente, otro país contestó que forma parte del Poder Judicial del Estado y de las Fuerzas Armadas (El Salvador).

### **6.3. Organización de la Jurisdicción militar**

En la República Argentina, los órganos predeterminados por la ley son el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, los Consejos de Guerra Permanentes, los Consejos de Guerra especiales y los jueces de instrucción. Todos son permanentes, excepto los Consejos de Guerra especiales.

En la República Dominicana, los órganos establecidos por la ley y de carácter permanente son: Los Consejos de Guerra o Tribunales Militares (integrados por 5 Jueces, 1 Fiscal, 1 Juez de Instrucción y 1 Secretario, nombrados por el Poder Ejecutivo), el Consejo de Guerra de apelación de las Fuerzas Armadas (formado por 7 Jueces, 1 Fiscal y 1 Secretario) y la Suprema Corte de Justicia, que actúa como Corte de Casación.

En Ecuador, la Jurisdicción Penal Militar se organiza así: la Corte de Justicia Militar (integrada por tres Ministros Jueces que son Oficiales Generales o Coroneles de cada una de las Fuerzas Armadas, así como un Ministro Juez y un Ministro Fiscal, ambos doctores en Jurisprudencia y Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas y un Secretario Relator, todos ellos designados por el Poder Ejecutivo), los Consejos de Guerra de Oficiales Generales, de Oficiales Superiores y Verbales (integrados por 5 miembros designados anualmente por el Ministro de Defensa Nacional: tres son oficiales de armas y dos Oficiales del Servicio de Justicia de las Fuerzas Armadas), los Juzgados Penales Militares, constituidos en cada Zona Militar de las Fuerzas Terrestre, Naval y Aérea, cuyo personal es designado por el Comandante General de cada Fuerza. Estos órganos se encuentran establecidos por las leyes militares.

En El Salvador la Jurisdicción Militar está integrada por: 1º Los Jueces Militares de Instrucción, que no son permanentes y son designados por la Autoridad competente para la formación de cada sumario. 2º Los Jueces de Primera Instancia Militar, que son permanentes y nombrados por la

Corte Suprema de Justicia. 3° Las Cortes Marciales Ordinarias, nombradas por dos años por el Ministerio de Defensa Nacional. 4° Las Cortes Marciales Extraordinarias, nombradas para cada caso por el Ministerio de Defensa Nacional. 5° Las Cámaras de Segunda Instancia. 6° El Comandante General de las Fuerzas Armadas. 7° La Corte Suprema de Justicia. El Fiscal General Militar y los fiscales permanentes son nombrados por el Fiscal General de la República. Los Auditores Militares son nombrados por el Organismo Ejecutivo en el Ministerio de Defensa Nacional.

En Guatemala, el Auditor de Guerra instruye el proceso. Las Cortes Marciales están integradas por un Presidente que es el Comandante de la Zona Militar, tres magistrados y dos vocales militares. En primera instancia son órganos predeterminados por la ley y en segunda instancia se forman excepcionalmente para cada recurso. El Fiscal Militar es un Oficial de carrera o, si no existe, el Segundo Comandante de la Zona Militar. El Secretario del Tribunal Militar es un Oficial del Ejército del Comando Militar.

En Honduras, existen los Jueces de Instrucción Militar, los Jueces de Primera Instancia Militar y la Fiscalía.

La estructura de los Tribunales Militares en Paraguay es la siguiente: Suprema Corte de Justicia Militar, Juzgado de Primera Instancia, Juzgado de Instrucción, Fiscalía General Militar y Secretaría.

En Perú, el Consejo Supremo de Justicia Militar se compone de 10 Oficiales (de los que 8 son Vocales y 3 de ellos deben pertenecer al Cuerpo Jurídico Militar), un Fiscal General y un Auditor General, ambos miembros del Cuerpo Jurídico Militar. Existe una Sala Revisora y una Sala de Guerra. En cada Sala, por lo menos un Vocal debe ser letrado. Los Consejos de Guerra están presididos por un Coronel y dos Tenientes Coronales como Vocales, uno de los cuales debe pertenecer al Cuerpo Jurídico Militar, un Fiscal Superior y el Auditor de Guerra. Los Jueces Instructores son Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar (Tenientes Coronales) y se encargan de investigar los delitos, con la participación del Fiscal del Juzgado, Abogados defensores y Secretarios Letrados. Los magistrados militares son permanentes, salvo los nombrados por un determinado tiempo para procesos especiales.

En Venezuela existen como Tribunales militares: La Corte Suprema de Justicia (hoy Tribunal Supremo de Justicia), la Corte Marcial, los Consejos de Guerra Permanentes y Accidentales (que, además de los existentes, pueden ser creados por el Presidente de la República según las necesidades del servicio de la Justicia Militar) y los Tribunales de Primera Instancia permanentes.

#### **6.4. La Presidencia de los Tribunales militares y la función de los Auditores**

En la República Argentina, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Venezuela no existe una presidencia letrada de los Tribunales Militares o Cortes Marciales. En Paraguay el Presidente de la Suprema Corte de Justicia Militar tiene el título de abogado. En Perú el Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar es un Contralmirante del Cuerpo Jurídico Militar (abogado).

En muchos países, la función de los Auditores es de mero asesoramiento no vinculante (Ecuador) y no participan en los órganos judiciales (República Argentina, República Dominicana, Honduras, Paraguay). En otros, los Auditores Militares revisan los sumarios que elevan los Jueces instructores y aconsejan al Mando Militar, vigilan la tramitación de los juicios y asesoran a las Cortes Marciales (El Salvador, Guatemala y Venezuela). En Perú, los Auditores brindan asesoría legal a los Consejos de Guerra, con voz pero sin voto.

#### **6.5. El «Estatuto» de los que desempeñan funciones judiciales o fiscales en la Jurisdicción militar**

En la República Argentina, República Dominicana y Paraguay los funcionarios judiciales de la Jurisdicción Militar no gozan de inmunidades, están sujetos a la Jurisdicción castrense, son designados por el Poder Ejecutivo, no son inamovibles y sus funciones no son incompatibles con otras actividades. En El Salvador, los Jueces de Primera Instancia son permanentes y nombrados y removidos por la Corte Suprema de Justicia y se establecen sus incompatibilidades. Los Jueces Militares de Instrucción son nombrados por la Autoridad para cada caso y pueden ser sancionados por la vía disciplinaria. Las Cortes Marciales (Ordinarias o Extraordinarias) son nombradas por el Ministerio de Defensa Nacional. Los Fiscales son designados por el Fiscal General de la República.

En Guatemala, son nombrados por el Ministro de Defensa Nacional o por el Presidente de la República, no son inamovibles, no gozan de inmunidad ni de prerrogativa alguna y son incompatibles para ejercer la profesión liberal. En Honduras los nombra el Jefe de Estado Mayor Conjunto, son inamovibles durante tres años, durante los cuales no pueden ser removidos, suspendidos, trasladados ni sancionados, pero pueden ser detenidos.

En Perú son nombrados por Resoluciones Supremas o por resoluciones, permanecen en el cargo no menos de dos años, solo pueden ser sancionados por sus superiores jerárquicos judiciales y no pueden ejercer empleo, cargo o comisión ajenos a su función. En Venezuela todos los jueces, incluyendo los militares, son nombrados por la Comisión Judicial de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, no siendo inamovibles tienen estabilidad en el cargo.

## **6.6. La garantía de independencia**

En la República Argentina, el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas depende del Ministerio de Defensa y los Consejos de Guerra Especiales dependen de los Mandos de las Fuerzas Armadas. Los auditores gozan de independencia de criterio en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento, pero no existe previsión similar respecto de otros órganos o funcionarios de la justicia castrense. En la República Dominicana, los miembros de la Jurisdicción Militar dependen del Ministro de las Fuerzas Armadas pero son independientes. La Suprema Corte de Justicia se encarga de velar por su independencia y buen funcionamiento.

En Ecuador existe un proyecto en el Congreso Nacional para que los Tribunales y Juzgados Militares dependan directamente de la Corte Suprema de Justicia. En la actualidad dependen del Ministerio de Defensa Nacional y administrativamente de cada Comando de Fuerza. La Corte de Justicia Militar ejerce el control sobre los juzgados de instrucción y vela por su independencia. En El Salvador, los Jueces Militares de Instrucción son designados por la autoridad competente para la formación del sumario y pueden ser sancionados disciplinariamente, lo que no interfiere en su independencia. Tanto los Jueces Militares de Instrucción como los Jueces de Instancia y los miembros de las Cortes Marciales responden por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Las faltas disciplinarias que puedan cometer quienes ejerzan funciones judiciales militares son reprimidas por el Comandante General de las Fuerzas Armadas, por el Ministerio de la Defensa Nacional o por el Jefe de Operaciones en Campaña.

En Guatemala los Tribunales Militares dependen del Ministerio de la Defensa Nacional, imparten justicia con la mayor independencia jurisdiccional posible, pero no existe ningún órgano encargado de velar por su independencia. En Honduras las leyes garantizan la independencia de los miembros de la jurisdicción militar, que dependen de la Secretaría de Defensa Nacional.

En Paraguay la ley afirma la independencia de los Jueces Militares, que se encuentran dentro de las Fuerzas Armadas de la Nación, pero no existe ningún órgano encargado de velar por su independencia. En Perú los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar son nombrados por Resolución Suprema refrendada por el Ministro del Sector, pero no dependen del despacho ministerial, ni de las Comandancias Generales de cada Institución Armada. Existe en el Consejo Supremo de Justicia Militar un organismo de control (Inspección General de la Justicia Militar) encargado de velar por la independencia del fuero militar.

En Venezuela, la Constitución y las leyes exigen un juez imparcial e independiente. Se ha previsto que solo dependan administrativamente de la Dirección General Sectorial de Justicia Militar.

## 7. EL SISTEMA DE LOS PAISES SOCIALISTAS

Con la brevedad que se deriva del profundo proceso de modificación en que se encuentra el sistema de estos países, analizaremos la estructura de la justicia militar en los países socialistas (80). Con anterioridad a la caída del régimen comunista, la jurisdicción castrense se caracterizaba (URSS, Rumania, Yugoslavia) por la inclusión de las disposiciones penales militares como un capítulo específico del Código penal ordinario (81) y por la interpretación política de las leyes militares.

El sistema orgánico judicial militar de la antigua Rusia Soviética (URSS) (82), que servía de modelo a la República Democrática Alemana

---

(80) Frits Gorle, «*L'Evolution actuelle de la justice militaire dans les pays communistes*», en *Recueils*, ob. cit. (Ankara, 1979) 1981, Bruxelles, pp. 163 y ss. José María Rodríguez Devesa, «*Algunas reflexiones sobre la Jurisdicción Militar*», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, pp. 5 y ss.

(81) Enrique Porres Juan-Senabre, «*El capítulo XXV del Código Penal yugoslavo*», en REDEM n° 13 (1962) pp. 117 y ss. Antonio Millán Garrido, «*Los Títulos X y XI del Código Penal Rumano*», en REDEM n° 37 (1979), pp. 221 y ss. Del mismo autor, «*Los Capítulos X, XI y XII del Código Penal de Checoslovaquia*», en REDEM n° 39 (1980), pp. 167 y ss. Georges Racz, «*Sur le Droit pénal militaire hongrois*», en *Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra*, XXII (1983), 3-4, pp. 285 y ss. F.C. Schroeder, «*Das Albanische strafgesetzbuch von 1977*», en *Anuario para el Derecho de los Países del Este*, XX (1979). Mario Tiburcio Gomes Carneiro, «*Código Penal Militar polonés*», Rio de Janeiro, 1936. G. Sarge, «*Diesozialistische Militärgerichtsbarkeit im del DDR*», en *Neues Justiz*, 1963.

(82) Marino Barbero Santos, «*Ley orgánica de los Tribunales Militares de la URSS de 25 de diciembre de 1958*», en REDEM n° 13 (1962), pp. 133 y ss. Frits Gorle, «*Droit pénal, discipline et justice militaire en Union Soviétique*», en *Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra*, 1967, pp. 213 y ss. D. Draper, «*An outline of Soviet military law*», en *Military Law Review*, n° 5 (1969). Vittorio Venturo, «*La giurisdizione penale militare nell'Unione Sovietica, in due studi di Frits Gorle*», en *Rassegna della Giustizia Militare*, III, 1977.

y a Polonia, constaba de tres escalones y se basaba en su integración en la estructura judicial ordinaria. Existían Tribunales Militares de Primera Instancia integrados por un Juez Profesional (que actuaba como Presidente), un Vicepresidente o Consejero Militar y dos Vocales Populares, elegidos en el ámbito de la comunidad militar. El Tribunal de Apelación estaba compuesto por tres jueces profesionales y el último escalón era la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de la URSS, conocida con el nombre de Colegio Militar. En cada Tribunal Militar actuaba una Fiscalía militar compuesta por fiscales e instructores de los procedimientos.

Con todas las cautelas que se derivan del escaso conocimiento que tenemos del Derecho Militar de la República Popular China, podemos afirmar que la jurisdicción militar se integra en la misma organización del conjunto del sistema judicial, del que forman parte los Tribunales castrenses. El órgano encargado de juzgar es siempre colegiado y está compuesto de, al menos, tres jueces, de los cuales uno es Magistrado y los otros dos asesores militares. Los magistrados militares son militares con formación jurídica nombrados por el Ministerio de Defensa. Los asesores son jurados elegidos entre los integrantes de una relación o lista y reciben una ligera formación jurídica. El órgano supremo es la Corte Popular Suprema, sala de lo militar (83).

En opinión del profesor Zhang Chi Sun y del Teniente Coronel Xie Dang (84) se han mejorado notablemente las estructuras judiciales militares de la República Popular China, constituyéndose órganos judiciales más sólidos. La estructura está integrada por los siguientes órganos judiciales militares: los órganos de protección de la seguridad militar, las fiscalías militares, los Tribunales militares y la Administración Judicial Militar. Se ha aumentado el número de juristas en el sistema judicial y garantizado su competencia a través de la cualificación de los juristas militares chinos. Los órganos judiciales militares se han organizado de acuerdo con el Derecho estatal y sus competencias respectivas son la investigación (Órganos de protección de la seguridad militar), el ejercicio de la acción penal y per-

---

(83) D. Wang, «Introduction à l'étude du nouveau code pénal de la République Populaire de Chine», en *Revue de Droit international et de Droit comparé*, LVIII (1981). Tsien Tche-Hao, «L'Évolution actuelle de la Justice Militaire en Chine», en *Recueils*, ob. cit. (Ankara, 1979) 1981, Bruxelles, pp. 177 y ss. Del mismo autor, «L'évolution della giustizia militare in Cina», en *Rassegna della Giustizia Militare*, VIII, 1-2, enero-abril, 1982, pp. 45 y ss.

(84) Zhang Chi Sun y Xie Dang, «A Brief Review and Overview of the Military Legal System of the Peoples's Republic of China», en *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, XXXVII, 1-2-3-4, 1998, pp. 41 y ss.



secución de los delitos militares (fiscalías militares), el enjuiciamiento (Tribunales Militares) y los servicios legales y asuntos legislativos (Administración Judicial Militar). A partir de la reciente reforma, los Tribunales Militares chinos y los Fiscales Militares, órganos que habían sido desmantelados durante la Revolución Cultural, fueron repuestos. Así, fue restablecido el sistema de tres niveles y dos instancias de los Tribunales Militares. De acuerdo con el artículo 82 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, se constituyeron en septiembre de 1992 en las Fuerzas Armadas de China unos órganos de administración judicial responsable de la supervisión de las funciones de los Asesores Jurídicos Militares, abogados militares y consejeros legales militares. En la actualidad hay un millar de juristas militares en el Ejército de China.

## 8. CONCLUSIONES

No resulta fácil extraer los caracteres comunes de los diversos sistemas de justicia militar examinados. No se puede hablar de una jurisdicción castrense en términos globales, sino de «jurisdicciones castrenses» en plural, al tratarse de organizaciones muy diferentes. Particularmente, no existen excesivos aspectos comunes entre el sistema anglosajón y el latino. Sin embargo, trataremos de sintetizar los caracteres comunes de los diversos sistemas judiciales militares, aún a riesgo de simplificar las complejas estructuras nacionales.

1.º Existe una tendencia acusada a integrar los órganos de la jurisdicción militar en el Poder judicial ordinario, como jurisdicción especial o especializada, independizándolos de la estructura de las Fuerzas Armadas y de la organización militar.

2.º En los Tribunales Militares de instancia se mantiene la presencia de militares profesionales, formando Sala con Magistrados o Jurídicos Militares. Predomina la designación de aquellos por sorteo (decaendo el sistema de designación por elección o nombramiento por el mando) y la duración temporal de sus funciones judiciales militares.

3.º Por el contrario, la presidencia de los Tribunales Militares se atribuye a un Magistrado o Jurista Militar, por la complejidad de la dirección de los debates del juicio y la adopción de decisiones procesales. Se garantiza la presencia permanente en los Tribunales Militares de Magistrados o Jurídicos Militares para formar Sala con los militares profesionales de las diversas armas. También se opta por juristas profesionales (Magistrados o Jurídicos Militares) para desempeñar las funciones de Fiscales, Jueces Instructores o Secretarios Judiciales, con carácter permanente.

4º Los Tribunales Militares de Apelación están mayoritariamente integrados por juristas (Magistrados o Jurídicos Militares) y los recursos de Casación o Revisión se suelen atribuir al Tribunal Supremo de la Jurisdicción ordinaria del Estado, con la composición ordinaria o a una Sala de lo Militar, de composición letrada.

5º Se establece una clara diferenciación entre la acción penal (atribuida a los Tribunales Militares) y la acción disciplinaria, cuya potestad corresponde al mando militar.

#### IV. CONCLUSIONES DE LA SOCIÉTÉ DE DROIT MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE

##### RECOMENDACIONES APROBADAS POR LA «SOCIEDAD DE DERECHO MILITAR Y DERECHO DE LA GUERRA» EN EL SEMINARIO DE RODAS (10 A 14 DE OCTUBRE DE 2001)

1. La Jurisdicción militar aspira a promover el orden y la disciplina militares.

2. Cada país debería disponer de un sistema de sanciones sumarias que permita sancionar las infracciones menores, a menos que los Tribunales militares posean los medios necesarios para juzgar todos los tipos de delitos militares con celeridad.

3. Se debe garantizar a las personas inculadas un proceso equitativo. La equidad comprende principios tales como la publicidad, el establecimiento de plazos razonables, la independencia judicial y la imparcialidad, entre otros.

4. Un entendimiento adecuado de la vida militar es esencial para una buena administración de la justicia militar.

5. Todo sistema de enjuiciamiento de las infracciones militares debe tener la confianza tanto de los sectores militares como de los civiles de la sociedad.

## PERIODISTAS Y GUERRA: UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Gonzalo Jar Couselo\*

### *SUMARIO*

Introducción. Antecedentes históricos. MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN. El artículo 4 del III Convenio de 1949. El artículo 79 del Protocolo Adicional I. La guerra de Vietnam. Los conflictos recientes. Los conflictos armados tras el 11-S. La guerra de Irak. El papel del CICR. Consideraciones Finales: necesidad de conocer y divulgar el DIH.

### INTRODUCCIÓN

En la actualidad, y por desgracia con demasiada frecuencia, suele ser noticia involuntaria la suerte que corren los periodistas que trabajan en alguno de los múltiples conflictos que asolan el mundo. Coincidiendo con la celebración del Día Internacional de la Libertad de Prensa (3-V-02), la organización Reporteros sin Frontera (*RsF*) daba a conocer que, en los últimos diez años, habían sido asesinados 513 profesionales del periodismo —340 de prensa escrita (31 reporteros gráficos), 85 de radio y 88 de TV—, de ellos 243 en conflictos armados y el resto por denunciar la corrupción y el abuso de poder en países con situaciones de disturbios o

---

\* General de Brigada de la Guardia Civil, Doctor en Ciencias Políticas y Sociología y miembro del Centro de Estudios de Derecho Internacional de Cruz Roja Española.

inestabilidad que no se consideran aún como conflicto armado, pero en el 95% de los casos con total impunidad para los autores de tales hechos.

Los datos del informe anual hecho público por *RsF*, en enero de 2004, relativos a 2003 significan que los atentados han aumentado de manera muy notable respecto al año anterior: 42 periodistas asesinados frente a 25 en 2002; 766 detenidos frente a 692; 1.460 agredidos o amenazados frente a 1.420 y 501 medios de comunicación social (**mcs**) censurados frente a 389. *RsF* considera que estas cifras, las más altas desde 1995 —año en el que perdieron la vida 49 periodistas, de ellos 22 en Argelia—, y que han roto con la tendencia a la baja constatada en los años 1999 y 2000, convierten a 2003 en un «año negro», o en un «año asesino», para la libertad de prensa y que el incremento constante de ese tipo de atentados está ligado, desde 2001 y sin ningún tipo de duda, a las medidas de lucha contra el terrorismo adoptadas en ciertos países después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 (11-S).

La organización apunta a Oriente Medio como «linterna roja» de la libertad de prensa, con 16 periodistas muertos, de ellos 14 en Irak, país donde el enorme despliegue militar y la cobertura mediática sin precedentes que ha tenido el último conflicto explican tan elevada cifra de fallecidos y heridos (15) y sirve para constatar que «cada vez resulta más peligroso cubrir una guerra». Hay que señalar que, si bien en algunos casos la muerte ocurrió por error o azar, en la mayoría de ellos se realizó con la intención de acallar la voz de observadores o testigos de cargo molestos para las Partes en conflicto.

A la vista tan sólo de estos datos, parece evidente que la presencia de los profesionales de los **mcs** en un conflicto armado implica, por una parte, un elevado grado de riesgo para dichos profesionales, pero, por otra, plantea además otra serie de cuestiones que constituyen el objeto del presente trabajo. Casi como cuestión previa, cabe decir que, si en las sociedades modernas todas las cuestiones relacionadas con la seguridad tienen una especial atracción desde el punto de vista informativo —en los **mcs** sigue vigente el principio de que «el crimen es noticia»—, el caso especial de la guerra, con sus crímenes, violaciones de los derechos humanos y, porque no decirlo, la impunidad de la mayor parte de esas conductas se convierte en material imprescindible para intentar llegar a sus respectivas audiencias.

Ese interés de los **mcs** por la guerra —no por todas, pues demasiadas siguen siendo *guerras olvidadas*, auténtica paradoja en el mundo de la globalización—, ha significado que se produzca un incremento notable de periodistas en determinados conflictos, lo que plantea problemas de diversa índole, los más inmediatos con los responsables militares, pues éstos

han de velar tanto por su seguridad como por el control de las informaciones que elaboran. Si se tiene en cuenta que la información oficial que facilitan las Partes en conflicto suele ser siempre beligerante, y que no es fácil para los periodistas obtener información objetiva, no ha de extrañar que las relaciones entre militares y periodistas sean habitualmente conflictivas. Alguna de las causas de ese conflicto tienen que ver con las prisas de ambos para lograr sus objetivos, pero también con la necesidad de las dos partes de conseguir *credibilidad*, una cuestión vital para todos los que participan en un conflicto. En todo caso, de lo que se trataría al final sería de intentar garantizar dos derechos considerados básicos: de información y seguridad.

A partir de ahí, también se puede asegurar que la conflictividad de esas relaciones se ve agravada en los últimos años, en la medida que las nuevas tecnologías permiten transmitir lo que ocurre en esas zonas casi en tiempo real y la labor de los profesionales de los **mcs** se hace cada vez más inquisitiva, lo que no deja de intranquilizar a los responsables militares. Partiendo de la idea de que nada como una guerra pone a prueba el compromiso que todo periodista tiene con la verdad, S. Sidhva retoma la frase del senador norteamericano I. Johnson, quien, en mitad de la I Guerra Mundial, declaró que «La primera baja en una guerra es la verdad».

### **Antecedentes históricos**

Históricamente, las crónicas de guerra las escribían los propios generales, a través de sus relatores oficiales, por lo que esa versión tenía siempre el problema de la confesión de parte. Como señala R. Argullol, incluso si la batalla no había sido demasiado heroica, o quizá más que una batalla había sido una masacre, no habría ningún problema pues «las crónicas acabarían convirtiéndola en heroica» de cara al futuro (Churchill ironizaba con que la historia le sería favorable porque pensaba escribirla él). Si los cronistas antiguos convertían fácilmente los pillajes en épica, la épica moderna corre a cargo de unos cronistas infinitamente más poderosos en técnica y difusión y «si la Historia, antes, era una mentira *a posteriori*, ahora se construye y se transmite universalmente desde la mentira *a priori*». En todo caso, el periodista trata de representar una instancia diferente de los bandos en conflicto, que, aparte de suministrar información, puede dar y quitar razones.

De antemano, quizás fuese conveniente analizar cuál es la labor de los **mcs** ante un fenómeno como el de la guerra, así como los límites que plan-

tea el derecho a la información o el ámbito institucional en el que ha de realizarse su trabajo en este tipo de situaciones, lo que, a la vista de lo que está sucediendo en estos momentos en el mundo, no parece ser algo realmente irrelevante. Conocida la importancia que la guerra contemporánea ha adquirido para la opinión pública, el efecto más evidente ha sido el incremento de profesionales de la información en las zonas de conflicto, lo que, como reconocen los propios textos de las Fuerzas Armadas (FAS) españolas, puede suponer «problemas adicionales a los mandos militares en lo relativo al control de dichas personas y de los datos que puedan llegar a conocer, así como a la responsabilidad de la seguridad en el campo de operaciones».

La guerra de Crimea (1854) será la primera en que un corresponsal, del diario inglés *The Times*, informe sobre el desarrollo de las operaciones, presencia que significó un incremento espectacular en las ventas y que animó a otros **mcs** a enviar también representantes. Si, en un principio, las autoridades militares no vieron con malos ojos esa presencia, llegando incluso a considerarla positiva, al estimar que podía servir para legitimar sus posiciones y humanizar la guerra por medio de las crónicas que enviaban desde el campo de batalla, el problema fue que, entre toda la información enviada, iban también severas críticas al papel de los comandantes militares, lo que provocó disgusto en instancias oficiales.

R. Kapuscinski señala cómo, si bien los reporteros trataban de contar los hechos de la forma más objetiva posible, cuando las noticias llegaban a las sedes de los periódicos, se distorsionaban completamente «por razones políticas o de conveniencia», de forma que los datos que figuraban en el papel impreso no tenían ninguna relación con la realidad, lo que provocó el primer gran enfrentamiento entre poderes públicos y **mcs**. El invento del telégrafo vendría a revolucionar y democratizar la información, toda vez que los ciudadanos podían conocer ya en tiempo real lo que ocurría en los conflictos armados, y a agravar las relaciones entre ambos.

Hoy ya nadie discute que, en los meses previos a la Guerra de Cuba (1898), el gobierno de EE UU llevó a cabo una desvergonzada campaña en los **mcs** con la pretensión de provocar en la sociedad norteamericana un sentimiento favorable a la guerra y, al mismo tiempo, con el pretexto de evitar que la información transmitida por los nuevos medios (telégrafo) llegase antes al enemigo que a las unidades inferiores, intentó limitar el papel de los corresponsales que estaban en la zona de operaciones. Esa nueva situación llevó a G. Moynier, primer presidente de la Cruz Roja, a escribir en 1899 que: «Ahora sabemos lo que ocurre cada día en todo el mundo...las descripciones de los periodistas de los diarios sitúan a los que

agonizan en los campos de batalla, como si dijéramos, ante los ojos de los lectores y sus gritos retumban en sus oídos...». Parecía llegado el momento de abordar el empeño de elaborar una regulación normativa que tratase de regular esa presencia.

## MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN

Sin duda, la clave del éxito para cualquier intento de normativizar la presencia de los profesionales de los **mcs** en las zonas de conflicto pasaba por intentar resolver, precisamente, el dilema que dicha actuación plantea: por un lado, obligación de informar y, por otro, tratar de preservar su propia seguridad. El periodista ha de saber que, en esos casos, además de los límites que le imponen sus propios intereses (individuales y profesionales), existen otros, casi siempre enmascarados en conceptos como la seguridad (estatal o internacional), que tratarán de limitar su capacidad de actuación.

En aras de esa permanente dicotomía, el periodista puede acabar siendo víctima del conflicto que intenta transmitir a los ciudadanos, no sólo de los efectos directos de las armas, como disparos o bombardeos realizados aunque sea de manera involuntaria, sino de todo tipo de actos arbitrarios que puedan cometer las autoridades o individuos aislados por su cuenta, tales como detenciones ilegales, malos tratos e incluso asesinatos. En todos esos casos, es imprescindible asegurar, en la medida de lo posible, su seguridad y ello obliga a que, tanto a nivel individual como empresarial y estatal, se adopten las medidas que traten de impedir, o al menos limitar, tales efectos. Hay que decir que, si bien los Estados, y por tanto los comandantes militares, suelen mostrarse favorables a facilitar el trabajo de los periodistas cuando creen que sirven a los fines que persiguen, no demuestran igual disposición si entienden que dicha labor dificulta el desarrollo de las operaciones que tienen encomendadas.

Como ha ocurrido con el resto de la normativa que trata de regular los conflictos armados, hasta finales del siglo XIX y principios del XX no se encuentran las primeras referencias a la cuestión. Así, dentro del ámbito del denominado Derecho de la Guerra, en el artículo 13 del Reglamento relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, anexo a los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, cuyo contenido dice:

*«Los individuos que siguen a un Ejército sin formar parte directamente de él, tales como los corresponsales de periódicos, los vivande-*

*ros, los proveedores, que caigan en poder del enemigo, y que éste considere útil detener tendrán derecho al trato de prisioneros de guerra, a condición de que estén provistos de carta de legitimación de la Autoridad militar del Ejército a que acompañaban»* (subrayado del autor).

se habla de los profesionales de la información como corresponsales de periódicos, es decir personal civil y no combatiente que acompaña a un ejército, a los que se les concederá la condición de prisionero de guerra si portan la carta de legitimación de la autoridad militar a la que acompañan.

A pesar del sufrimiento padecido por las numerosas víctimas de la I Guerra Mundial, entre ellas la verdad de lo sucedido en el conflicto, el problema de la protección de los periodistas en la guerra no ocupó un espacio propio en el debate y evaluación realizado en la postguerra. Ante la terrible realidad de que en los conflictos armados se pudiese llegar a considerar a los profesionales de los **mcs** como objetivo de guerra, muchos se preguntaban, en especial dentro del ámbito periodístico, cuál habría de ser la regulación jurídica a la que deberían sujetar su actuación, sobre todo cuando terminan por ser víctimas del conflicto que tratan de describir. Si se parte de este planteamiento —atribuirle el carácter de víctima—, puede resultar mucho más sencillo establecer el vínculo con el Derecho Internacional Humanitario (DIH), en la medida que se trata de la rama del Derecho internacional que tiene como objeto la protección de las víctimas de los conflictos armados.

Será en 1929, cuando por vez primera, con la aprobación del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, se contemple la inclusión de estos profesionales en el marco normativo del DIH. Así, su artículo 81 señala que:

*«los individuos que siguen a las fuerzas armadas sin formar parte de las mismas, tales como los corresponsales, los reporters de periódicos, los cantineros, los proveedores, que cayeren en poder del enemigo, y que éste juzgare conveniente detener, tendrán derecho al trato de prisioneros, a condición de que estén provistos de un documento de identidad extendido por la autoridad militar de las fuerzas que seguían»* (subrayado del autor).

Como se ve, aparte del cambio de denominación, lo más notable es que sigue un planteamiento similar al recogido en La Haya, al otorgarle un trato análogo al de los prisioneros de guerra. Es fácil deducir que, con dicha regulación y en palabras de Gasser, el periodista pasaba a pertenecer a «una categoría de personas no bien definidas que siguen a las fuerzas



armadas sin formar parte de éstas», por lo que, aun cuando se trataba de personal civil, debería recibir, en caso de ser capturado y disponer de la correspondiente acreditación oficial, el trato debido a prisionero de guerra. Conviene recordar que, hasta entonces, el DIH sólo regulaba el estatus del personal combatiente pero no del personal civil, por lo que, a falta de uno propio, había que buscar otro de tipo analógico.

Tampoco la II Guerra Mundial, a pesar del sufrimiento padecido por los millones de víctimas de la misma, significó un momento de crisis en lo que a protección de profesionales de los **mcs** se trataba, pues baste decir que, en Normandía, tan sólo 27 informadores desembarcaron con las tropas aliadas. Bien al contrario, la posición de alguno de ellos, como el *New York Times*, ganó fama internacional con la cobertura prolija (55 enviados) y extraordinariamente equilibrada del conflicto, consiguiendo aumentar su tirada en 100.000 ejemplares y dejar tocado de muerte a su rival el *Herald Tribune*. Sin embargo, la condición de judíos de sus propietarios, y su afán de mantenerse distantes —no dieron cuenta de todas las atrocidades cometidas por Hitler—, acabó creando un «vacío informativo» sobre uno de los acontecimientos más horribles del siglo XX.

#### **El artículo 4 del III Convenio de 1949**

El enorme sufrimiento que significó la Segunda Guerra Mundial tuvo como una de las más importantes consecuencias la aprobación, en 1949, de los cuatro Convenios de Ginebra, base fundamental del moderno DIH. En el tercero de ellos, relativo también al trato debido a los prisioneros de guerra, se reitera el planteamiento ya citado de 1929 según el cual el periodista capturado es un prisionero de guerra, si bien ahora, en el artículo 4, A, 4) se habla de:

*«personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar parte integrante de ellas, tales como miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, individuos de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de las fuerzas armadas, a condición de que para ello hayan recibido permiso de las fuerzas armadas que acompañan, teniendo éstas la obligación de entregarles a tal efecto una tarjeta de identidad semejante al modelo adjunto».*

Se observa, además de un cambio en la denominación —ahora, corresponsales de guerra—, que se les otorga una categoría un tanto diferente a

la descrita con anterioridad. Mientras en 1929 el trato de prisionero de guerra exigía ser titular de una tarjeta de identidad expedida por una autoridad competente, ahora se le atribuye ese estatuto y se atenúa en parte tal requisito, a la vista de que en muchos casos los periodistas acababan perdiendo dicho documento, si bien, y como instrumento que acredita la autorización para ejercer su trabajo, ha de seguir recibiendo la citada tarjeta, que el enemigo puede exigir antes de adoptar alguna medida respecto al estatuto del periodista capturado.

No resulta difícil deducir que, como señala Gasser, «La finalidad de la tarjeta del corresponsal de guerra es similar a la del uniforme del soldado: induce a una presunción». Es muy importante subrayar que, en caso de duda, el artículo 5, párrafo 2, del mismo Convenio, otorga tal protección hasta que un tribunal decida sobre la cuestión. En el caso de que resultasen heridos, enfermos o náufragos, les serán de aplicación las reglas de protección que se recogen en el artículo 13 común a los dos primeros Convenios, dirigido a la protección de militares, con lo que se mantiene la exclusión de estos profesionales del ámbito del cuarto Convenio, que regula la protección de la población civil.

A pesar de esa regulación especial, y como señala el mismo autor, los Convenios no contenían «disposiciones particulares relativas a la persona o a la tarea del periodista», de ahí que la realidad práctica de lo que ocurrió en las décadas siguientes pusiese en cuestión la efectividad de la misma. Las razones hay que buscarlas, fundamentalmente, en que, mientras los Convenios de 1949 trataban de regular los conflictos armados de carácter internacional (entre Estados), las guerras que se suceden en esa época habían perdido en gran medida dicha naturaleza y muchos de los periodistas no eran, o no querían ser, acreditados por las autoridades correspondientes. Se produce una transición del tradicional concepto de *corresponsal de guerra* —periodista que participa de los mismos objetivos de las tropas que acompaña— al actual, *periodista en misión peligrosa*, en el que en muchos casos no sólo no se comparten esos intereses sino que pueden llegar a ser contrapuestos, situación ésta que, de cara a su protección, entraña todavía muchos más riesgos para dichos profesionales.

## **La guerra de Vietnam**

No haría falta esperar demasiado tiempo para poder comprobar la efectividad de esa nueva normativa, pues la guerra de Vietnam, al igual que en otros aspectos, se iba a convertir en un auténtico laboratorio de nue-

vas experiencias. Mientras en Corea no fueron más de 70 periodistas los que viajaban con sus tropas, ahora, por vez primera, se permitiría la presencia de corresponsales integrados dentro de las unidades para realizar su trabajo, pero sin tener que someterse a ningún tipo de normas que pudiesen restringir su actividad profesional, de tal manera que, en muchas ocasiones, no sólo eran trasladados con medios de las FAS a los lugares donde deseaban trabajar, sino que tenían que ser protegidos de manera directa para que pudiesen alcanzar sus objetivos informativos.

Al analizar lo sucedido en ese período, Sidhva opina que, tras el avance que se había producido en la cobertura informativa de operaciones militares desde las dos guerras mundiales, cuando el periodismo era utilizado como «brazo acrítico de los esfuerzos bélicos», en Vietnam el acceso sin restricciones a las zonas de guerra, especialmente con la llegada de la TV, se convirtió en un «suicidio político», opinión avalada por P. Knightley, quien concluye que la libertad que los periodistas tuvieron en dicho conflicto «para ir a cualquier parte, ver cualquier cosa y escribir lo que les pareciera no se va a volver a repetir nunca».

El envío de las crónicas, pero sobre todo las imágenes, en tiempo real a sus respectivos países, gracias a la TV, causaron tal impacto que algunas de ellas han quedado ya en la memoria histórica de la humanidad. Sin duda, el mejor ejemplo de esa nueva clase de corresponsal es M. Herr, enviado especial del *Esquire*, a quien se le define como «el tipo que escribió el mejor libro de Vietnam» y que, en un principio, no fue tomado demasiado en serio; sin embargo, primero sus crónicas, y luego su libro, demostraron que aquello no era una nueva moda y finalmente le convirtieron en una «celebridad» y en un «maestro». Para G. Altares, prologuista de la obra de Herr, la clave del éxito de éste fue que, junto a un puñado de corresponsales, rompió las reglas establecidas —no se estaba allí para hacer propaganda a favor de su país, sino para buscar la verdad y contarla—, y puso en práctica unas nuevas que todavía siguen vivas 30 años después.

El mismo Herr comenta cómo, al finalizar la guerra, hubo miembros de las FAS que jamás le perdonaron al general en jefe, Westmoreland, no haber impuesto restricciones al principio, cuando hubiese podido hacerlo, en contra de la labor de los corresponsales, considerados por muchos militares causantes de la guerra, de ahí el recelo permanente hacia ellos desde el ámbito castrense, con frases como «mis marines están ganando esta guerra y ustedes están perdiéndola por nosotros en sus periódicos». Incluso el presidente Nixon llegó a la melancólica conclusión de que el conflicto de Vietnam había sido «la primera guerra de nuestra historia en la que los

medios de comunicación habían simpatizado más con nuestros enemigos que con nuestros aliados».

En ese sentido, R. Miller, señala cómo los estrategas militares aprendieron la lección de Vietnam y entendieron lo peligroso que puede ser conceder a los periodistas acceso ilimitado a la primera línea de combate, desde donde pueden asumir una actitud abiertamente crítica. Lo que sí fue cierto es que, después de Vietnam, ya no se volvieron a ofrecer a la prensa pasajes en helicóptero dentro del campo de batalla y se volvió a intentar el equilibrio de asegurarse una cobertura favorable de la noticia y, al mismo tiempo, tratar de controlar a los **mcs**. Si, como pensaban sectores próximos al ejecutivo de EE UU, la labor de los **mcs** sirvió para erosionar el apoyo de la opinión pública al gobierno, no puede resultar extraño que se produjese un punto de inflexión en las relaciones entre unos y otros y, a partir de ahí, las autoridades fuesen limitando cada vez más su presencia cerca de las tropas.

El aspecto positivo de lo sucedido en Vietnam fue la creación de la *Comisión SIDLE*, que reunió a oficiales de las FAS y periodistas jubilados, elegidos por el secretario de Defensa, para tratar de acercar posiciones entre ambos sectores, a raíz de la cual, y como medida más trascendental, se pensó en crear grupos de periodistas que pudiesen garantizar la cobertura de las operaciones sin perjudicar la seguridad nacional. Ninguna de las partes estuvo de acuerdo, por eso en la intervención de Panamá volvieron a reproducirse los enfrentamientos, de tal forma que, mientras los periodistas trataron de suavizar su actitud contra los militares, éstos perfeccionaron sus mecanismos organizativos para relacionarse sin ceder demasiado en sus planteamientos.

Esa experiencia sirvió para que, en la guerra de las Malvinas (1982), los británicos utilizaran una estrategia que resultó excelente para manejar a los **mcs**, como fue la de permitir el acceso a las islas a sólo 17 periodistas simpatizantes con su causa, quienes tuvieron que firmar unos documentos en los que aceptaban la censura de seis *relaciones públicas* del Ministerio de Defensa, con lo que se informó de la guerra tal y como éste quería. A partir de ese éxito, se desarrolló la teoría de permitirles la cobertura del conflicto pero sometidos a las reglas del ejército, probándose en Granada (1982) y Panamá (1989), donde sólo un mínimo de periodistas podría acercarse al campo de batalla, pero escoltados por oficiales que decidirían qué se podía ver y qué se podía contar. Ante tal planteamiento, se produjeron múltiples quejas de los **mcs** que, sin embargo, no tuvieron efecto práctico alguno.

Las enseñanzas extraídas de lo sucedido en Vietnam, y en los múltiples conflictos de carácter interno, empujó a las asociaciones de prensa a plan-

tearse cuáles debían ser las medidas a adoptar para una mayor protección de los periodistas que ejercían su labor en situaciones de peligro. Así, durante la Asamblea General de la ONU, en 1970, el ministro francés de asuntos Exteriores, M. Schumann, propuso que se tomase algún tipo de medida, a consecuencia de lo cual se dictó la Resolución 2673, de 9-XII-1970, en la que se instaba a elaborar un proyecto de Convenio especial en el que se garantizase la protección de periodistas en misión profesional peligrosa.

A principios de 1971 uno de los directivos del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), C. Pilloud, apuntaba en un artículo de la revista de dicha institución algunas propuestas encaminadas a resolver esa cuestión. Ese mismo año la Comisión de Derechos Humanos elaboró un proyecto que se sometió a los Estados miembros y a la Asamblea General de la ONU, la que, tras tomar nota, volvió a reiterar la propuesta de elaborar un Convenio y solicitó a la Comisión que presentara un informe a la Conferencia de expertos gubernamentales que, convocada por el CICR, iba a celebrar, al año siguiente, su segunda reunión para tratar el tema de la reafirmación y desarrollo del DIH aplicable a los conflictos armados, al tiempo que se invitaba al CICR a presentar a la ONU las conclusiones de la reunión. Todas esas iniciativas cristalizarían en 1977 con la aprobación de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, después de tres años de debate en el marco de la Conferencia Diplomática convocada al efecto.

## **El artículo 79 del Protocolo Adicional I**

Será, sin embargo, en el artículo 79 del primero de los dos Protocolos, titulado precisamente *Medidas de protección de periodistas* —obsérvese la diferencia semántica respecto a la denominación que se daba en los Convenios de Ginebra a los profesionales de los medios de comunicación—, donde se encuentren las claves respecto a la protección que les otorga el DIH de cara a su actuación dentro de un conflicto armado de carácter internacional, toda vez que las guerras civiles y demás conflictos que no tengan ese carácter, por cierto, la mayoría de los que se desarrollaban en esos momentos, quedaban fuera del ámbito de aplicación de dicha norma, lo que de entrada auguraba escasa virtualidad práctica a la misma.

Lo que se pretendía, en esencia, era tratar de atribuir a los periodistas que realizan su trabajo en una zona de conflicto armado un estatuto particular, para lo cual se le otorga la consideración de personas civiles, en el

sentido del artículo 50 de la misma norma, y toda la protección que el DIH garantiza a las mismas. Como señala Gasser, un periodista, «que es indudablemente un civil», no pierde esa condición al entrar en una zona de conflicto armado en misión profesional, «incluso si acompaña a las fuerzas armadas o si se beneficia de su apoyo logístico». En la misma línea, subraya que el primer párrafo del artículo «no crea un nuevo derecho», sino que clarifica y reafirma el vigente hasta ese momento.

En cuanto al contenido de la tarjeta de identidad, surgieron asimismo diversas posiciones respecto a apartados de la misma que hacían referencia a la religión del periodista, el idioma en que se había de redactar o la conveniencia de imprimir las huellas dactilares como elemento de identificación, al entender un sector que atentaba a la intimidad de los que la portasen. Tras los lógicos intercambios de opinión entre las distintas delegaciones, finalmente el texto fue aprobado en la forma en que había propuesto el grupo de trabajo encargado de elaborarlo y que dice:

*Artículo 79. Medidas de protección de periodistas.*

1. *Los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en las zonas de conflicto armado serán considerados personas civiles en el sentido del párrafo 1 del artículo 50.*

2. *Serán protegidos como tales de conformidad con los Convenios y el presente Protocolo, a condición de que se abstengan de todo acto que afecte a su estatuto de persona civil y sin perjuicio del derecho que asiste a los corresponsales de guerra acreditados ante las fuerzas armadas a gozar del estatuto que les reconoce el artículo 4, A.4) del III Convenio.*

3. *Podrán obtener una tarjeta de identidad según el modelo del Anexo II del presente Protocolo. Esa tarjeta, que será expedida por el gobierno del estado del que sean nacionales o en cuyo territorio residan, o en que se encuentre la agencia de prensa u órgano informativo que emplee sus servicios, acreditará la condición de periodista de su titular.*

Uno de los problemas que no resuelve el artículo es saber qué se entiende por el concepto de periodista, lo que hace necesario utilizar el sentido ordinario del término, ya que si el etimológico remite a reporteros y corresponsales de medios escritos, actualmente comprende un abanico más amplio de profesionales de la información. Gasser considera que, como guía para la interpretación del artículo 79, sería útil recuperar la definición contenida en el artículo 2.a) del proyecto de Convenio de la ONU: «todo corresponsal, reportero, fotógrafo, camarógrafo y sus ayu-

dantes técnicos de cine, radio y televisión, que tenga habitualmente cualquiera de estas actividades por ocupación principal», noción mucha más amplia que la tradicional.

Por su parte, Sandoz opina que este precepto es un «útil complemento» del artículo 4.A.4 del III Convenio, al diferenciar dos situaciones aparentemente similares pero que, desde el punto de vista del DIH, tienen consecuencias diversas para el profesional de la información. Así, mientras que éste se refiere al *corresponsal de guerra* —sigue a las FAS «sin formar realmente parte integrante de ellas»—, el cual, cuando es detenido, goza de la consideración de prisionero de guerra, el artículo 79 regula la situación de *periodistas en misión peligrosa*, personas independientes «que realizan misiones profesionales peligrosas en las zonas de conflicto armado», los que disfrutan de los derechos que el DIH otorga a las personas civiles en caso de detención.

A pesar de que la redacción del párrafo 1 no es totalmente satisfactoria, ya no debe haber ninguna duda de que el periodista que realiza una misión peligrosa en una zona de operaciones es una persona civil y que, por tanto, goza de todos los derechos que se reconocen a las mismas, sea cual sea su nacionalidad y siempre que no lleve a cabo acciones contrarias a dicho estatuto. Esa es la razón fundamental por la que en ningún caso podrá ser objeto de ataque (artículo 51.2) y sus bienes respetados, salvo que se consideren de índole militar (artículo 52), y que cualquier ataque deliberado contra su persona pueda tener la consideración de crimen de guerra [artículo 85.3.e)], preceptos todos del mismo Protocolo.

Interesante es, también, subrayar e insistir de nuevo que el respeto al periodista se mantiene aunque no disponga de la tarjeta de identidad a la que hace referencia el citado artículo 79, ya que dicho documento lo que certifica es su trabajo pero no fundamenta el estatuto que le atribuye el DIH, si bien facilita su identificación en caso de necesidad o de ser detenido. Respecto a la obtención de esa tarjeta, muchos profesionales de los **mcs** consideran que puede implicar una cierta supervisión oficial que estiman incompatible con los principios de su profesión, dilema que, el párrafo 3 del artículo 79, trata de resolver dejándole libertad para obtener o no dicho documento.

La protección que se le otorga no comprende el derecho a internarse en el territorio de alguna de las Partes sin autorización previa. Ni que decir tiene que cualquier tipo de participación directa del periodista en las acciones militares implica la pérdida de su estatuto, lo cual no significa que no se planteen problemas en casos que, no por habituales, se prestan a diversas interpretaciones, toda vez que no hay que olvidar que la función prin-

principal de los profesionales de los **mcs** es obtener la mayor cantidad de información y poder difundirla libremente, algo que no deja de provocar inquietud en los bandos contendientes.

A tenor de lo expuesto, y aunque se considere, como hace Sandoz, que el reconocimiento implícito de la legitimidad de la actividad de los periodistas en este tipo de situaciones no sea desdeñable, se puede concluir que «la eficacia de esta disposición [art. 79] es limitada». El mismo autor recuerda cómo el otorgamiento de un mayor nivel de garantías suplementarias, a nivel nacional o internacional, lleva aparejado de manera ineludible «un control más estricto». Es así cómo, so pretexto de garantizarle una mayor seguridad, se acaba por ejercer un control que a veces se pretende más absoluto sobre su trabajo, razón por la que muchos periodistas optan por correr riesgos y poder así transmitir información más objetiva.

El problema puede agravarse cuando el periodista se encuentre en plena zona de operaciones o en las proximidades de unidades combatientes o de objetivos militares, o vistiendo ropas que se presten a confusión con los uniformes militares, pues, si bien no pierde nunca su estatuto de persona civil, sí puede peligrar la protección de hecho, en la medida que esas unidades u objetivos pueden ser objeto de ataques lícitos que afecten a su seguridad. En estos supuestos se entiende que el periodista actúa por cuenta propia y asume los riesgos que se derivan de esa decisión, ya que, como afirma Gasser, «renuncia a la protección de facto que le es debida».

Determinar qué se puede hacer para proteger a los periodistas que realizan una «misión profesional peligrosa» en zonas de combate sin privarlos, al mismo tiempo, de libertad de movimientos y de la posibilidad de recoger y transmitir información, es, para Kalshoven y Zegveld, la cuestión fundamental que plantea dicho artículo. En ese sentido, distinguen dos situaciones —posibilidad de moverse libremente en dicha zona o ser capturado y detenido por una de las partes en conflicto—, que, si bien consideran que el artículo 79 no las identifica explícitamente, le es de aplicación a ambas.

Con respecto a la primera de ellas, es evidente que la norma no puede hacer mucho para proteger al periodista contra los efectos inmediatos de las armas en combate, cual es la de limitarse a declarar una obviedad como la de considerarlo persona civil, «a condición de que se abstenga de todo acto que afecte a su estatuto de persona civil». Por supuesto que son personas civiles, pero que tienen la «propensión particular a buscar situaciones de alto riesgo en que las normas de protección de las personas civiles sólo pueden tener un efecto limitado».

Resaltan que las dos preocupaciones principales del periodista que se encuentra en poder de una Parte en conflicto son, probablemente, mante-



ner su equipo intacto y recuperar, tan pronto como sea posible, su libertad de movimiento, cuestiones que el artículo 79 tampoco reglamenta de forma directa. Un aspecto importante de este tipo de situaciones es si la Parte que ha detenido al periodista le creerá cuando descubra su condición, para lo cual sólo dispone de la tarjeta oficial de identidad para intentar convencerla de que no es un espía o un saboteador. En ese sentido, las orientaciones que se dan a los militares españoles destacan que «las extralimitaciones en la información periodística o el incumplimiento de las normas que al respecto dicten los comandantes militares pueden ser considerados como actos que hacen caer al periodista que los comete en la condición de espía, por pérdida de la protección otorgada como población civil que supone la realización de tales actos».

Sin embargo, todo lo dicho hasta ahora se refiere a regulación de conflictos armados de carácter internacional —el artículo 3 común a los cuatro Convenios nada dice al respecto—, pero las guerras actuales, aparte de que no entran dentro de dicho ámbito, entrañan un riesgo para los profesionales del periodismo mucho más elevado que el que habían padecido en las décadas anteriores. Algunas de las características atribuidas a estos conflictos —Roberts los califica de «desestructurados» o «desnaturalizados»—, significan que la misión de los periodistas se convierte en mucho más peligrosos para ellos, como ponen de manifiesto los datos aportados al inicio de este trabajo. Para conseguir la protección necesaria que les permita realizar su trabajo, el único instrumento jurídico puede ser el artículo 13 del protocolo II, pues, aunque no se refiere en concreto a ellos, sí les permite gozar de la consideración ya habitual en el DIH de persona civil.

## **Los conflictos recientes**

La cuestión aquí planteada pasó por un período de letargo, roto tan sólo con ocasión de la muerte de algún periodista, hasta la década de los 90 del siglo pasado. En la guerra del Golfo (1991) no se concedió permiso para acercarse a la primera línea de combate a ningún reportero gráfico, con lo que se convertiría en la primera de la historia en la que los periodistas internacionales no pudieron verificar sobre el terreno el desarrollo de las operaciones, de tal manera que las primeras imágenes significativas que aparecieron fueron las realizadas una vez que la guerra ya había terminado. Al tratar de limitar tanto el acceso de los corresponsales a las unidades, muchos percibieron la creación de un claro ambiente de censura, razón por la que un sector crítico de la profesión denunció el sistema

implantado y, a partir de entonces, el Pentágono tuvo que realizar notables esfuerzos para intentar mejorar el sistema de relaciones sin por ello debilitar la seguridad operativa.

La puesta en práctica en Somalia (1992) de los denominados *Grupos de Defensa* —se incorporaba en uno de los buques de desembarco a 20 periodistas norteamericanos a los que se daba prioridad en cuestiones de acceso a operaciones de transporte y apoyo logístico— demostró que era muy difícil conseguir el equilibrio que se pretendía, pues la sorpresa se produjo al encontrarse con un centenar de periodistas independientes esperando el desembarco en las playas de Mogadiscio. Por otra parte, las imágenes de combatientes somalíes arrastrando el cadáver de un soldado norteamericano por las calles de la capital tuvieron dos efectos, uno de ellos totalmente inesperado. Si la opinión pública conmocionada por las imágenes pedía una reacción contundente contra los autores que, además, sirviera de ejemplo, el Congreso de los EE UU convenció a la ONU para que, de inmediato, se procediese a la retirada de dicho territorio.

Tras criticar el olvido en el que permanecen muchos conflictos, Rieff subraya cómo, durante la guerra de Bosnia, el exsecretario general de la ONU, Butros-Gali, se quejó airadamente de los ataques proferidos en los **mcs** occidentales contra su papel en los Balcanes y comentó que «la *CNN* funcionaba como si fuera el decimosexto miembro del Consejo de Seguridad de la ONU», afirmación que considera exagerada ya que el contingente de periodistas internacionales allí destacado, «tremendamente parcial», se mostró incapaz, a pesar de todos sus esfuerzos, de «avergonzar» a sus gobiernos lo suficiente como para forzarlos a una intervención que levantara el cerco de Sarajevo.

Por el contrario, Halimi recuerda cómo, en enero de 1994, el ministro francés de Defensa, F. Leotard, al evocar la suerte de Bosnia, afirmaba sin dudar: «Son ustedes, señores periodistas, quienes salvarán Sarajevo con sus excelentes emisiones». En todo caso, nadie cuestiona ya que ese conflicto se convirtió, para los periodistas, en *la* noticia internacional y sólo el genocidio ruandés (1994), en el que por la inacción del Consejo de Seguridad perecieron 800.000 personas en seis meses, conseguiría apartar la atención de los **mcs** de la suerte de Sarajevo.

Al reflexionar sobre lo sucedido en Ruanda, Kapuscinski resalta que muchos de los periodistas allí presentes, llegados directamente a bordo en aviones fletados por la ONU, era la primera vez que pisaban África y no tenían la menor idea de dónde se encontraban ni las causas del conflicto, de tal manera que no sólo no se les podía considerar culpables de tal situación, sino que acabaron convirtiéndose en las primeras víctimas de la arro-

gancia de sus jefes. En ese sentido, el cámara de una gran cadena norteamericana de TV rechazaba que se le pudiese exigir ningún tipo de responsabilidad, ya que recordaba que «en una sola semana he estado filmando en cinco países de tres continentes». Lo cierto es que millones de personas vieron escenas de matanzas étnicas acompañadas, por lo regular, de comentarios muy equivocados sobre las verdaderas causas del conflicto.

Especialmente significativa resulta la reciente sentencia dictada por el Tribunal Internacional para Ruanda el 2-XII-03, en la que se condena por genocidio e incitación pública a cometerlo, y por crímenes contra la humanidad en las modalidades de persecución y exterminación, a los considerados máximos responsables de los llamados *medios del odio* —la radio televisión *Mil Colinas*, denominada también *radio machete*, y la revista *Kangura*—, a causa del papel jugado en dichas matanzas, al tratarse de la primera vez que, desde los procesos de Núremberg, se sentaba a periodistas en el banquillo de una corte internacional por crímenes de guerra, atendiendo a la responsabilidad que acarrea el gran poder de los **mcs** para «crear y destruir valores humanos».

Frente al principal argumento de la defensa, de hacer prevalecer la libertad de información, el tribunal argumentó que los condenados causaron la muerte de miles de personas «sin empuñar un machete ni un arma de fuego». Tras recordar que los **mcs** prepararon el terreno para el genocidio más vertiginoso conocido, la juez resaltó que la radio era «el medio de comunicación que llegaba a más gente en Ruanda» y ratificó: «Ustedes sabían del poder que tenían las palabras y en lugar de usar medios legítimos para defender su patriotismo optaron por el genocidio. No respetaron la responsabilidad que conlleva la libertad de expresión y envenenaron las mentes de sus lectores». Para los analistas, la sentencia sienta un precedente y pone al descubierto que la matanza se pudo evitar con sólo interferir las emisiones de radio.

Al conflicto de Kosovo (1999) fueron enviados más corresponsales que nunca (2.700 acompañando a las fuerzas de la OTAN, frente a los 500 que, como máximo, cubrieron la de Vietnam), dotados de los medios de transmisión más sofisticados. Gracias a los *briefing* diarios en Bruselas y a las periódicas ruedas de prensa en las capitales occidentales, los ciudadanos podrían saber más de esta guerra que de cualquier otra anterior en la historia. A pesar de ello, Knightley recoge testimonios para constatar que «Kosovo resultó ser la operación más secreta que puede recordarse» (A. Horne), que «Se nos daban montones de datos pero ninguna información» (J. Lynch), o para calificarlo de «primer conflicto luchado por la prensa» (P. Dunn).

En realidad, y dada la altura a la que se realizaban los bombardeos aéreos, sólo los militares y las víctimas sabían lo que realmente pasaba en el terreno, ya que, como no podían acercarse a la guerra, los corresponsales o bien se reunían en la sede de la OTAN o se apiñaban a lo largo de las fronteras intentando ver algo. Paradójicamente, allí eran entrevistados por sus colegas desde los estudios, quienes solían ponerles al día de las últimas noticias antes de grabar sus crónicas, dado que disponían de más y mejor información.

En el interior del territorio, la primera reacción del presidente Milosevic fue expulsar a los periodistas extranjeros e impedir que los que se quedaran pudiesen trabajar libremente. Cerró las fronteras y trató de controlar los teléfonos móviles, de tal manera que el mundo occidental sólo pudiese ver las imágenes de los bombardeos de la OTAN, con lo que sus opiniones públicas comenzaron a cuestionar la operación, hasta el punto de oponerse a la tercera fase, que implicaba la intervención de las fuerzas terrestres. Sólo las comunicaciones mantenidas con el interior de Kosovo y las escasas imágenes sacadas por algún refugiado, que dieron a conocer lo que sucedía dentro, harían cambiar con posterioridad esa opinión.

Con el fin de minar el apoyo a la guerra en los hogares occidentales, los **mcs** oficiales serbios informaron debidamente de los bombardeos a la sede de su TV, al tren que pasaba por el puente o a los convoyes de refugiados en Kosovo. En ese sentido, el ataque a la emisora de TV serbia provocó, en el mismo seno de la OTAN, su cuestionamiento respecto a la legalidad de tal decisión, pues mientras los abogados británicos afirmaban que las Convenciones de Ginebra prohibían establecer como objetivo a los periodistas y las emisoras de TV, desde el lado estadounidense se argumentaba que el supuesto «discurso del odio» divulgado por la TV anulaba la inmunidad legal que le proporcionaba el DIH.

Los reporteros occidentales destacados en Belgrado se enfrentaron a elecciones muy difíciles, pues, si iban en tours organizados por los serbios a los lugares de los ataques de la OTAN e informaban de lo que les presentaban como la verdad, corrían el riesgo de que se les considerara víctimas del engaño del régimen serbio; por el contrario, si se negaban a ir, se arriesgaban a ser deportados o a perderse las imágenes que la competencia grabaría. Mientras la OTAN intentó manipular a la prensa haciéndoles creer que se mantenía la unidad de la Alianza y que el bombardeo estaba funcionando, el régimen serbio trató de utilizar a los **mcs** occidentales para conseguir sus fines.

En relación con el modelo Malvinas, puesto a punto en 1982 y aplicado particularmente en la guerra del Golfo (1991), la de Kosovo no aportó

ninguna innovación fundamental, pues la OTAN puso en marcha el dispositivo mediático concebido en 1986 y corregido tras las lecciones aprendidas en 1991. En una palabra, se trataba de «hacer invisible la guerra y convertirse en la principal fuente de información de los periodistas».

En opinión de Ramonet, los **mcs** se vieron durante dos meses reducidos a comentar una «imagen crucial ausente», la de las atrocidades cometidas por las fuerzas de Belgrado contra la población civil de Kosovo, descritas por muchos deportados, pero que ninguna imagen había mostrado ni ningún reportero había visto con sus propios ojos, lo que constituía un fracaso para la máquina mediática, especialmente la audiovisual, que llevaba diez años intentando convencer de que informar consistía, esencialmente, en «presenciar el hecho». De ahí, también, las polémicas entre los defensores de la «verdad oficial» de la OTAN y algunos observadores disidentes con esa versión. Para el veterano corresponsal, R. Fisk, esa imposibilidad de acceder a la guerra produce dos tipos de periodistas: los que dicen naderías, «convencidos de la justicia de la guerra y de la maldad del otro bando», y las *ovejas*, que siguen a ciegas los dictados de la OTAN.

El mismo Ignatieff, al preguntarse qué es lo que había cambiado entre Vietnam y Kosovo, responde que, básicamente, los militares habían ganado su larga batalla, de 150 años, contra los corresponsales de guerra, toda vez que, frente a la actitud de éstos de querer siempre contar todo, la actitud de los militares es: «No digan nada hasta que la guerra no haya acabado, entonces cuéntenles quien ha ganado». A su juicio, el problema es que, mientras los corresponsales de guerra tienen una vida laboral activa corta y no suelen transmitir sus conocimientos y experiencia, los militares, como institución continuista, aprendieron mucho en Vietnam y ahora planean su estrategia periodística tanto como la militar.

Así, la mayor parte de Ministerios de Defensa disponen de manuales que sirven para guiar la forma en que se debe tratar a los **mcs**, cuyos principios básicos son: parecer transparente y ansioso de ayudar, nunca dedicarse a la represión sumarial o al control directo, invalidar más que ocultar las noticias no deseables, controlar el énfasis más que los hechos, compensar las malas noticias con otras buenas y negar la verdad directamente sólo cuando se tiene la certeza de que no será descubierta en el curso de la guerra.

En una conferencia en Bruselas, el portavoz de la OTAN durante el conflicto, J. Shea, al reflexionar sobre lo sucedido en Kosovo realizó una severa autocrítica pública —«ser portavoz en tiempos de guerra es una maldición»—, considerando que los gobiernos democráticos deben informar mejor y más rápido a la prensa durante las guerras, acompañada de una crítica a los

periodistas, ya que a veces se comportaron de forma «gregaria», sin valentía ante Belgrado ni distancia frente a la OTAN. Puso un ejemplo paradigmático, en relación con el bombardeo accidental de unos tractores en Djakovica, considerado el primer gran error de la OTAN en el conflicto, del que las autoridades militares dieron «versiones contradictorias» y su servicio tardó cinco días en recopilar información solvente; al mismo tiempo estaban sucediendo hechos de mucha mayor trascendencia que no tuvieron igual eco; sin embargo, no critica a los medios de comunicación, porque él mismo ignoraba la celebración de alguno de esos acontecimientos.

Explicaba que su máximo deseo hubiese sido poder «filmar en tiempo real» los abusos cometidos por las fuerzas serbias, algo imposible, por lo que, de cara al futuro, proponía que se dotase de material de alta tecnología a los aviones para que pudiesen filmar a gran altura y «así se podría ganar la batalla informativa». Entre las críticas dirigidas a los **mcs** y a los periodistas, señalaba que a veces incumplieron su «obligación de decir lo que saben y también lo que ignoran, explicando a sus lectores los límites que encuentran a su información», que fue lo que ocurrió con los enviados especiales a Belgrado, quienes «mantuvieron una actitud muy floja» de denuncia de las imposiciones y censuras impuestas por Milosevic. Tampoco se libraron de sus críticas los corresponsales de Bruselas, porque muchas veces «dependían de una sola fuente» (la oficial aliada), demostraban una «mentalidad gregaria», se basaban en lo que les comentaban algunos colegas, acompañaban sus crónicas al enfoque de la *CNN* y se documentaban poco sobre las raíces del conflicto.

Lo cierto es que de la experiencia de Kosovo se obtuvieron buenas enseñanzas, que algunos, como los rusos, aprendieron y aplicaron de inmediato, y así, cuando iniciaron la segunda campaña de Chechenia, pusieron en marcha un sistema de organización de la información basado en el desarrollado por la OTAN. Un gabinete en Moscú ofrecía *briefings* al estilo OTAN, mientras en el frente se hacía todo lo posible por obstaculizar a los reporteros y excluirles de las zonas de batalla.

Otra de las diferencias con conflictos anteriores, fue que, en Kosovo, los asesores jurídicos militares estaban ya integrados en todas y cada una de las fases de la campaña aérea. Siempre al lado del mando aliado, se sentaban frente a sus ordenadores, en cuyas pantallas estaban disponibles los textos de las Convenciones de Ginebra, y valoraban todos los interrogantes que pudiera suscitar cada objetivo con respecto a las normas establecidas en las mismas. Con ello, trataban de dar respuestas a interrogantes respecto a la naturaleza de los objetivos (civiles o militares), la proporcionalidad de los medios a emplear o los riesgos de provocar daños a la población civil.

## Los conflictos armados tras el 11-S

La situación se ha visto agravada de manera determinante a partir de los sucesos del 11-S, teniendo la mayoría de los **mcs** que realizar, a falta de la necesaria información oficial contrastada, descripciones de la realidad en base a simples suposiciones que las aproximan a las del común de los ciudadanos. Las denominadas *nuevas guerras*, caracterizadas en muchos casos por combatir a enemigos sin rostro, que emplean armas no convencionales en territorios no delimitados, dificultan de manera notable el trabajo de los profesionales de la información. Si bien nadie cuestiona todavía de manera abierta la validez de este tipo de conflictos, ni pone en duda la eficacia con que se trata de conducirlos, todos son conscientes de que las autoridades, civiles o militares, no están contando toda la verdad de lo que sucede. El mismo departamento de Defensa de EE UU ha advertido de que, a partir de ese momento, utilizaría la difusión de noticias falsas para conseguir los objetivos estratégicos establecidos de antemano.

Esa misma línea de secretismo fue la que impuso el Pentágono en Afganistán (2001), donde los reporteros no tuvieron permiso para adentrarse en el escenario bélico casi hasta el final del conflicto, de ahí la reacción de protesta airada de muchos periodistas. J. Crawley, del *San Diego Union Tribune*, señalaba que los reporteros como él habían estado secuestrados en la base afgana de Camp Rhino y que los únicos que podían moverse con las tropas eran los informadores de los *marines*, pues a los corresponsales civiles les dejaban detrás de las tropas; K. Kiklighten, excapitán de *marines*, se quejaba de que no le hubiesen dejado moverse por el campo de reclutamiento de Perris Island sin que le acompañase permanentemente un oficial de prensa, y T. Bowman, del *Baltimore Sun*, denunciaba haber encontrado «restricciones de pesadilla» para informar desde Kandahar, ya que, al no tener acceso libre a las bases norteamericanas y sólo poder hacer visitas guiadas, la situación terminó pareciéndose a «un parque temático».

Al realizar un balance sobre lo sucedido en Afganistán, el portavoz del Pentágono, B. Whitman, opinaba que constituía la última lección aprendida por los militares de su país, cuyo resultado, según sus propias autoridades, había sido considerado desastroso. Tras citar algunos ejemplos concretos de esos errores, plantea que, una vez analizada la experiencia, la hipótesis actual de su departamento es que, si los reporteros hubieran participado en esa misión, al menos habría existido una versión alternativa, pues como señala J. Wilkinson, portavoz del Comando Central al *The New York Times*, «Las primeras imágenes son cruciales porque marcan la pauta informativa de la guerra».

Además de la falta de transparencia informativa, la guerra de Afganistán se convirtió en la que más periodistas fallecieron de las habidas en los últimos años, entre ellos el español Julio Fuentes, cuando el convoy en el que viajaba en compañía de otros colegas sufrió un ataque, a consecuencia del cual cayeron muertos, también, M<sup>a</sup> G. Cutuli (*Il Corriere della Sera*), H. Burton y A. Haidari (*Reuters*). Por cierto, dos años después, todavía no se han esclarecido las causas de lo sucedido, debido, principalmente, a la escasa colaboración de las autoridades afganas y a la inoperancia de las autoridades judiciales italianas, por lo que el caso corre el riesgo de archiverso o malograrse en múltiples vericuetos procesales. En lo que sí hay acuerdo es en que, tal y como señala un tribunal romano, el suceso se produjo en un contexto de hostilidad hacia la prensa internacional, pues «estaba claro que se quería crear un estado de pánico hacia los enviados especiales de los principales medios informativos».

Para hacer frente a todo ese secretismo, se creó en EE UU (IX-02) la organización *Military Reporters and Editors* (MREs), promovida por un grupo de los mejores y más experimentados corresponsales de guerra, cuya principal queja se refería a la imposibilidad de acceder libremente a las tropas no sólo en los escenarios de batalla, sino incluso en sus propias bases. Dado que muchos de los reporteros norteamericanos estaban convencidos de que la guerra contra Irak comenzaría a primeros de año, de hecho, la primera actividad del MREs fue organizar esos días en Washington un seminario titulado *Informar sobre la próxima guerra: Irak*, al tiempo que varios periódicos anunciaban el próximo envío de algunos de sus periodistas a cursillos especializados sobre guerra biológica, no sólo como medida de protección, sino también ante el temor de que el Pentágono utilizase esa eventual amenaza iraquí para impedir todavía más el libre movimiento de esos profesionales.

Antes de finalizar ese mismo año, y en idéntica dirección, la mayoría de periodistas de EE UU se declaraban muy preocupados por si éste iba a ser el estándar informativo caso de declararse la al parecer inminente guerra contra Irak, para lo cual trataban de unir sus esfuerzos. Uno de los primeros en lanzar la voz de alarma fue el veterano W. Cronkite, quien llevaba ya semanas denunciando que los norteamericanos no sabían lo suficiente sobre las acciones de sus tropas —«tenemos la obligación de conocer qué están haciendo en nuestro nombre»— y apoyaba los anuncios del manifiesto *Common Cause*, en los que, junto al exgobernador de New York M. Cuomo o la escritora Amy Tan, se cuestionaba que Irak fuese una auténtica amenaza para EE UU.



A finales de 2002, la idea de una guerra inminente en Irak llevaba a los **mcs** a pensar que, por primera vez desde la guerra de Vietnam, iban a tener asientos de primera fila en un conflicto armado iniciado por EE UU. En relación con la primera guerra del Golfo (1991), caracterizada por un control extremo del estado mayor sobre la información, hasta el punto que se había podido hablar de una «guerra sin imágenes», ahora se intentaba llevar a cabo una completa revolución desde el punto de vista informativo. Para ello, el secretario de Defensa había extraído lecciones de la guerra de Afganistán, donde, mientras los **mcs** norteamericanos se lamentaban de haber sido mantenidos lejos de las operaciones y de no poder dar cuenta de mucho más de lo que informaban los comunicados y conferencias de prensa oficiales, siempre indirectas, Rumsfeld respondía que el país se había llenado de periodistas, no reconocidos por las autoridades militares, que podían ir donde quisieran, corriendo riesgos y peligros por su cuenta, bien es verdad que sin poder acceder a las zonas de combate.

## **La guerra de Irak**

Desde antes del comienzo de la guerra, la avalancha de periodistas que acudió a Irak desbordó todas las previsiones del gobierno y, a pesar de los esfuerzos para tratar de mejorar su imagen en el exterior, no fueron capaces de controlar su trabajo, al carecer de funcionarios suficientes para ello. Lo que sí parecía tener claro el Pentágono era que le interesaba más dar acceso al conflicto a los periodistas, y entrenarlos antes, que tener que informar en ruedas de prensa como había sucedido en la guerra del Golfo. Esa idea, del propio presidente Bush, de relajar las normas de relación con los **mcs**, escarmentado quizás por el mal sabor que había dejado su padre en 1991, suponía un cambio sustancial en la política de secretismo que imperaba en la Casa Blanca.

A la hora de poner en marcha el proyecto de adiestrar a los periodistas para poder ir al frente de batalla, pesaba mucho la experiencia de Afganistán, ya que los militares consideraban que, tarde o temprano, los **mcs** acababan por enterarse de lo que ocurre en la zona de operaciones, y, si no lo consiguen, las informaciones que suministran finalmente aparecen tergiversadas. Esa nueva doctrina informativa requería, en primer lugar, un proceso de selección, de medios y profesionales de diversos países (la mayoría norteamericanos o británicos), y entrenamiento de los mismos en campamentos dentro de EE UU, en cursillos de una semana de duración donde se les impartiría una serie de *Reglas de Campo* (50), precisas e inquebran-

tables, de obligatorio cumplimiento mientras estén integrados en la unidad a la que sigan, so pena de ser devueltos de inmediato a su país. Aún con ciertos recelos, por temor a ser considerados espías, los **mcs** de EE UU acogieron positivamente ese cambio de política.

Surge así el concepto *embedded*, que en castellano puede traducirse por *empotrado* o *incrustado*, o incluso por otro mucho más gráfico como es el de *encamado* (del inglés *bed-cama*). En realidad, se trataría, como señalan otros, de una especie de «matrimonio de conveniencia» oficializado por el Pentágono, que duraría lo mismo que durase la guerra. En todo caso, lo que pretendía el Pentágono era realizar el mayor despliegue informativo desde la II Guerra Mundial, para lo que contaría con más de 500 periodistas *empotrados* en las unidades, además de los más de 4.000 que hacían cola en Kuwait para entrar en Irak, los cuales podrían moverse a sus anchas pero no tendrían información militar de primera mano. Muchos de éstos consideraban un insulto someterse a ese tipo de limitaciones, sin percatarse que iban a ser sometidos también a un control de movimientos muy estricto.

De cualquier manera, la cobertura informativa de la guerra se iba a ver sometida a una serie de reglas, algunas de las cuales no debería pasar por alto todo aquel periodista que se «alistase» para narrar el conflicto. En ese sentido, el coronel norteamericano Thomas fue explícito al advertir que, de cara a asegurar el éxito de la operación, la censura para los periodistas *incrustados* sería total hasta que se cruzase la frontera con Irak, «para mantener el efecto sorpresa y no dar información al enemigo sobre nuestras intenciones», si bien las restricciones posteriores «serían mínimas». En cuanto a la toma de imágenes, mientras las FAS de EE UU no permitirían, «por consideración a sus familias», las de soldados aliados muertos en acción si su rostro o nombre eran reconocibles, el portavoz británico del CPIC, coronel Byrne, recordaba además que sus FAS también prohibirían fotografiar o filmar a los soldados heridos.

El objetivo que perseguía el Pentágono, al aceptar una fuerte presencia mediática junto a militares generalmente hostiles a esta idea, era doble, ya que, por un lado, tras las acusaciones de haber atacado a la población civil en Afganistán, Rumsfeld pretendía evitar que, con la presencia de periodistas en las unidades, el régimen iraquí pudiese provocar él mismo «daños colaterales» para dirigir las opiniones públicas contra los dirigentes americanos. De otro lado, quería favorecer la proximidad entre sus conciudadanos y los soldados expuestos al peligro de la guerra. Algunos llegaban incluso a plantear que la presencia de periodistas le podía servir, también, de pretexto para incitar a los militares a un mayor

respeto de las reglas del DIH y a dar pruebas de prudencia en la conducción de las hostilidades.

Ramonet considera que si algo habían aprendido las autoridades iraquíes durante la primera guerra del Golfo fue la importancia de los **mcs** y, muy en particular, de las televisiones. De la entonces exclusiva mundial de la *CNN* se había pasado en la década de los noventa a una auténtica proliferación de canales de información continua en todo el planeta, y muy particularmente en el mundo árabe. Si en la guerra de Afganistán se hizo famosa *Al Yazira*, en ésta se vería completada con la presencia de las también árabes *Abu Dhabi TV* o *Al Arabiya*, las cuales, además de jugar con la ventaja del idioma, contaban lo que ocurría dentro de Irak, ofreciendo tanto la versión de las autoridades del régimen como de la población civil que sufría los efectos del conflicto. La primera de ellas, con 40 millones de telespectadores, fue la que dio la primicia de las imágenes de víctimas civiles en los ataques aliados a Bagdad, que ayudaron a incrementar la fiebre antinorteamericana en el mundo árabe, y las de los primeros soldados norteamericanos muertos en combate o capturados como prisioneros de guerra, cuyo impacto psicológico, sobre todo en EE UU, fue extraordinario.

El Pentágono, que aseguraba querer acabar con la mala fama generada en 1991, afirmaba que el grado de accesibilidad al teatro de operaciones estaría en función del riesgo que los periodistas representasen para la misión, de tal manera que en algunas ocasiones tan sólo estarían presentes los miembros de las llamadas «Células Tácticas de Información Conjunta», formadas por fotógrafos, cámaras y reporteros en la nómina de Defensa, equipos que, de alguna forma, suplían a los *pools* creados en la anterior guerra, integrados por medios independientes. Sin embargo, esas promesas de transparencia no dejaban de levantar suspicacias en los **mcs**. Así, D. Bloom, de la *NBC*, sostenía: «Dicen que quieren mejorar la credibilidad del Pentágono, pero estas células van a cuestionarla aún más».

Aun cuando la imagen que los **mcs** daban de la ofensiva terrestre era claramente positiva, Rumsfeld consideraba necesario explicar que lo que se veía en las imágenes «no es la guerra, sino trozos de guerra» y temía que las imágenes deformasen la realidad, haciendo aparecer la guerra como muy fácil o, al contrario, más difícil de lo que era. En un primer momento, el resultado excedió las expectativas de su departamento y, en general, la operación se consideraba positiva para el gobierno, que podía hacer valer ante la opinión pública que no se le ocultaba nada de lo que allí ocurría. Treinta años después de Vietnam, Rumsfeld intentaba hacerse aliado del ansia de informaciones y de imágenes de sus conciudadanos — llegó a señalar, durante el conflicto, que una de las lecciones que el Pentá-

gono debería aprender del «laboratorio» iraquí era «cómo convivir con la prensa en una situación de guerra»—, opción que para el antiguo reportero de *CBS*, M. Kalb, ahora dedicado a estudiar en Harvard las relaciones entre *mcs* y política, no dejaba de ser «una decisión audaz y peligrosa».

Muchos consideran que se trató de «La guerra mejor contada de la historia», al ser la primera que se pudo transmitir en directo, gracias a los ingenios de telecomunicaciones de última generación, incluidos correos electrónicos y miles de páginas *web* independientes a través de internet, que permiten conectar en tiempo real. Si la II Guerra Mundial fue la guerra de la radio, la de Vietnam de la TV, la del Golfo de la *CNN*, ésta iba a ser la de internet, como lo demuestra el «hito cibernético» que supone haber sido la palabra más buscada durante el conflicto.

Gracias a esos medios, se ha podido conocer casi todo de lo sucedido durante el conflicto, incluidas las muertes de los cerca de 30 periodistas que fallecieron mientras cumplían con su deber de informar, cifra que, en porcentaje, supone considerar la labor informativa como una de las actividades más peligrosas en esa guerra. Como es lógico suponer, por lo trascendencia que tuvo a nivel interno, la opinión pública española siguió con mucho interés todo lo sucedido en relación con el fallecimiento de Julio Parrado, *incrustado* con las FAS norteamericanas, y, sobre todo, la de José Couso, al haber sido retransmitida en directo por compañeros suyos que se encontraban con él en el hotel Palestina de Bagdad y que ha generado una ola de simpatía por su persona y otra más crítica con el comportamiento de las autoridades de EE UU. En otra dirección, merece subrayarse también la trascendencia que ha tenido en Gran Bretaña el enfrentamiento que el gobierno de T. Blair mantuvo con la televisión pública (*BBC*) por su cobertura de la guerra —se llegó a acusarla de actuar como «un amigo de Bagdad»—, agravada por el suicidio de un científico acusado de filtrar información oficial a la emisora.

## **El papel del CICR**

Excluidos del análisis aquí realizado los militares encargados de relacionarse con los *mcs*, por ser profesionales de las FAS y tener reconocido el mismo estatuto que el resto de sus compañeros, hay que decir que la presencia de periodistas en un conflicto armado plantea una diversidad de problemas a los que el DIH trata de dar respuesta. Lo primero que se constata, tras una lectura de los diferentes textos, es que esta rama del derecho no entra en ningún tipo de consideraciones en torno a la legali-

dad o legitimidad de la actividad de los profesionales de los medios de comunicación, por lo que, como señala Gasser, es erróneo decir que los instrumentos del DIH «sean una concretización y una adaptación de los derechos humanos para esta situación de crisis que es la guerra», pues su función no es proteger la labor de esos profesionales sino a las personas que la realizan.

U. Boegli, jefe del Servicio de Prensa del CICR, resalta cómo, a menudo, los conflictos modernos están rodeados de un vacío de comunicación, por lo que ya es hora de que se haga algo al respecto. En esta época de la *postguerra fría*, los beligerantes y demás personas que participan en las guerras actuales parecen tener menos deseos que nunca de hacerse oír y ya no les importa tanto como antaño lo que piense el resto del mundo. A su juicio, ya no temen molestar o poner en un aprieto a sus patrocinadores, pues, de hecho y en la mayoría de los casos, ni siquiera tienen patrocinadores, ni los necesitan. Su aspiración, al contrario de tantos movimientos de liberación nacional de los años 60 y 70, no es pronunciar discursos ante la ONU y, a la mayoría, no les preocupa en absoluto ni el mundo exterior ni su imagen internacional.

Al igual que otras muchas organizaciones, el CICR está convencido de que las declaraciones improvisadas pueden poner en grave riesgo a sus representantes e incluso producir daños inesperados, a causa de lo que el presentador de la *BBC N. Gowing* denomina «la tiranía del tiempo real», es decir, que el más mínimo paso en falso durante una entrevista pueda difundirse de manera instantánea a cualquier rincón del planeta. La experiencia del CICR en 1996, considerado su *annus horribilis* —nueve colaboradores asesinados—, es una buena muestra de lo dicho, pues, a los pocos días de seis de esas muertes en Chechenia, uno de los denominados «nuevos guerreros» de África se acercó a un delegado del CICR y le dijo: «Si no te andas con cuidado, te puede pasar lo mismo que a los de Grozni», amenaza que pone de manifiesto lo rápido que corren las noticias hoy en día y los problemas que ello puede acarrear.

Para analizar lo que sucede en situaciones de tensiones o disturbios dentro de un país que no llegan a tener siquiera el carácter de conflictos armados internos, es necesario otro enfoque, pues la inseguridad de las personas que pueden verse afectadas por los mismos, en mayor medida la de los periodistas, se incrementa de manera notable al no estar sometidos a la regulación del DIH. Si se tiene en cuenta que este tipo de situaciones suele plantearse en Estados con escaso desarrollo democrático y con un sistema de garantías legales muy frágil, no es extraño que en la mayor parte de los casos haya que echar mano de tratados internacionales a la

hora de garantizar la seguridad de esas personas, en especial los que hacen referencia a la defensa de los derechos humanos.

Aunque en ellos se establece la vigencia del núcleo fundamental de derechos en cualquier situación, es habitual que los relativos a libertad de información sean los primeros en ser limitados so pretexto de consideraciones relacionadas con la seguridad nacional, de tal manera que es difícil amparar en esos supuestos el ejercicio libre de la profesión periodística. Lo que ya resulta más complicado es incumplir la normativa relacionada con los derechos que se refieren a prohibiciones de detenciones arbitrarias o no gozar de un juicio justo con las garantías que permitan una adecuada defensa, de ahí la trascendencia que suele tener la presión desde organizaciones políticas, humanitarias y profesionales.

Precisamente el CICR, organismo al que el DIH atribuye un cometido estrictamente humanitario, en su compromiso de aliviar el sufrimiento de las víctimas de la guerra puede ayudar a los periodistas desaparecidos, capturados o encarcelados durante los conflictos. Así, si uno de ellos desaparece en el ejercicio de su profesión, ha de comunicarse el hecho al CICR, ya sea a su representante en el terreno o a su División de Prensa en Ginebra, a fin de que pueda entablar contacto con los combatientes y procure determinar su paradero, para lo cual intenta mantener la comunicación permanente con los jefes de todos los bandos implicados en el conflicto, a fin de poder entrevistarse con él y conocer las circunstancias de la detención, facilitándole ayuda material cuando sea necesario y sirviendo de intermediario para que los familiares se comuniquen con él, para, una vez finalizado el conflicto, realizar las gestiones encaminadas a lograr su pronta libertad. En todo caso, el CICR ha sido, y seguirá siendo, una fuente muy valiosa de información para los profesionales de los **mcs** que saben las limitaciones que tiene una organización como ésta y que están dispuestos a entablar una relación de trabajo basada en la discreción y en la confianza mutua.

### **Consideraciones Finales: necesidad de conocer y divulgar el DIH**

Como primera conclusión de todo lo expuesto hasta el momento se puede decir que, a la vista del actual DIH, la protección que se dispensa al periodista que realiza su trabajo en un conflicto armado es, en palabras de Gasser, «todavía precaria». A partir de esta constatación también se puede decir que, con la aprobación del Protocolo I de 1977, se ha dado un gran paso en esa protección al considerarlo como persona civil y tener garanti-

zado, al menos, los derechos que el IV Convenio y el citado Protocolo reconocen a todas las personas civiles que no participan en las hostilidades. Como afirma Madoux, según lo que estipulan las normas del DIH, «un periodista no está ni más ni menos protegido que cualquier otra persona civil». El problema se vio agravado en Irak, si se tiene en cuenta que, además de la escasa protección que otorga el Protocolo, el mismo no había sido ratificado todavía por EE UU e Irak.

La ventaja que se puede extraer de toda situación de dificultad para un profesional de los **mcs** es que la parte que lo tenga en su poder habrá de tener que soportar todo tipo de presiones al más alto nivel, tanto desde instancias oficiales —su Estado u otras organizaciones internacionales— como profesionales, en especial desde los Colegios y Asociaciones de periodistas. En ese sentido, conseguir poner de su parte a un sector importante de la opinión pública es una buena manera de ayudar a la protección del resto de víctimas del conflicto, situación que suele agrandar muy poco al bando que lo ha capturado, razón por la que es normal que se intente resolver cuanto antes y de la mejor manera el problema que la detención le plantea.

Esa función complementaria que tiene el trabajo del periodista, de servir a una mejor observancia de las normas del DIH, en la medida que sean capaces de sensibilizar a una gran parte de la opinión pública y que tomen conciencia del sufrimiento que suponen los conflictos armados, se puede ampliar también al ámbito más concreto de la denuncia de las violaciones que se produzcan a dicha normativa que, en función de su gravedad, pueden llegar a tener la consideración de crímenes de guerra y, por tanto, ser objeto de persecución por la nueva Corte Penal Internacional (CPI). Esta responsabilidad subsidiaria significa que no sólo hay que procurar el mayor nivel de seguridad para el periodista que lleva a cabo su misión en un conflicto armado, sino que interesa mantener intacta su capacidad de denuncia de los incumplimientos que se produzcan al DIH, para lo cual resulta imprescindible que, antes de realizar su misión, conozca el contenido de dichas normas.

Es en este campo, del conocimiento del DIH, donde muchas veces se sitúa el núcleo fundamental de la cuestión que este trabajo trata de abordar, toda vez que, al menos en España, no es habitual incluir en los programas de estudios de las diferentes facultades de Ciencias de la Información sesiones dedicadas al estudio de estos temas, con lo que, al final, resulta que unos de los profesionales que más pueden hacer por la divulgación y el respeto del DIH en el mundo, no conocen las normas que les protegen a ellos y a las demás víctimas del conflicto, con lo que la virtua-

lidad de su trabajo queda claramente limitado. En nuestro país, recientemente, la Escuela de Guerra del Ejército de Tierra, en colaboración con el Centro de Estudios de DIH de Cruz Roja española, ha llevado a cabo el primer curso de información a periodistas que ha servido para estrechar las relaciones y el conocimiento mutuo entre ambos profesionales.

Toda vez que la cobertura mediática de los conflictos armados no suele presentarse desde la perspectiva de las infracciones que se cometen contra el DIH, considerado como una «enrevesada jungla de premisas, principios, aseveraciones y tecnicismos, impenetrable para la mayoría de los legos», Madoux considera que la solución pasaría por un mayor conocimiento de esa normativa (incluida también la relativa a derechos humanos y de asilo y refugio). A su juicio, la cobertura de los conflictos armados de la década de los noventa ha dejado en muchos periodistas una «sensación de frustración y desaliento», al ser, en muchos casos, los primeros en descubrir que las grandes potencias, lejos de defender el DIH, estaban dispuestas a eludirlo, siempre que no hubiera intereses comerciales o de vital importancia en juego y que tal posición no atrajera la atención de la prensa.

Sin embargo, ese compromiso puede ser puesto en cuestión si se tiene en cuenta la última polémica surgida precisamente ante el Tribunal para la antigua Yugoslavia de La Haya, y que puede constituir un peligroso precedente de cara a castigar a los criminales de guerra en base a las informaciones que faciliten los profesionales de los medios de comunicación. La negativa del periodista de *The Washington Post*, J. Randal, a ratificar una información publicada en 1993, y a facilitar las fuentes de que se había servido para elaborarla, que pudiese ser utilizada para acusar a los responsables serbios plantea, en toda su crudeza, el dilema del profesional que denuncia posibles actos delictivos pero se resiste a revelar la procedencia de sus informaciones.

Aunque el tribunal sostiene que los periodistas sólo deben ser citados cuando sea estrictamente necesario «para no entorpecer su labor de recogida de información», pero insiste en que comparezca como testigo, el diario al que pertenece Randal le apoya en la apelación que ha presentado y sugiere que se regule de manera clara la forma en que se deba convocar a esos profesionales. Su director, S. Coll, en un artículo relativo al tema, expresaba el temor de que, a partir de ahora, los combatientes vean a los periodistas como «instrumentos de poderes extranjeros y los traten como tales». Más lejos va el abogado de Randal, para quien las futuras actuaciones de la CPI se verán condicionadas por la resolución que se adopte en este caso. Dado que las decisiones del tribunal son vinculantes a la luz del Derecho Internacional, si fuese rechazada su apelación, podría ser solici-



tada su extradición a Francia, país en el que reside actualmente el periodista tras haberse jubilado.

De cara a plantearse si existe, ante un conflicto armado, un «derecho de injerencia» en el campo de la información, Sandoz advierte sobre la importancia de definir claramente qué se quiere decir con dicho término. Para tratar de dar alguna respuesta a ese interrogante, echa mano de las conclusiones de una mesa redonda celebrada en San Remo en 1997, entre las que se recogía que «la tarea de trabajar en una acción humanitaria y la de informar tienen ambas una complejidad que requiere una gran competencia profesional», en mayor medida cuando se trata de un conflicto armado. Además de aconsejar un mejor conocimiento de los métodos de trabajo de unos y otros, se advertía respecto a que la colaboración que pudiera lograrse entre ellos debería enmarcarse «en límites estrictos y no ocasionar una confusión de los papeles».

Con el fin de promover el conocimiento del DIH, un grupo de periodistas y juristas, respaldado por el Washington College of Law (WCL) de la American University y su Departamento de Comunicaciones, y el apoyo financiero de las Fundaciones «Familia Sandler» y «Ford», puso en marcha el «*Proyecto Crímenes de Guerra*», cuya finalidad era ofrecer a los periodistas estadounidenses y extranjeros una formación en el ámbito del Derecho Humanitario. El primer objetivo era publicar un breve manual en formato de bolsillo sobre los crímenes de guerra, con 60 artículos periodísticos, revisados por periodistas y juristas y con el asesoramiento del CICR y de destacados expertos militares, sobre violaciones graves del DIH y crímenes contra la humanidad (ver nota bibliográfica). En cada uno de ellos se presenta un ejemplo inequívoco, presenciado directamente o suficientemente documentado por el periodista, junto con un análisis de la legislación aplicable, de los aspectos que conviene tener en cuenta y de los tecnicismos que puedan resultar relevantes.

Las recomendaciones que se imparten a los militares españoles van precisamente a tratar de resolver ese aparente dilema, ya que, al tiempo que se delimita el estatuto jurídico del periodista en zona de conflicto, se dictan orientaciones para que las autoridades militares puedan limitar o restringir la libertad de información e, incluso, la eventual prohibición o control de accesos a dichas zonas. En el Manual de Orientaciones que se entrega a los militares españoles se advierte de que, aun cuando el Derecho de los conflictos armados no protege de manera específica la libertad de expresión, no significa que no se reconozca a los periodistas el derecho de acceso a zonas peligrosas, si bien los comandantes militares pueden regular ese acceso «cuando así lo estimen pertinente por razones de seguridad», ya que dicha presencia puede lle-

gar a hacerle perder su protección «cuando siguen muy de cerca a una unidad militar o bien se aproximan a objetivos militares» al poder recibir las consecuencias de los «lícitos ataques» contra dichas unidades u objetivos.

## BIBLIOGRAFÍA:

- ARGULLOL, Rafael, *El carro de los vencedores*, El País: 18-V-03.
- BOEGLI, Urs, *Reflexiones sobre la relación entre organismos que prestan servicios en el ámbito humanitario y medios de información*, Revista Internacional de la Cruz Roja Núm. 148 (XII-1998).
- GASSER, Hans-Peter,
  - *La perspectiva de los periodistas en misión profesional peligrosa*, Revista Internacional de la Cruz Roja, enero-febrero, 1983.
  - *Comentario del protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*. Tomo II, Edit. Plaza y Janés y CICR, pgs. 1286-1295, Barcelona, 2001.
  - Instituto Internacional de Derecho Humanitario, XXII Mesa Redonda sobre *Las repercusiones de la asistencia humanitaria y de los medios de comunicación en la evolución de las situaciones conflictivas*, San Remo (Italia), 1997.
- GUTMAN, Roy W., *En el punto de mira: violaciones del derecho internacional humanitario. Cometido de los medios de comunicación*, Revista Internacional de la Cruz Roja, Núm. 148 (XII-1998).
- GUTMAN, Roy y RIEFF, David, *Crímenes de guerra: Lo que debemos saber*, Edit. Debate, Barcelona, 2003.
- HALIMI, Serge, *Les nouveaux chiens de garde*, Edit. Liber-Raisons d'Agir, París, 1977.
- HERR, Michael, *Despachos de Guerra*, Edit. Anagrama, Barcelona, 1980, 2ª edición 2003.
- JAR COUSELO, Gonzalo, «*La protección de los periodistas en los conflictos armados*», Revista «Tiempo de Paz», Núm. 68, 2003.
- KALSHOVEN, F. y ZEGVELD, L., *Restricciones en la conducción de la guerra*, Edit. CICR, Ginebra, 2001, 3ª edición.
- KAPUSCINSKI, Rispkard, *Con Herodoto en la guerra*. El País: 1-V-03.
- LEGUINECHE, M., y SÁNCHEZ, G., (coord.) *Los ojos de la guerra*, Edit. Plaza&Janés, Barcelona, 2002.
- KNIGHTLEY, Philip, *Juego sucio*.
- MILLER, Russell, *Testigos de otro tiempo*.

- MADOUX, Alain, *El derecho internacional humanitario y la misión de los periodistas*, Alocución pronunciada en la VII Mesa redonda y Simposio de la Cruz Roja del Instituto Internacional de Derecho Internacional Humanitario de San Remo (IX-1982).
- ORIENTACIONES: *El Derecho de los Conflictos Armados*, Tomo I, Edit. Estado Mayor del Ejército, Madrid, 1996.
- PILLOUD, C., *Protección de los periodistas en misión peligrosa en las zonas de conflicto armado*, Revista Internacional de la Cruz Roja, febrero, 1971.
- PLATE, Christophe, *Los informes de los periodistas no pueden evitar los conflictos*, Revista Internacional de la Cruz Roja, Núm. 839 (IX-2000).
- RAMONET, Ignacio, *GUERRAS DEL SIGLO XXI: Nuevos miedos, nuevas amenazas*, Edit. Mondadori, Barcelona, 2002.
- RIEFF, David, *UNA CAMA POR UNA NOCHE: El humanitarismo en crisis*, Edit. Taurus, Madrid, 2003.
- ROBERTS, Adam, *El papel de las cuestiones humanitarias en la política internacional de decenio de 1990*, Revista Internacional de la Cruz Roja, Núm. 834 (VI-1999).
- SIDHVA, Shiraz, *La guerra en el cuarto de estar*, El Correo de la Unesco, marzo, 2001.
- SANDOZ, Yves, *Existe un «derecho de injerencia» en el ámbito de la información? El derecho a la información desde la perspectiva del derecho internacional humanitario*. Revista Internacional de la Cruz Roja, Núm. 148 (XII-1998).



## LA CONTRIBUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A LA ERRADICACIÓN DE LAS ARMAS QUÍMICAS

María José Cervell Hortall  
*Doctora en Derecho*  
*Profesora de Derecho Internacional*  
*de la Universidad de Murcia*

### SUMARIO

1. El largo camino recorrido (...). 1.1. Los primeros pasos. A. De la prohibición del veneno (...). B (...) A la ilegalidad de las armas químicas en conflicto armado. C. Otras normas y principios del Derecho Internacional Humanitario. 1.2. ¿Fin de trayecto?. La Convención sobre Armas Químicas de 1993. 2. (...) Y el que queda por recorrer. 2.1. Las armas no letales. 2.2. El empleo del arma química como crimen de guerra. 2.3. El castigo internacional por conductas relacionadas con las armas químicas.

Cuando en el año 678 a. C. las tropas del Califa Suleiman, al intentar conquistar Constantinopla, fueron devastadas por una misteriosa arma, en forma de compuesto químico que ni el agua conseguía apagar y bautizada por los bizantinos como *fuego griego*, poco imaginaban que pasarían a la Historia como las víctimas del primer ataque químico. El secreto de la composición desapareció, pero otras civilizaciones supieron hacer uso de la química para fabricar armamento.

De esta manera, las sustancias químicas empezaron a valorarse cada vez más como útiles métodos de combate que contaban con la importante ventaja de sorprender al enemigo y multiplicar el número de bajas. La respuesta del Derecho Internacional Humanitario no se hizo esperar y pronto surgieron los primeros instrumentos que intentaron regular la cuestión. Mucho se ha avanzado desde entonces y las tímidas prohibiciones iniciales, limitadas sobre todo al veneno, han evolucionado hasta la prohibición total del arma química, impulsada, como veremos, por el *Protocolo de Ginebra sobre Gases*

---

(1) *Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos*, Gaceta de Madrid, 3 de septiembre de 1929.

*Asfixiantes* de 1925 (1) y, sobre todo, por la *Convención para la Prohibición de las Armas Químicas* de 1993 (CAQ) (2). Los Estados parecen haber conseguido controlar el peligro de este armamento pero, aún así, no es un temor totalmente enterrado y olvidado: aunque en escaso número, persisten los interesados y los reacios a someterse a control alguno, al tiempo que también determinados grupos terroristas han descubierto su gran poder destructivo y su módico precio. ¿Ha finalizado el Derecho Internacional Humanitario la misión que tenía asignada respecto de las armas químicas?. Analizar el camino recorrido, los logros o fracasos obtenidos y valorar las sendas que se abren a nuevos problemas serán los objetivos de esta investigación.

## 1. EL LARGO CAMINO RECORRIDO (...)

### 1.1. LOS PRIMEROS PASOS

#### *A. De la prohibición del veneno (...)*

Las tentativas de prohibición por parte del Derecho Internacional Humanitario de determinados métodos de combate, considerados especialmente dañinos, se sitúan en su mayoría en tiempos remotos y así ocurre con las armas químicas, cuyos primeros intentos de control coinciden con los del veneno (3) surgidos, prácticamente, con el inicio de las grandes civilizaciones. Buena prueba de ello es el *Código de Manú* (India, 500 a. C.) que, al describir las cualidades que el buen guerrero debía reunir, instaba a no atacar con armas traicioneras, punzantes, «*envenenadas* o en cuyas puntas se haya prendido fuego» (4).

---

(2) *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción*, BOE 13 de diciembre de 1996 (corrección de errores BOE 9 de julio de 1997).

(3) En cuanto la Real Academia de la Lengua define veneno como «sustancia que, incorporada a un ser vivo en pequeñas cantidades, es capaz de producir graves alteraciones funcionales e, incluso, la muerte», no encontramos dificultades para asimilar estos efectos a los provocados por un arma química, pese a ser conscientes de que un sector doctrinal prefiere asimilar el veneno únicamente a las armas biológicas. Sobre las prohibiciones del veneno a lo largo de la historia, véase PRICE, R. M.: *The chemical weapons taboo*, Cornell University Press, New York, 1997.

(4) Énfasis añadido. El texto puede consultarse en <http://projects.sipri.se/cbw/docs/cbw-hist-manu.html>. *Vid.* al respecto N. SINGH: «Armed conflicts and humanitarian laws of ancient India», *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984, pp. 521-536.

En los siglos siguientes, la necesidad de limitar el empleo de veneno en combate continuó presente en los principales códigos y tratados del Derecho de la guerra. Así, C. Siemienowicz, en el *El gran arte de la artillería* (1650), instaba a los gobernantes a no construir «...ningún globo envenenado ni otros tipos de inventos pirobolistas en los que introduzcan veneno alguno, además de lo cual, nunca lo deberán emplear para la ruina y la destrucción del hombre, ya que los primeros creadores de nuestro arte consideran estas acciones como injustas e impropias de un hombre de corazón y de un verdadero soldado» (5).

A finales del siglo XIX, que trajo consigo la positivación de buena parte del Derecho de los Conflictos Armados, se multiplicaron los instrumentos, tanto de naturaleza normativa como puramente didáctica, en los que era posible encontrar alguna referencia al respecto.

Así, el *Código Lieber* (1863) (6), durante la guerra civil americana, establecía ya (art. 16) que la necesidad militar no admite «el empleo de veneno de ninguna manera» y, aunque no se trataba de un tratado *stricto sensu*, su contenido fue esencial para el posterior desarrollo del Derecho Internacional Humanitario. La *Declaración relativa a las leyes y costumbres de la guerra* (1874), por su parte, nació con la pretensión de convertirse en el primer texto jurídicamente vinculante que recogiera de manera expresa la prohibición de veneno (art. 13, a) (7), pero el poco éxito obtenido por la Conferencia que la aprobó y la decisión final de los participantes de no ratificarla lo impidió, aun cuando no evitó que se convirtiera en uno de los textos de obligada referencia del Derecho Internacional Humanitario, con gran influencia en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907.

El *Manual sobre la Guerra Terrestre* (Oxford, 1880) (8), elaborado por el Instituto de Derecho Internacional, volvió a insistir en la prohibición, en

---

(5) En <http://projects.sipri.se/cbw/docs/cbw-hist-pledge.html> (SIEMIENOWICZ, C.: *Grand Art d'Artillerie*, 1650, citado por APPFEL, J.: *Les projectiles toxiques en 1650*, 1920, p. 234).

(6) Toma el nombre del jurista de la Universidad de Columbia que lo elaboró, aunque su denominación oficial es *Instrucciones para el gobierno del Ejército de Estados Unidos en campaña* (24 de abril de 1863). Puede consultarse en la base de tratados de Derecho Internacional Humanitario de la página web del Comité Internacional de la Cruz Roja (<http://www.icrc.org/dih>).

(7) [Http://www.icrc.org/dih](http://www.icrc.org/dih). El artículo 13, en su letra a), establecía que, de acuerdo con el principio por el cual los beligerantes no tienen un poder ilimitado en la elección de sus medios de combate, está «especialmente» prohibido «el empleo de veneno o armas envenenadas». La prohibición se recoge también el artículo 8 a) del *Manual de Oxford* de 1880 del Instituto de Derecho Internacional.

(8) [Http://www.icrc.org/dih](http://www.icrc.org/dih). La prohibición, en concreto, aparece en el artículo 8.

un intento más de determinados sectores doctrinales de recogerla oficialmente en un texto vinculante, pero no sería sino el *Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*, anexo a la II *Convención relativa a las leyes y costumbres de guerra terrestre* (La Haya, 29 de julio de 1899) (9), el primer texto jurídico del Derecho de los Conflictos Armados que, finalmente, encontró hueco para la prohibición del veneno o las armas envenenadas.

El avance verdaderamente considerable lo supuso la *Declaración sobre el uso de proyectiles cuyo objeto sea la difusión de gases asfixiantes y deletéreos* (Declaración IV.2, La Haya, 29 de julio de 1899) (10), al recoger expresamente el acuerdo de los Estados Partes de abstenerse de emplear —tal y como adelanta el propio título— «proyectiles cuyo objeto sea la difusión de gases asfixiantes o deletéreos». Por primera vez, no se recurre al término *veneno*, sino a *gases asfixiantes o deletéreos* que, ahora sin duda, encajan mejor en el concepto de arma química (pese a que algunas de ellas no adoptan la forma gaseosa). Sin embargo, la aparente amplitud de la prohibición quedó ensombrecida por el ámbito de aplicación de la Declaración, sólo obligatoria para las partes contratantes en el caso de guerra entre ellas y únicamente operativa respecto de los *proyectiles* cargados de gases, con lo que el uso de sustancias químicas, siempre que no se valiera de estos artefactos para su difusión, no resultaría, en principio, prohibido (11).

Pese a las carencias señaladas, la mención resulta ciertamente encomiable en una época en la que el arma química, cuya *valía* no había sido aún percibida por los ejércitos, era tan sólo el objeto de investigación de unos pocos, aunque su inclusión expresa en la Declaración parece signo inequívoco de que algunos ya intuían las posibilidades de empleo en el futuro (12).

---

(9) Gaceta de Madrid, 22 de noviembre de 1900. La prohibición aparece en el artículo 23. Puede consultarse también (este y otros textos a los que haremos referencia) en *Derecho Internacional Humanitario, Tratados Internacionales y otros textos* (ed. preparada por E. ORIHUELA CALATAYUD), Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

(10) [Http:// www.icrc.org/dih](http://www.icrc.org/dih).

(11) Precisamente, éste fue el argumento esgrimido por Alemania para justificar el empleo de armas químicas en la Primera Guerra Mundial (ALEJANDRE MARTÍNEZ, J.: «La no proliferación y el desarme. La Convención para la prohibición de armas químicas», Conferencia impartida en junio de 1997, en el Centro de Altos Estudios Internacionales, disponible en <http://www6.mcyt.es/ANPAQ/editoria.htm>).

(12) VAN EYSINGA, W. J. M.: «La guerre chimique et le mouvement pour sa répression», *Recueil des Cours*, 1927, tomo I, pp. 329-381 (p. 346). Transcribe las «Actas de la Primera Conferencia de Paz» (edición de 1907, 2ª parte, pp. 64-65), en las que se recoge la petición del delegado ruso de emitir una propuesta relativa a la prohibición del uso de una nueva clase de explosivo, cuya invención —afirmaba— es *probable*.



Pocos años más tarde, sin embargo, la *Convención IV relativa a las leyes y costumbres de la guerra* y su *Reglamento anexo* (La Haya, 18 de octubre de 1907) (13) pareció retrotraerse a épocas pasadas, optando por recoger, simplemente, la prohibición del empleo de veneno y armas envenenadas (art. 23, a). Además, al limitar su artículo 2 la aplicación de sus disposiciones a las partes *entre sí y sólo si* todos los beligerantes eran parte en la Convención, se reducía su ámbito, como había ocurrido con la Declaración de 1899.

Sólo el profuso empleo de armas químicas por los dos bandos enfrentados en la Primera Guerra Mundial permitió una nueva etapa en su intento de ilegalización. Así, el *Tratado de Versalles* (28 de junio de 1919), que puso fin a este conflicto, desterró la ambigua mención del veneno y optó por proscribir claramente las armas químicas (14):

Art. 171. «Estando prohibido el empleo de gases asfixiantes, venenosos u otros y cualquier líquido análogo, materiales o dispositivos, resultan asimismo estrictamente prohibidas su fabricación e importación en Alemania.

Lo mismo se aplica a los materiales específicamente destinados a la fabricación, almacenamiento y empleo de los productos y dispositivos mencionados.» (15).

Es cierto que la prohibición operaba dentro de unas fronteras limitadas —las alemanas— pero, por primera vez, un tratado prohíbe *en general*

---

(13) [Http://www.icrc.org/dih](http://www.icrc.org/dih). Como recoge el artículo 4, esta Convención reemplazó a la de 1899.

(14) El tratado puede consultarse en la base de datos de tratados internacionales de la Universidad de Yale: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/intdip/westeu/we005.htm#annex4>. El Comité Internacional de la Cruz Roja, el 6 de febrero de 1918, había declarado: «we wish today to take a stand against a barbaric innovation (...), the use of asphyxiating and poisonous gas, which will it seems increase to an extent so far undreamed (...). We protest with all the force at our command against such warfare which can only be called criminal» (recogido por MATHEWS, R. J. y McCORMACK, T. L. H.: «The influence of humanitarian principles in the negotiation of arms control treaties», *International Review of the Red Cross, Humanitarian Debate: law, policy, action*, vol. 81, nº 834, 1999, pp. 331-352; en concreto, p. 336).

(15) El artículo 172 obligaba al Gobierno alemán, en un periodo de tres meses desde la entrada en vigor, a revelar a los Gobiernos aliados la naturaleza y los métodos habituales de fabricación de todos los explosivos, sustancias químicas u otros preparados químicos empleados en la guerra. Una prohibición idéntica figura en el resto de tratados de paz (disponibles también en la mencionada página de la Universidad de Yale): *Tratado de Paz con Austria* (Tratado de St. Germain, 10 de octubre de 1919, art. 135); *Tratado de Paz con Bulgaria* (Tratado de Neuilly, 27 de noviembre de 1919, art. 82) y *Tratado de Paz con Hungría* (Tratado de Trianon, 4 de junio de 1920, art. 119).

(incluso en tiempo de paz), no sólo el empleo de armas químicas, sino también su fabricación, almacenamiento e importación. Al mismo tiempo, se amplía el ámbito de la prohibición, que abarca los gases y líquidos asfixiantes, venenosos o análogos, pero también los materiales o dispositivos con ellos relacionados.

No fue el único tratado que recogió una prohibición de este tipo pues, pocos años después, el *Tratado relativo al empleo de submarinos y gases asfixiantes en tiempos de guerra* (Washington, 6 de febrero de 1922), adoptado en la Conferencia sobre limitación de armamento, establecía lo siguiente (artículo 5):

«Habiendo sido justamente condenados por la opinión universal del mundo civilizado el empleo en tiempos de guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares, así como de todo líquido, materia o procesos análogos, y habiendo sido formulada la prohibición de este empleo en tratados en los que la mayoría de las potencias civilizadas son parte:

Las potencias firmantes, con el fin de que esta prohibición sea universalmente aceptada como parte del derecho internacional obligatorio al igual que de la conciencia y práctica de las naciones, declaran el reconocimiento de dicha prohibición, acuerdan obligarse por ella e invitan al resto de naciones civilizadas a adherirse al presente acuerdo» (16).

Sorprende la rotundidad con que se formula la prohibición, si bien sólo se prohíbe el uso de armas químicas en tiempo de guerra siendo, por tanto, su empleo, en principio, lícito en tiempo de paz, como lícitos serían también su producción, almacenamiento, importación o exportación. Resulta, sin duda, un paso atrás respecto de lo establecido por el *Tratado de Versalles*, pero comprensible si tenemos en cuenta que éste es un tratado impuesto por vencedores a vencidos, mientras que en el de Washington, celebrado entre *iguales*, el consenso obligaba a prohibiciones menos ambiciosas (17). Nunca entró en vigor, al negarse Francia a ratificarlo (18), con

---

(16) En <http://www.icrc.org/dih>.

(17) VAN EYSINGA, W. J. M. («La guerre chimique et le mouvement pour sa repression», *Recueil des Cours*, 1927, pp. 329-381; en concreto, pp. 353-354) considera que el *Tratado de Washington* es más imperfecto que el de Versalles, ya que éste declaraba la guerra química como *ya prohibida*, mientras que aquél, por la redacción del artículo 5, parece mantener que la prohibición no es aún parte del Derecho Internacional.

(18) Estados firmantes fueron Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Italia y Japón.

motivo de las controversias surgidas a propósito de sus disposiciones sobre la guerra submarina, pero tendría una influencia innegable en el *Protocolo de Ginebra sobre gases asfixiantes*, firmado tres años después.

*B. (...) A la ilegalidad de las armas químicas en conflicto armado*

Los instrumentos hasta ahora mencionados contribuyeron a forjar la prohibición del arma química, pero todos ellos contaban con importantes desventajas ya que, o fueron concebidos como textos didácticos o de apoyo, o no entraron finalmente en vigor, o su ámbito de aplicación era demasiado limitado como para sustentar una prohibición general del arma química.

Tras la Primera Guerra Mundial, los Estados, concienciados del peligro del empleo de gases, decidieron acometer la redacción de un texto *multilateral* que ya no se limitara a recoger la confusa denominación de veneno, sino que se ocupara específicamente la prohibición de las armas químicas. Así, en 1925, se firmaba el *Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos (19)*, que establecía lo siguiente:

«Los plenipotenciarios que suscriben, en nombre de sus Gobiernos respectivos:

Considerando que el empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares, así como de todos los líquidos, materias o procedimientos análogos, ha sido a justo título condenado por la opinión general del mundo civilizado,

Considerando que la prohibición de este empleo ha sido formulada en los tratados de que son Partes la mayoría de las Potencias del mundo, con el fin de hacer reconocer universalmente como incorporada al derecho internacional esta prohibición, que igualmente se impone en la conciencia y práctica de las naciones,

---

(19) Ginebra, 17 de junio de 1925, *Gaceta de Madrid*, 3 de septiembre de 1929, *Nuevo Diccionario Aranzadi*, p. 9616). España firmó el 17 de junio de 1925 y ratificó el 22 de agosto de 1929. Sobre el Protocolo, es inexcusable la mención del artículo de BAXTER, R. y BUERGENTHAL, T.: «Legal aspects of the Geneva Protocol», *American Journal of International Law*, 1970, vol. 64, pp. 853-879.

Declaran:

Que las Altas Partes contratantes, en tanto que no son todavía Partes en tratados que prohíben este empleo, reconocen esta prohibición, aceptan extender esta prohibición de empleo a los medios de guerra bacteriológicos y convienen en considerarse obligadas entre sí según los términos de esta declaración.

(...)»

Que el Protocolo permitió, por primera vez, hablar de una *prohibición general* del arma química (entendida como gas, líquido, materia o proceso análogo) y que también por vez primera incluyó una prohibición expresa de los medios de guerra bacteriológicos no es desmerecido por nadie. Ahora bien, ¿realmente fue tal el éxito obtenido?. En la época en que se aprobó, sin duda, así fue, pero lo cierto es que analizado hoy, casi ochenta años después, los fallos detectados son muchos, y no sólo porque se hayan logrado prohibiciones más completas (que, obviamente, en aquella época eran pura utopía), sino porque la práctica, durante bastante tiempo, se encargó de demostrar su imperfecta eficacia.

La comprensión de las carencias del Protocolo obliga a distinguir aquellas con origen en las limitaciones del texto y las provocadas por las actitudes de los Estados:

1) Respecto de las primeras, lo cierto es que la primera línea del Protocolo introduce ya una limitación importante: la prohibición sólo opera en tiempo de guerra. Considerando, además, que la expresión *guerra* debe entenderse en el sentido de la época; es decir, como conflicto entre dos o más Estados, la conclusión lógica es que nunca podría aplicarse a contiendas civiles o revueltas internas (20), lo que provocó numerosas dudas acerca de su utilidad en determinados conflictos surgidos, sobre todo, tras el proceso de descolonización y en los que muchas veces el elemento *internacional* no estaba del todo claro. Afortunadamente, es hoy una cuestión olvidada, gracias, como vere-

---

(20) Lo cierto es que este problema no era exclusivo del Protocolo de 1925, sino del Derecho Internacional Humanitario en general; recordemos que las *Convenciones de Ginebra* de 1949 hacen referencia a conflictos armados internacionales, con la pequeña salvedad del artículo 3 común y que la auténtica regulación de los conflictos armados de carácter no internacional vendría años después de la mano, fundamentalmente, del *Protocolo II* a las Convenciones de Ginebra de 1949 (1977).

mos, a la *Convención sobre Armas Químicas* de 1993 (CAQ), que prohíbe su empleo «cualesquiera que sean las circunstancias» (art. I) (21).

ii) El segundo lastre que arrastra el Protocolo es la existencia de reservas formuladas por los Estados a la hora de ratificarlo, que redujeron considerablemente su ámbito de aplicación en la práctica y mediante las cuales algunos se declararon obligados sólo respecto de aquellos que también lo hubieran ratificado (principio de reciprocidad), mientras que otros afirmaron que dejaría de ser vinculante en relación con Estados cuyas fuerzas armadas, a su vez, no respetaran sus disposiciones (22).

En resumen, aunque cargado de buenas intenciones, el *Protocolo de Ginebra* no garantizaba la abstención del empleo de armas químicas, a menos que varias circunstancias se dieran cita: que estallara un conflicto de *carácter internacional*, en el que *todos* los contendientes fueran Partes (lo que no resultaba muy factible, pues durante décadas hubo ausencias tan importantes como las de Estados Unidos o Japón) y que se mostraran lo suficientemente respetuosos con las obligaciones contraídas como para *no*

---

(21) Por lo demás, el Protocolo obvia otras prohibiciones como la fabricación, el almacenamiento o el comercio de sustancias químicas que años más tarde la CAQ sí recogería y que, no en vano, resultan necesarias para garantizar la erradicación definitiva del arma química. ¿O es que acaso no es posible que si un Estado tiene en su poder o adquiere armas químicas, por no estarle prohibido, las emplee una vez declarado el conflicto aun a sabiendas de que esta conducta sí esta prohibida?. Sin duda, el mero hecho de poseer la tecnología para fabricarla es una tentación difícil de resistir. No obstante, la cuestión del comercio de sustancias despertó cierta preocupación durante los debates y la negociación, pese a que no se viera finalmente reflejada en el texto. En la primavera de 1925, la Sociedad de Naciones organizó la *Conferencia para la supervisión del comercio internacional de armas y municiones y de instrumentos de guerra* (4 de mayo-17 de junio de 1925, véase *League of Nations, Proceedings of the Conference for the supervision of the International Trade of Arms and Ammunition and in implements of war*, 1925) y, aunque no estaba previsto en la Agenda, la cuestión de la transferencia de armas químicas surgió enseguida, pese a lo cual toda propuesta de afrontar el tema fue rechazada, en parte porque muchos delegados consideraban necesario establecer primero una prohibición universal de empleo de este tipo de armas. Prohibir en aquel momento la mera transferencia de sustancias químicas (y biológicas) hubiera supuesto favorecer claramente a los Estados que ya las poseían y que, simplemente, se limitarían a continuar con sus programas de investigación, sin mayores trabas que la prohibición de exportar, mientras que, por el contrario, los países que no poseían programas químicos (o biológicos), por no tener el desarrollo científico adecuado para ello o por haber renunciado libremente a ellos, se encontrarían en clara indefensión respecto de aquéllos.

(22) Se dejaba ya entrever, también en esta materia, una práctica estatal (que luego cristalizaría en el artículo 60.2 del *Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 1969), que contempla, como es sabido la violación grave del tratado como causa de terminación o suspensión del mismo. Salvo contadas excepciones, todos los que hicieron la primera de las reservas mencionadas, incluyeron a continuación la segunda. Entre las excepciones: sólo hicieron la primera reserva China y España y sólo incluyeron la segunda Checoslovaquia, Kuwait, Mongolia, Holanda, Estados Unidos y Yugoslavia.

*emplear* armas químicas en primer lugar, pues de lo contrario se abriría la veda también para quienes hubieran hecho la reserva correspondiente.

Había llegado el momento de actuar y, en un intento de reforzarlo, varias voces alegaron la posibilidad de que su contenido se hubiera transformado en *costumbre*, con lo que obligaría por igual a todos los estados, Partes o no.

El 6 de agosto de 1968, la delegación británica en la Conferencia de Ginebra presentó un documento muy crítico con el Protocolo, poniendo de relieve sus principales fallos (23). La reacción de Naciones Unidas, también preocupada por la cuestión, no se hizo esperar, de manera que el Comité de Desarme recomendó a la Asamblea General que encargara al Secretario General de las Naciones Unidas el nombramiento de un grupo de expertos para evaluar los efectos de una guerra química o biológica. En este informe, elaborado en 1968 y publicado al año siguiente, los expertos señalaron que, efectivamente, el *Protocolo* «establece una *costumbre* y, por tanto, una norma de derecho internacional positivo y, en la práctica, la mayoría de los Estados se han adherido al principio por el cual no recurrirían a tales armas» (24). La resolución 2603 A de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1969, constató, una vez más, que la regla que establece el *Protocolo* había alcanzado *naturaleza consuetudinaria* (25), hipótesis confirmada, además, por la doctrina (26) en numerosas ocasiones.

---

(23) Afirmando que el número de Estados no partes era aún elevado, que las reservas eran demasiado numerosas y, sobre todo, que no se sabía a ciencia cierta si sus normas eran estrictamente convencionales o comenzaban a fraguarse como normas consuetudinarias (doc. ENDC/231, 6 de agosto de 1968). Véase FISCHER, G.: «Chronique du control des armements», *Annuaire Français de Droit International*, 1969, pp. 122-153 (p. 127).

(24) Énfasis añadido. Doc. A/7575, párr. 7 (recogido por FISCHER, G.: «Chronique du control des armements», *Annuaire Français de Droit International*, 1969, pp. 122-153, p. 128). Anteriormente, la resolución 2162 (XXI) B, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 5 de diciembre de 1966 (21 votos a favor y 4 abstenciones), había invitado a todos los Estados a ajustarse a los principios y objetivos del Protocolo, condenando cualquier actuación contraria a los mismos.

(25) La resolución se aprobó por 80 votos a favor, 3 en contra y 36 abstenciones. El apoyo incondicional de Naciones Unidas al Protocolo de 1925 se ha demostrado en muchas otras resoluciones entre las que, por mencionar algunas, podríamos citar las siguientes: la resolución 35/144 de 12 de diciembre de 1980, la resolución 45/57 de 4 de diciembre de 1990, la resolución 53/77 L, de 4 de diciembre de 1988, la resolución 54/61 de 1 de diciembre de 1999 y la resolución 55/33 J, de 20 de noviembre de 2000.

(26) Por ejemplo, SCHWARZENBERGER, G.: *The legality of nuclear weapons*, Stevens & Sons Limited, London, 1958, p. 38 (p. 38: «...la prohibición de guerra bacteriológica y química contenida en el Protocolo debe considerarse como declarativa de derecho consuetudinario e igualmente obligatoria para todos los Estados. Por lo tanto, resulta irrelevante si un Estado es parte en el *Protocolo de Ginebra de 1925*»); BROWNLIE, I.: «Some legal aspects of the use of nuclear weapons», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, 1965, pp. 437-451, p. 442 y OPPENHEIM, L.: *Tratado de Derecho Internacional Público*, Tomo II, vol. II: *Controversias, guerra y neutralidad*, ed. por H. Lauterpacht, Bosch, Barcelona, 1966, p. 344.

Así pues, el *Protocolo de Ginebra* de 1925 ha pasado de ser un mero instrumento jurídico acatado con ciertos recelos a encarnar el contenido en este tema del Derecho Internacional general, con todo lo que ello supone (27) y, de hecho, incluso su preámbulo lo reconoce implícitamente, al considerar condenado por la «opinión general del mundo civilizado» el uso de gases asfixiantes (...) (28). La actitud de los Estados parece haber acompañado este convencimiento (*opinio iuris*), ya que desde la Primera Guerra Mundial la abstención de empleo de gases químicos ha sido una práctica reiterada y los Estados, poco a poco, han ido retirando esas reservas (en concreto, han sido 17 los que lo han hecho) que mermaban su contenido, demostrando así que sus normas habían ganado un lugar propio e indiscutible en el universo jurídico internacional. Por supuesto, existen excepciones (29), pero no dejan de representar una porción muy pequeña de la opi-

---

(27) La doctrina contemporánea lo admite sin resquicio de duda alguna. Valga citar, por ejemplo, a ROBINSON, J. P. («The changing status of chemical and biological warfare: recent technical, military and political developments», *SIPRI Yearbook*, 1982, pp. 317-362, p. 323).

(28) H. MEYROWITZ («Les armes psychochimiques et le droit international», *Annuaire Français de Droit International*, 1964, pp. 81-126; en concreto, pp. 104-105) llega más lejos, al situar el *origen* de esta norma consuetudinaria en un momento incluso anterior, en 1919, fecha del *Tratado de Versalles*, cuyo artículo 171, como sabemos, recogía que «La fabricación e importación en Alemania de gases asfixiantes, venenosos u otros y cualquier líquido análogo, materiales o dispositivos, estando su empleo prohibido, resultan asimismo prohibidos». Con la expresión «estando su empleo prohibido», se denota que ya existía la convicción de la ilegalidad de estos gases, aunque el autor reconoce que esta formulación, en ese momento, era simplemente reflejo de lo que sólo después se iría convirtiendo en una auténtica costumbre (no en vano los Estados habían demostrado en la reciente Primera Guerra Mundial lo poco convencidos que estaban de la prohibición de gases) impulsada, sobre todo, por el *Tratado de Washington relativo al empleo de submarinos y gases asfixiantes en tiempo de guerra* de 1922 y con el *Protocolo de Ginebra* de 1925 (pp. 105-106). Su convicción acerca de la prohibición consuetudinaria del empleo del arma química es tal que llega a afirmar que la ausencia de su empleo en la Segunda Guerra Mundial no se debió a que el Protocolo lo prohibiera (porque, como sabemos, es un instrumento con importantes deficiencias) sino a que existía una costumbre en este sentido (p. 109).

(29) Así, se afirma que España las usó en la rebelión de los Rifs en Marruecos (1924-1925) y, de hecho, el hijo de Abdelkrim (líder de los independentistas del Rif), Said Jattabi, denunció este uso en el año 2002 y pidió indemnizaciones por ello (*El País*, 1 de febrero de 2002). En 1935, Italia atacó Etiopía con fosgeno e iperita; Egipto recurrió también a la iperita en la guerra civil del Yemen (1963-1967); los japoneses emplearon gas mostaza en la invasión de China (1938); en Vietnam (1961-1973) se utilizaron gases lacrimógenos y defoliantes y también en Irán (1983-1988) la población fue objeto de este tipo de ataques. Otras denuncias de empleo de armas químicas se produjeron en Afganistán (1981-1982) y en Mozambique (1992), pero la dilación en el comienzo de las investigaciones impidió conclusiones concretas. En ese mismo año, Armenia solicitaba una investigación en estos casos para determinar un posible empleo en el conflicto Nagorno-Karabachk, aunque finalmente no se encontraron evidencias. Y, por citar ejemplos más recientes: el Ejército de Estados

nión internacional. De este modo, pueden interpretarse, como el TIJ sostuvo en el *asunto de Nicaragua* (1986), más como factores que confirman la regla general que como elementos destructores de la misma (30).

La prohibición establecida en este instrumento jurídico supuso, pese a los obstáculos, además de una novedad en su tiempo, un gran hito en la historia del desarme, y así lo han reconocido textos posteriores, como la *Convención sobre Armas Biológicas* (1972) (31), cuyo Preámbulo resalta el papel que «ha desempeñado y sigue desempeñando para mitigar los horrores de la guerra» y reafirma la «adhesión a los principios y objetivos de este Protocolo». También el Preámbulo a la *Convención sobre Armas Químicas* recuerda las ocasiones en que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha condenado las acciones contrarias a los principios y objetivos del *Protocolo de Ginebra* y reconoce que el citado texto no es sino una reafirmación de los principios por él formulados, mientras que en su artículo XVI.3 afirma que la retirada de un Estado Parte de la Convención no afectará en modo alguno al deber de cumplimiento de las obligaciones contraídas «en virtud de las normas generales del derecho internacional, en particular las derivadas del Protocolo de Ginebra de 1925».

### C. Otras normas y principios del Derecho Internacional Humanitario

Aunque la prohibición del empleo de armas químicas en conflicto armado está garantizada en la actualidad por el Protocolo de 1925, por la

---

Unidos selló cuarenta instalaciones químicas en Afganistán, para verificar las sospechas de que en ellas se producían armas químicas (*El País*, 28 de noviembre de 2001). Sobre los casos mencionados de empleo de armas químicas, véase, por ejemplo ROBINSON, J. P.: *Chemical warfare arms control: a framework for considering policy alternatives*, SIPRI, Taylor&Francis, Gran Bretaña, 1985, pp. 34-37 y, de ese mismo autor, la lista que incluye en «Origins of the Chemical Weapons Convention», *Shadows&Substance, The Chemical Weapons Convention*, ed. por B. Morel y K. Olson, Ridgway Series in International Security Studies, Westview Press, 1993, pp. 37-54 (p. 42, tabla 3.1), que enumera los casos denunciados y los probados.

(30) Son, por tanto, supuestos aislados que no pueden impedir la formación de esa costumbre. Recordemos al respecto las conclusiones de la Corte (*asunto sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*): «The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conducts inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule» (*CIJ Recueil* 1986, p. 98, párr. 186).

(31) BOE 11 de julio de 1979.



CAQ y por la norma consuetudinaria existente en este sentido, éstos no hicieron sino traducir para las armas químicas algunas normas y principios asentados del Derecho Internacional Humanitario en los que la prohibición encuentra sus más profundas raíces.

Son dos los principios que destacan sobre los demás:

- El principio de humanidad, que encuentra su máxima expresión en la *cláusula Martens*, recogida hoy, como es sabido, por el artículo 1.2 del *Protocolo Adicional I* de 1977 a las *Convenciones de Ginebra* de 1949:

«En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública».

En su origen, esta disposición se incluyó en el Preámbulo a la *IV Convención de La Haya sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre* (1907), siendo el objetivo del jurista ruso que la propuso (y de quien toma su nombre), el de dotar de una mayor flexibilidad a la Convención y asegurar de este modo la máxima protección a civiles y combatientes impidiendo, consecuentemente, la interpretación de que estaba permitido lo no expresamente prohibido (32).

La cláusula ha despertado del letargo en el que parecía haberse sumido gracias a la *Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* de 8 de julio de 1996, que realzó su importancia y vigencia, conectándola, además, con el principio de distinción entre combatientes y no combatientes y la prohibición de causar daños superfluos (33). De esta manera, incluso en el

---

(32) SCHWARZENBERGER, G.: *The legality...*, *óp. cit.*, p. 10. Pero algún otro autor ha señalado que ésta no era la función principal de la cláusula, que pretendía realmente mostrar «la primacía y la universalidad de los principios jurídicos y humanitarios en los conflictos armados» (ORIOI CASANOVA, en DíEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 826). H. MEYROWITZ (*Les armes biologiques et le droit international. Droit de la guerre et désarmement*, Pedone, Paris, 1968, p. 86, nota al pie 176) afirma que el contenido de la cláusula no constituye una fuente directa del Derecho de la guerra, sino un elemento importante en la creación de normas del derecho de la guerra. Véase también, sobre la *cláusula Martens*, ROLING, B: «The law of war and the national jurisdiction since 1945», *Recueil des Cours*, 1960, pp. 323-456 (pp. 323 y ss.) y MIYAZAKI, S.: «The Martens clause and international humanitarian law», *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984, pp. 433-444.

(33) *CIJ Recueil 1996*, p. 257, párr. 78. *Vid. ad ex.* CERVELL HORTAL, M. J.: *El Derecho Internacional ante las armas nucleares*, Diego Marín, Murcia, 1999, pp. 111-112.

supuesto —inexistente, afortunadamente— de que el arma química no estuviera prohibida por un tratado internacional *ex profeso* o por otras normas más concretas de naturaleza consuetudinaria, su empleo contravendría la cláusula *Martens*, pues difícilmente se respetarían «los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública».

• El principio de limitación de los medios de combate puestos a disposición de los beligerantes, confirmado en el *Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra* (1977) que establece, como norma fundamental, que «el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado» (art. 35.1), prohibiendo, además, «el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios» (art. 35.2). ¿Acaso no causaría un arma química este tipo de males y sufrimientos?

Estos dos principios tradicionales del Derecho Internacional Humanitario se completan con otros dos crecidos a su abrigo y que el Tribunal Internacional de Justicia ha reconocido como *principios cardinales e intransgredibles* del Derecho Internacional consuetudinario en la mencionada *Opinión Consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares*: la obligada *distinción entre población civil y militar y la prohibición de causar daños superfluos o males innecesarios* (34), muy útiles también para nuestra búsqueda de la prohibición de las armas químicas por el Derecho Internacional Humanitario.

Son todos ellos principios, por lo demás, con carácter consuetudinario que, como hemos observado, han encontrado reflejo en las *Convenciones de Ginebra* de 1949 y en la mayoría de disposiciones de los *Protocolos Adicionales de 1977*. Y aunque respecto de éstos han surgido algunas controversias, puesto que (se dice) mezclan disposiciones de claro valor consuetudinario con otras relativamente novedosas o que se convirtieron en el catalizador que sólo después hizo cristalizar la costumbre, lo cierto es que la doctrina ha defendido unánimemente la naturaleza consuetudinaria de gran parte de su contenido que, como veíamos, resultaría incumplido en el caso de un ataque químico (35). Así ocurre, en

---

(34) CERVELL HORTAL, M. J.: *El Derecho Internacional...*, *óp. cit.*, pp. 120-127 (sobre todo, p. 126).

(35) Por ejemplo, W. R. HEARN («*The international legal regime regulating nuclear deterrence and warfare*», *The British Yearbook of International Law*, vol. LXI, 1990, pp. 199-249; pp. 241 y ss.) cree que expresan derecho consuetudinario los artículos 35.1, 35.2 y 48, siendo novedades los artículos 35.3, 51.5, 51.6, 55, 56 y 57 y ya son muchos quienes defienden que, en realidad, todo el texto del Protocolo ha adquirido ya ese carácter. El pro-

concreto, con los artículos 35.1, 35.2 y 48 del *Protocolo Adicional I*, que recogen, respectivamente, la prohibición de las partes de elegir de manera ilimitada los métodos de hacer la guerra, la prohibición de causar males superfluos o sufrimiento innecesario y el principio de distinción entre población civil y militar (36).

En suma, no parece sino que la redacción tanto del *Protocolo de Ginebra* como de la CAQ han sido el empeño por plasmar en el papel la aplicación de estos principios a las armas químicas.

Además de los principios mencionados, otras normas, en concreto algunas de las contenidas en los cuatro *Convenios de Ginebra* de 1949 y sus *Protocolos Adicionales* de 1977, podrían resultar incumplidas en caso de empleo de un ataque químico. ¿O es que acaso duda alguien de la imposibilidad de evacuar adecuadamente a los prisioneros de guerra a zonas fuera de combate o de la creación de zonas de seguridad (no afectadas, en este caso, por las sustancias químicas) a las que obligan los artículos 19 y 14 de las Convenciones II y IV?. ¿Se cumpliría la prohibición de no causar daños al medio ambiente (37)? ¿Y la obligación de respetar a la población civil y no someterla a ataques indiscriminados (38)?. Sin duda, el ataque con armas químicas lo haría *facto* imposible o, al menos, complicaría seriamente la tarea.

---

fesor PASTOR RIDRUEJO (*Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 678) otorga, incluso, a algunas disposiciones de las Convenciones el carácter de *ius cogens*. Véase también GASSER, H-P: «Negotiating the 1977 Additional Protocols: was it a waste of time?», *Humanitarian law of armed conflict. Challenges ahead, Essays in honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1991, pp. 81-92 (afirma rotundamente la naturaleza consuetudinaria de los títulos III y IV, considerando que «much of the law contained therein is firmly embedded in The Hague law, which itself is considered to be customary law», p. 85); en esa misma obra, GREENWOOD, C.: «Customary law status of the 1977 Geneva Protocols», pp. 93-114 y ABI-SAAB, G.: «The 1977 Additional Protocols and general international law: some preliminary reflections», pp. 115-126. En la publicación *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984, destacan en este tema: PENNA, L. R.: «Customary international law and Protocol I: an analysis of some provisions», pp. 201-226; RWELAMIRA, M. R.: «The significance and contribution of the Protocols Additional to the Geneva Conventions of August 1949», pp. 227-236 y TAKEMOTO, M.: «The 1977 Additional Protocols and the law of treaties», pp. 249-264.

(36) Para un análisis de la naturaleza de estos artículos, uno por uno, véase GREENWOOD, C.: «Customary law status ...», *op. cit.*, pp. 95 y ss..

(37) Arts. 35.1, 35.2 y 35.3 del Protocolo Adicional I.

(38) Arts. 51 y 52.2.

## 1.2. ¿FIN DE TRAYECTO?. LA CONVENCIÓN SOBRE ARMAS QUÍMICAS DE 1993

La batalla del Derecho Internacional Humanitario culminó, sin duda alguna, con la firma de la *Convención para la Prohibición de las Armas Químicas* en 1993, tras décadas de reñidas negociaciones iniciadas en 1968 en el seno del Comité de Desarme (39). Por fin, un tratado prohibía claramente no sólo el empleo de armas químicas *en cualquier circunstancia*, sino también su producción, adquisición, retención, almacenamiento y transferencia, obligando incluso a los Estados que lo ratificaran a destruir cuantas armas de esta naturaleza pudieran poseer.

La Convención, por tanto, dio forma a la aspiración máxima del Derecho Internacional Humanitario: la erradicación e ilegalización definitiva de un tipo de armas que se había mostrado especialmente cruel con los combatientes y la población civil. Este doble objetivo se garantizaba, además, gracias al mecanismo de verificación, diseñado para asegurar el cumplimiento y cuya puesta en marcha corresponde a una organización creada a tal efecto, la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ).

El complejo sistema de verificación asegura que ningún Estado se aparte del camino a seguir (40) y se basa, fundamentalmente, en tres elementos:

- Las declaraciones, iniciales (al entrar en vigor la CAQ) y anuales, que los Estados deben entregar acerca de datos diversos (instalaciones de

---

(39) Fue Suecia quien sugirió incluir el tema en el orden del día, tras el empleo de este tipo de armas por Egipto en el Yemen y de herbicidas en la guerra de Vietnam. Sobre la historia de la discusión acerca de la redacción de la *Convención de Armas Químicas*, véase KRUTZSCH, W. y TRAPP, R.: *A commentary on the Chemical Weapons Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994, pp. 2-3; HYLTIENUS, C.-M.: «The Chemical Weapons Convention: a great achievement in multilateral disarmament», *Disarmament*, United Nations, vol. XVI, no 1, 1993, pp. 1-13 (pp. 6-10); KENYON, I.: «Chemical weapons in the Twentieth Century. Their use and their control», *The CBW Conventions Bulletin*, n° 48, June 2000, pp. 1-15 (pp. 3-5) y PEÑAS MORA, J.: «La Convención de armas químicas del 13 de enero de 1993: génesis y exégesis de su texto», *Boletín de Información del CESEDEN*, n° 238, 1995, pp. 41-67 (pp. 44-47). Sobre las conversaciones que la precedieron en Ginebra: FLOWEREE, C. C. y ABERLE, R.: «Multilateral negotiation of a Chemical Weapons Ban», *FPI Case Studies*, no 22, The John Hopkins Foreign Policy Institute, Arlington, 1993; ROBINSON, J. P.: «Chemical warfare arms control ...», *óp. cit.*, pp. 1-11 y, del mismo autor, «The negotiations on the Chemical Weapons Convention: a historical overview», *Treaty enforcement and international cooperation in criminal matters with special reference to the Chemical Weapons Convention*, ed. por R. Yepes-Enríquez, y L. Tabassi, TMC Asser Press, The Hague, 2002, pp. 17-35 (pp. 22-30).

(40) No nos resistimos a ofrecer unas líneas acerca del mismo, aunque escuetas, pues somos conscientes de que no es el objeto principal de un trabajo que se centra en cuestiones de Derecho Internacional Humanitario.

producción de armas químicas o de determinadas sustancias químicas, ritmo de destrucciones de armamento, etc...).

- Las inspecciones de la OPAQ, iniciales y sistemáticas, tendentes a comprobar si se cumplen eficazmente los procesos de destrucción o si las instalaciones de producción de sustancias químicas se destinan a fines permitidos. También existen, para casos especiales, las *inspecciones por denuncia*, que tienen lugar cuando un Estado sospecha del incumplimiento de otro y las *inspecciones por presunto empleo de armas químicas*, que se producen cuando un Estado ha sido presuntamente atacado con este armamento.

- Las aclaraciones que los Estados Partes solicitan entre sí o a la OPAQ cuando sospechan que ha existido algún tipo de incumplimiento de la Convención por otro Estado Parte.

El artículo I de la Convención es el que se encarga de establecer las obligaciones generales a las que los Estados Partes se obligan y que se desgranar a lo largo del resto del texto. Así, se prohíbe no desarrollar, producir, adquirir de otro modo, almacenar o conservar armas químicas, ni transferirlas a nadie, directa o indirectamente; no emplearlas, no iniciar preparativos militares para su empleo y no alentar o ayudar a nadie a realizar cualquier actividad prohibida por la Convención. Nada que ver, pues, con aquella limitada prohibición de empleo en la guerra que establecía el *Protocolo de Ginebra* ni, por supuesto, con las primitivas prohibiciones de veneno.

Son, además, obligaciones que los Estados han de cumplir *cualesquiera sean las circunstancias* (art. I); es decir, tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, salvando así la CAQ uno de los obstáculos de los que adolecía el Protocolo de 1925. Esta apostilla aclara también otra de las dudas que líneas atrás planteábamos: la prohibición opera tanto en conflictos internacionales como internos, dejando claro lo que ya muchos intuían y que, de hecho, fue adelantado en 1995 por la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia en el *asunto Tadic*, al considerar expresamente que la prohibición de empleo de armas químicas era perfectamente aplicable a conflictos internos, con origen consuetudinario, obligatoria para todos los Estados, para todos los individuos (41) y, presumiblemente, en todas las situaciones.

---

(41) *Prosecutor v. Tadic, case n° IT-94-1 AR72, Appeals Chamber, Decision on the defence Motion for interlocutory Appeal on jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párr. 124. La cuestión surge respecto del posible uso de Iraq de armas químicas contra sus nacionales kurdos, cuando el Tribunal estudia cuestiones varias respecto del Derecho de los Conflictos armados. El propio órgano judicial afirma que «lo que es inhumano, y por tanto prohibido, en guerras internacionales, no puede ser sino inhumano e inadmisibles en conflictos civiles» (párr. 119).

El Derecho Internacional Humanitario ha ganado, pues, *en principio*, la batalla, y no queda resquicio alguno por el que el arma química sea considerada legal. Desde la entrada en vigor de la Convención, un Estado Parte no puede siquiera plantearse un programa químico de índole defensiva con el que responder si fuera atacado (tiene prohibida la producción, el desarrollo, la adquisición y el almacenamiento) (42), no se le permite el empleo (en cualquier circunstancia, como ya hemos visto), no se le consiente el comercio de armas químicas (su transferencia está prohibida) ni resulta lícita tampoco la ayuda o inducción a otros para fabricarlas, lo que significaría, de contar con un número considerable de Estados Partes (que, a fecha de 29 de febrero de 2004, se eleva a 160), el bloqueo absoluto de este arma química.

La CAQ supone, por tanto, la culminación de la labor del Derecho Internacional Humanitario en su lucha contra las armas químicas, pero aún quedaría en el tintero una pregunta más que formular. Ya vimos que la relevancia del *Protocolo de Ginebra* había sido tal que incluso había alcanzado carácter consuetudinario pero, ¿podría predicarse lo mismo de la CAQ?. ¿Son sus disposiciones obligatorias sólo para los Estados Partes o han alcanzado un rango superior que permitiría aplicarlas a la generalidad de la sociedad internacional?. Para responder a la interrogante, habremos de distinguir dos cuestiones:

- La existencia de una norma consuetudinaria que prohíbe el *empleo* de armas químicas está hoy fuera de toda duda. Ya el Protocolo de 1925 la adelantó, pero limitándola al supuesto de empleo en conflicto armado, mientras que el gran logro de la CAQ ha sido extender la prohibición a los *tiempos de paz*. ¿Qué datos avalan esta creencia?. En mi opinión, el extenso número de Estados que la han ratificado, igualado por pocos tratados y, sobre todo, la actitud demostrada durante décadas en las que no han cesado de condenar, no sólo su uso durante un conflicto armado (contienda Irán-Iraq, por ejemplo), sino también fuera de él. Basta recordar, por ejemplo, las rotundas reacciones al ataque terrorista con gas sarín en el metro de Tokio en 1995 por parte de la secta Verdad Suprema o las de la sociedad internacional y el propio Consejo de Seguridad (res. 687, 3 de marzo de 1991) ante el presunto almacenamiento de armas de destrucción masi-

---

(42) De hecho, la prohibición de empleo es tan amplia que, por si quedaba alguna duda, en la Conferencia previa a la adopción de la Convención se aprobó una interpretación conjunta (*common understanding*) del artículo I, por el que se entendía que «el ámbito de la prohibición del empleo de armas químicas incluye la prohibición del empleo contra Estados no partes en la Convención» (doc. CD/CW/WP.400, p. 142).

va en territorio iraquí descubierto tras la guerra del Golfo. Aunque son sucesos que pertenecen, tras la guerra de marzo-abril de 2003 y la remoción del régimen en el poder, a la Historia, lo cierto es que han resultado decisivos para conocer de cerca el sentir de la sociedad internacional acerca de las armas químicas.

- Ahora bien, cuestión diferente es reconocer la existencia de una norma consuetudinaria que prohíba el resto de conductas que aparecen en su artículo I (desarrollo, producción o adquisición de armas químicas). En estos casos, la Convención de 1993 se ha limitado a recoger una serie de obligaciones que sólo los Estados Partes deben cumplir porque así lo establece la letra del tratado al que se vincularon y no porque exista una práctica reiterada ni una *opinio iuris* en este sentido, siendo su inclusión en un tratado internacional novedosa hasta la fecha, a diferencia de lo que ocurre con el *empleo*, prohibido en muchos otros.

¿Resulta preocupante que la única prohibición que haya adquirido rango consuetudinario sea la del empleo de armas químicas?. Pese a no ser asunto de urgencia extrema, sí debería convertirse en una de las nuevas metas del Derecho Internacional, por la sencilla razón de que (como argumentamos también en el caso del *Protocolo de Ginebra*) sólo un control exhaustivo de la transferencia de sustancias y del respeto a la prohibición de fabricar o almacenar armas químicas garantizará completamente su no empleo. Y aunque no exista (aún) obligación consuetudinaria al respecto, no es menos cierto que quizás los 167 Estados que se han comprometido a cumplir la CAQ hayan puesto ya las semillas necesarias para hacerla germinar.

## 2. (...) Y EL QUE QUEDA POR RECORRER

Las armas químicas están, por tanto, absolutamente prohibidas en la actualidad. ¿Significa eso que el Derecho Internacional Humanitario puede respirar tranquilo y dedicarse a otros menesteres?. Lo cierto es que, pese a su prohibición, estas armas no han desaparecido del todo y, muy al contrario, se configuran como uno de los grandes problemas de hoy en día, con la peculiaridad de que el peligro ya no emana tanto de los Estados y su posible empleo en combate, cuanto de los individuos que, aisladamente o en el seno de grupos terroristas, han descubierto su poder destructivo. Está claro que la cuestión, enfocada desde esta nueva perspectiva, parece escapar de las redes del Derecho Internacional Humanitario, encargado principalmente de velar por las víctimas y combatientes durante un conflicto armado.

¿Otros sectores del Derecho Internacional deben tomar el testigo y sustituirle en la lucha por la erradicación definitiva de las armas químicas?. En líneas generales, podría decirse que así es, pero no lo es menos que, en algunos aspectos, su implicación sigue siendo absolutamente necesaria.

Los esfuerzos deberían centrarse, hoy por hoy, en tres frentes: la pretensión de algunos Estados de emplear armas químicas no letales en combate aduciendo (erróneamente) su licitud; el poco acierto del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional* al omitir de manera expresa el empleo de armas químicas como crimen de guerra y el castigo de los individuos que realicen conductas que, de una manera u otra, se relacionen con las armas químicas. Y si bien la tercera tarea se abstrae en algunos puntos, por su contenido, del Derecho Internacional Humanitario, su actuación respecto de las dos primeras resulta aún vital.

## 2.1. LAS ARMAS NO LETALES

De naturaleza humana es burlar las leyes y, desgraciadamente, también un texto tan aparentemente bien cuidado como la CAQ corre ese riesgo. Uno de los problemas actuales a los que se enfrenta la proscripción de las armas químicas es la errónea interpretación que de este concepto están realizando algunos Estados y que podría llevar a que determinadas sustancias se utilizaran en un conflicto armado, echando por tierra los duros años de esfuerzo del Derecho Internacional Humanitario y poniendo, una vez más, en serio peligro tanto a la población civil como a los combatientes.

La cuestión a la que me refiero es el pretendido derecho de determinados Estados (43) a desarrollar y emplear las denominadas *armas no letales* (44) (aquellas con efectos incapacitantes sobre quienes se dirigen

---

(43) Estados Unidos así lo ha defendido en la guerra de Iraq de 2003. De hecho, anunció que permitiría a sus tropas el empleo de gases lacrimógenos (*The New York Times*, 4 de abril de 2003). Es cierto que una ley interna (Orden 11850, de 1975) lo permite, pero su ilegalidad según la CAQ no ofrece dudas sin que, como es sabido, un Estado pueda apoyarse en su normativa interna para eximirse del cumplimiento de un tratado internacional (art. 27 del *Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 1969, BOE 13 de junio de 1980).

(44) BOYD, K.: «U.S. grapples with use of nonlethal agents», *Arms Control Today*, April 2003, [www.armscontrol.org/act/2003-04/nonlethal-apr03.asp](http://www.armscontrol.org/act/2003-04/nonlethal-apr03.asp) . Sobre armas químicas letales, en general, véase DANDO, M.: «Scientific and technological change and the future of the CWC: the problem of non-lethal weapons», *Disarmament Forum*, UNIDIR, n° 4, 2002. pp. 33-44, <http://www.unidir.ch/fiche-article.php?ref-article=1824> . Entre ellas, podrían incluirse sedantes, opiáceos e, incluso, dejando a un lado las que tienen origen químico, las generadoras de sonidos que hacen vibrar órganos internos, los rayos láser, microondas que provocan el aumento de la temperatura corporal, etc...



y que no persiguen la muerte como objeto principal) apoyándose, erróneamente, en su legalidad bajo el concepto de arma química de la CAQ. Ésta, cierto es, permite (arts. I.3 y II.9) el empleo de agentes de represión de disturbios y de mantenimiento del orden (y, por tanto, podría pensarse que también algunas armas no letales), pero lo limita a las revueltas de carácter interno (nunca en conflicto armado), a lo que se une el hecho de que la propia definición del arma química de la Convención impediría la mencionada posibilidad. Para comprender el problema se hace necesario acometer con carácter previo las peculiaridades de esa definición (art. II.1) (45):

«Por arma química se entiende, conjunta o separadamente:

a) Las sustancias químicas tóxicas o sus precursores, salvo cuando se destinen a fines no prohibidos por la presente convención, siempre que los tipos y cantidades sean compatibles con esos fines.

b) Las municiones o dispositivos destinados de modo expreso a causar la muerte o lesiones mediante las propiedades tóxicas de las sustancias especificadas en el apartado a) que libere el empleo de sus municiones o dispositivos; o

c) Cualquier equipo destinado de modo expreso a ser utilizado directamente en relación con el empleo de las municiones o dispositivos especificados en el apartado b)».

La CAQ introduce en este artículo lo que se ha denominado como criterio del propósito general (*general purpose criterion*). Es decir, una sustancia química resultará prohibida no por su mayor o menor toxicidad, sino en función del objetivo (letal o dañino) para el que se emplee (46). O, por decirlo de otra manera, aunque el producto químico empleado tuviera aplicaciones inofensivas, como es el caso de las armas no letales (que no provocan la muerte), se considerará arma

---

(45) Véase, por ejemplo, «What is a chemical weapon?», *OPCW Fact Sheet 4*, Media and Public Affairs Branch, External Relations Division, OPCW, revisado el 25 de julio de 2000 y la que, sin duda, es la gran obra explicativa de la CAQ: KRUTZSCH, W. y Trapp, R.: *A commentary... óp. cit.*, pp. 23-36.

(46) Sobre el tema, véase CLERCKX, J.: *La vérification de l'élimination de l'arme chimique, Essai d'analyse et d'évaluation de la Convention de Paris du 13 Janvier 1993*, LGDJ, Paris, 2001, p. 14 y KRUTZSCH, W. y TRAPP, R.: *A commentary ...*, *óp. cit.*, pp. 24-28.

química si el resultado final que persigue es el de causar algún tipo de daño (47).

El *criterio del propósito general* se convertiría, por tanto, en el mejor argumento para recordar que lo que la CAQ prohíbe son las sustancias químicas o sus precursores (salvo cuando se destinen a fines no prohibidos, según el art. II.1), en los límites y cantidades fijados, y que sustancia química es cualquiera que pueda «causar la muerte, la incapacidad temporal o lesiones permanentes a seres humanos o animales» (art. II.2). Es decir, las armas prohibidas son aquellas que provoquen, tanto la muerte como la incapacidad temporal o lesiones, de manera que parece demostrado que permitir la legalidad de las armas no letales sería poco congruente con la letra y el espíritu de la CAQ.

El Comité Internacional de la Cruz Roja ya advirtió del peligro de estas erróneas interpretaciones en la Primera Conferencia de Revisión de la Convención (48) y, a la vista de las actitudes de varios Estados, parece claro que no va a ser la última ocasión en que se vea obligado a hacerlo.

## 2.2. EL EMPLEO DEL ARMA QUÍMICA COMO CRIMEN DE GUERRA

El 17 de julio de 1998 se adoptaba en Roma el *Estatuto de la Corte Penal Internacional* (49) sin que en él encontrara hueco el empleo del

---

(47) Pero a este criterio, el principal de la Convención, hemos de añadir otro, pues el artículo II.1.a) considera, como ya sabemos, armas químicas a las sustancias tóxicas y sus precursores, salvo que se destinen a fines no prohibidos, pero «siempre que los tipos y cantidades de que se trate sean compatibles con esos fines», con lo que una sustancia química será susceptible de ser considerada arma química cuando se emplee, como sabemos, con la intención de producir daños a los seres humanos y los animales (primer criterio o *criterio de propósito general*), pero también cuando pese a parecer destinarse a fines permitidos, las cantidades y tipos empleados revelen que no es realmente así (segundo criterio). A. CIPOLAT («The new Chemical Weapons ...», *óp. cit.*, p. 404) distingue, por ejemplo, dos criterios, el «*end-use criterion*» y el «*consistency criterion*».

(48) 28 de abril-4 de mayo de 2003. La Declaración puede consultarse en la página web del Comité Internacional de la Cruz Roja (<http://www.icrc.org>).

(49) BOE 27 de mayo de 2002. Sirvan las citas, como visión general, de CAFLISCH, L.: «Réflexions sur la création d'une Cour criminelle internationale»; *Theory of International Law at the threshold of the 21st century, Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, ed. por J. Macarczyk, Kluwer Law International, The Hague/Boston/London, 1996, p. 874; MERON, T.: «Crimes under the jurisdiction of the International Criminal Court», *Reflections on the International Criminal Court, Essays in honour of Adriaan Bos*, ed. por H. A. M Von Hebel, J. G. Lammers, y J. Schukking, TMC Asser Press, 1999, pp. 47-51; SWART, B. y SLUITER, G.: «The International Criminal Court and International Criminal Co-operation», *Reflections on the International Criminal Court, Essays in honour of Adria-*

arma química como crimen de guerra y limitándose el artículo 8.2.b a definir como tal el empleo de veneno o armas envenenadas (apartado xvii) y de gases asfixiantes, tóxicos o similares (apartado xviii) (50).

¿Significa eso que, pese a resultar prohibido para los Estados, ningún individuo podrá ser castigado por hacer uso de estas armas en conflicto armado?. La solución lógica hubiera sido incluir en el Estatuto, como categoría de armas cuyo empleo pudiera considerarse crimen de guerra, a las químicas (y, por qué no, a las nucleares y las biológicas) pero, negada ésta, la única salida posible, a la vista de las circunstancias, sería forzar una interpretación del texto del Estatuto y considerar que el empleo de armas químicas podría asimilarse al de veneno o armas envenenadas o al de gases asfixiantes, tóxicos o similares (51).

El análisis de los *elementos del crimen* elaborados por la Comisión Preparatoria del Tribunal Penal Internacional (52) en un intento de ayudar

---

*an Bos*, ed. por H. A. M Von Hebel, J. G. Lammers, y J. Schukking, TMC Asser Press, 1999, pp. 91-128; ARSANJANI, M. H.: «The Rome Statute of the International Criminal Court», *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, pp. 27 y ss. También puede consultarse CARRILLO SALCEDO, J. A.: «La Cour pénale internationale. l'humanité trouve une place dans le droit international», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 103, 1999, pp. 23-28; GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «Luces y sombras del Tribunal Penal (Roma, 1998)», *Carthaginensia*, vol. XVI, 2000, pp. 83-137; *id.*, «La contribución del Estatuto de Roma (1998) sobre la Corte Penal Internacional a la consolidación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario», *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n° 9, julio-diciembre 2000, pp. 319-368 y RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L.: «Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional», *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n° 4 (ed. a cargo de C. Escobar Hernández), Madrid, 2000, pp. 133-162.

(50) Tampoco los *Estatutos* de los Tribunales Penales para la ex — Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994) lo castigaron expresamente (BOE 24 de noviembre de 1993 y 24 de mayo de 1995, respectivamente). Este último sí incluyó como violación de las leyes o costumbres de guerra el empleo de armas venenosas o concebidas para causar sufrimientos innecesarios. Para E. DAVID («Le Tribunal international penal pour l'ex-Yougoslavie», *Revue Belge de Droit International*, vol. XXV, 1992, 2, pp. 565-598, p. 576), la omisión no es casualidad, sino que prueba la poca voluntad demostrada en numerosas ocasiones de los Estados de incluir este tipo de armas. De hecho, en la Conferencia de Ginebra (1974-1977) que daría lugar a la aprobación de los *Protocolos Adicionales* a las Convenciones de 1949, algunos Estados defendieron una disposición que calificara de infracción grave el empleo de armas prohibidas por el derecho positivo, sin que pudiera alcanzarse la mayoría de dos tercios necesaria para su aprobación (*Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, CICR, Genève, 1974-1977, vol. III, pp. 335-336, pp. 290-292).

(51) En esta línea, Meron, T.: «Crimes under the jurisdiction of the International Criminal Court», *Reflections on the International Criminal Court, Essays in honour of Adrian Bos*, ed. por H. A. M Von Hebel, J. G. Lammers, y J. Schukking, TMC Asser Press, 1999, pp. 47-51, pp. 47-56 (sobre todo, p. 53).

(52) UN doc. PCNICC/2000/1/Add.2, 2 de noviembre de 2000, *Proyecto de texto definitivo de los elementos de los crímenes*, p. 33.

a los jueces en su interpretación del Estatuto, podría apoyar esta idea pues, en el caso del veneno, es necesario que el «autor haya empleado una sustancia o un arma que descargue una sustancia como resultado de su uso» y que «cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades tóxicas» (53). En el supuesto de empleo de gases, líquidos, materiales o dispositivos análogos, se exige utilizar «un gas u otra sustancia o dispositivo análogo» y, al igual que en el caso anterior, que «cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades asfixiantes o tóxicas» (54). *A priori*, por tanto, nada en los elementos de los crímenes mencionados impediría pensar que en esos supuestos puedan incluirse las armas químicas.

Con todo, y he de reconocerlo, los riesgos de esta interpretación son muchos y las posibilidades de que tenga alguna vez lugar, escasas, por el rechazo que la mención expresa del empleo de armas químicas, biológicas y nucleares como crimen de guerra suscitó durante la redacción del texto del Estatuto. En un primer momento, la Secretaría ofreció incluir entre las armas prohibidas las químicas y las biológicas (omitiendo las nucleares, más controvertidas), pero la oposición de determinados Estados, que se consideraron discriminados porque sólo se prohibieran las denominadas armas nucleares de los *pobres*, lo impidió (55),

---

(53) Son tres más los elementos que se configuran en este caso: que la conducta tenga lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y que el autor sea consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia del conflicto armado.

(54) Se incluyen, igualmente, los otros dos elementos que mencionábamos en la nota al pie anterior.

(55) La consideración de agentes biológicos o químicos como crimen de guerra sí aparecía expresamente en los borradores del Estatuto. Por ejemplo, el doc. A/CONF/C.1/L.53, debatido el 6 de julio de 1998 (disponible en doc. A/CONF.183/13, vol. III, Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma 15 de junio-17 de julio de 1998, docs. oficiales, vol. III, pp. 210-219) incluía, como posible *variante*, bajo crimen de guerra, el empleo de veneno o armas envenenadas; gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo; agentes bacteriológicos (biológicos) o toxinas para fines hostiles o en conflictos armados y las «armas químicas definidas y prohibidas en la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción de 1993» (variante 1 al artículo, p. 212). Otra propuesta llegó a incluir expresamente las armas nucleares (variante 2, p. 213). La mención a armas químicas (y biológicas) se mantuvo en varios borradores (doc. A/CONF.183/C.1/L.59, 10 de julio de 1998, disponible en doc. A/CONF.183/13, vol. III, Conferencia Diplomática ..., *cit.*, p. 222) pero, finalmente, desapareció. Véase, respecto de este tema, GUTIÉRREZ ESPADA, C. «Luces y sombras del ...», *óp. cit.*, pp. 113-114) y QUEL LÓPEZ, F. J. y BOLLO AROCENA, M. D.: «La Corte Penal Internacional: ¿un instrumento contra la impunidad?», *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, ed. por A. Blanc Altemir, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 147-168 (p. 157).

pese a que algunos constataron su pesar al respecto en la Conferencia de Roma (56).

La polémica cuestión se ha dejado también entrever en las declaraciones con las que los Estados han acompañado sus instrumentos de ratificación del Estatuto y que parecen condenar al olvido la posible interpretación que acabamos de defender (57). Pese a todo, prefiero pensar que la posibilidad sigue abierta, simplemente, porque la letra del Estatuto y los elementos del crimen no la destierran (58) y, quizás, sólo haya que esperar el momento o la situación oportunos para activarlas, acudiendo a la regla de que si el texto de un tratado (en su contexto y atendiendo a su objeto y fin) no plantea dudas sobre el sentido de la disposición, no es necesario acudir a trabajo *preparatorio alguno* (arts. 31 y 32 del *Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969*).

En cualquier caso, siempre queda otro resorte, el de la letra xx del apartado 2.b del artículo 8, que permite el castigo de empleo de armas que, en un futuro «sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda...», bajo el cual cabría la posibilidad de incluir expresamente a las armas químicas.

---

(56) Unos lamentaron que no se incluyeran como crimen de guerra las armas de destrucción masiva en general y otros se limitaron a categorías concretas: Bangladesh (armas de destrucción masiva), Benin (armas nucleares), Cuba (armas de destrucción masiva), India (armas nucleares), Singapur (armas químicas y biológicas) y Sudán (armas nucleares). Las declaraciones de los representantes de estos Estados y del CICR, que desarrollan las ideas mencionadas, puede consultarse en la siguiente dirección: <http://www.un.org/icc/speeches>. También el Comité Internacional de la Cruz Roja mostró su rechazo a estas exclusiones (*vid. UN Chronicle, On line edition*, vol. XXXV, nº 3, 1998). Las declaraciones de los Estados mencionados y del representante de la Cruz Roja (Y. Sandoz) pueden consultarse en el doc. A/CONF.183/13, vol. II, Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma 15 de junio-17 de julio de 1998, docs. oficiales, p. 140, párr. 100 (Bangladesh); p. 149, párr. 109 (Benin); p. 138, párr. 70 (Cuba); p. 134, párr. 16, India; p. 136, párr. 48 (Singapur); p. 139, párr. 76 (Sudán) y p. 141, párr. 113 (Cruz Roja).

(57) Francia deja claro que consideraba que el artículo 8.2.b) se refiere «sólo a las armas convencionales y que no puede regular o prohibir el posible empleo de armas nucleares ni afectar a las otras normas del derecho internacional aplicables a otras armas, necesarias para el ejercicio por Francia de su derecho inherente de legítima defensa, a menos que las armas nucleares y las otras armas reseñadas sean objeto, en el futuro, de una prohibición completa y se especifiquen en el Anexo al Estatuto por medio de una enmienda...».

(58) Incluso, algunos Estados parecen apoyarlo. Nueva Zelanda y Egipto entienden que la mayoría de crímenes establecidos en el artículo 8 no se refiere a ningún arma en concreto, alegando que las normas humanitarias se aplican siempre y con independencia del método de combate empleado. Egipto incluso afina su declaración un poco más, sosteniendo que el artículo 8.2. b), xvii) y xviii) «se aplicará a todo tipo de emisiones que sean indiscriminadas en sus efectos y a las armas empleadas para distribuir las, incluyendo a las emisiones resultantes del empleo de armas nucleares».

Claro que, como se ha señalado (59), al condicionarse esta posibilidad a la redacción de enmiendas, el proceso deberá esperar, como mínimo siete años desde la entrada en vigor de la Convención (1 de julio de 2002), pues éste es el plazo que prevé el artículo 121. Además, de acuerdo con el artículo 121.5 las enmiendas referidas a los artículos 5 a 8 «entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados partes que las hayan aceptado» y, ante las fuertes negativas que encontró la inclusión del empleo de armas de destrucción masiva como crimen de guerra, me temo que las expectativas son pocas.

En definitiva, pese a la más que probable reticencia de algunos Estados, la redacción del Estatuto permitiría defender *en teoría* la posibilidad de que un ataque con armas químicas fuera considerado como crimen de guerra y enjuiciado por el Tribunal Penal Internacional. Ciertamente, exponemos la posibilidad conscientes de su poca perspectiva de éxito, cuanto más tratándose de un órgano judicial cuya jurisdicción no ha tenido una cálida acogida. Que el Tribunal la acepte o no, llegado el caso, es algo que no nos atrevemos a aventurar, pero mientras otro tipo de soluciones (que analizaremos posteriormente) sean pura teoría, esta opción es, pese al riesgo de pecar de defensores de causas perdidas, la única que estamos en condiciones de plantear (60).

### 2.3. EL CASTIGO INTERNACIONAL DE CONDUCTAS RELACIONADAS CON LAS ARMAS QUÍMICAS

Mientras existan individuos tentados por este armamento no podremos considerar las armas químicas totalmente erradicadas ni la victoria del Derecho Internacional Humanitario definitiva.

Salvando las dificultades reseñadas hasta ahora, sería posible castigar al individuo que, desatado un conflicto armado, recurra al empleo de armas químicas pero ya hemos afirmado que lo usual es que, en la actualidad, esta posibilidad se produzca fuera de una contienda bélica, bajo la

---

(59) GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «Luces y sombras...», *óp. cit.*, p. 114.

(60) Con todo, de vez en cuando saltan a la palestra internacional propuestas sorprendentes, tanto por su contenido como la identidad de quienes las plantean: G. W. Bush, por ejemplo, propuso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, en septiembre de 2003, la redacción de una resolución que instara a los Estados a *criminalizar* las armas de destrucción masiva. El texto puede consultarse en la página web de Naciones Unidas (<http://www.un.org/webcast/ga/debate-23.htm>). Destaca también, al respecto, KUCIA, C.: «Bush calls on UN to curb proliferation», *Arms Control Today*, October 2003, [http://www.armscontrol.org/act/2003-10/President Bushs'sSpeech.asp](http://www.armscontrol.org/act/2003-10/President%20Bushs%20Speech.asp) .

forma, por ejemplo, de ataque terrorista. ¿Cómo imponer el castigo merecido en ese caso?. ¿Bastaría con prever una sanción al *empleo* o deberían merecerla también otras conductas como la fabricación, la adquisición o la transferencia?.

Salvo en el *Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas* de 1997 (61), que considera delito (art. 3) el entregar, colocar, arrojar o detonar un artefacto que propague productos químicos tóxicos (art. 1.3), no aparece expresamente tipificado en ningún tratado internacional acto alguno llevado a cabo por particulares y relacionado con las armas químicas. La CAQ, en cuanto tratado internacional de desarme dirigido prioritariamente a los Estados no resuelve estas cuestiones, que prefiere dejar en manos de los propios Estados Partes [mediante la legislación penal de desarrollo prevista en el artículo VII.2 (62)] y pese a que circulan determinados borradores de tratados que sí contemplan expresamente la responsabilidad del individuo por estas conductas (de entre los cuales destaca el proyecto de *Convención para la prohibición de armas químicas y biológicas bajo el Derecho Penal Internacional* (63), que posteriormente analizaremos), de momento, la única posibilidad de castigarlas en el ámbito internacional es encuadrándolas en otros tipos penales, como el genocidio, el crimen de guerra (con las dudas que ya vimos que el *Estatuto del TPI* plantea) o el crimen contra la humanidad lo que, necesariamente, exigirá que se den otros requisitos añadidos (64). Es decir, en todos estos casos (salvo, quizás, el crimen de guerra) son conductas que recibirán la sanción correspondiente por ajustarse a esos tipos penales, resultando secundario el

---

(61) BOE 12 de junio de 2001

(62) Legislación que no todos los Estados Partes han desarrollado. En el año 2002 sólo un 41% de los Estados Partes había cumplido con este deber (OPCW doc. EC-28/DG.4, 28 de febrero de 2002). El porcentaje se elevó a un 44% en noviembre de ese mismo año según los datos reflejados por F. TREGONNING («Progress in The Hague. Developments in the Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons», *The CBW Conventions Bulletin*, nº 58, December 2002, pp. 8-19 (p. 13). La Conferencia de Revisión condenó duramente estos retrasos en el desarrollo de la legislación nacional (Declaración Final, párr. 15, doc. RC-1/3, 9 de mayo de 2003).

(63) Elaborado por el *Harvard Sussex Program on CBW Armament and Arms Limitation* (<http://www.fas.harvard.edu/~hsp/crim01.pdf>).

(64) De momento, sólo existe el precedente del tribunal militar británico con sede en Hamburgo que juzgó a industriales alemanes por suministrar a las SS los gases culpables de exterminio de civiles en la Segunda Guerra Mundial (asunto Zyklon B, *British Military Court, Hamburg, 8 March 1946*, en *UN War Crimes Commission*, 1947, vol. I, p. 93). Al respecto, véase HENZELIN, M.: *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, 2000.

hecho de ser el químico el armamento elegido, pues hubieran merecido idéntico castigo si otro hubiera sido el empleado.

De hecho, se ha planteado la posibilidad de considerar el empleo de armas químicas como uno de los delitos internacionales susceptibles de someterse a jurisdicción universal, de manera que el tribunal que la hubiera reconocido pudiera castigarlas dondequiera que se produjesen.

Ahora bien, en este supuesto nos encontramos con la reticencia existente al respecto (ni siquiera, como vimos, se acepta el empleo del arma química como crimen de guerra), sobre todo teniendo en cuenta el poco éxito que el ejercicio de la jurisdicción universal parece tener en los últimos tiempos (65). Además, en todo caso, se trataría de una *solución* limitada, pues bajo esta perspectiva sólo contemplaríamos el caso de *empleo* de armas químicas *stricto sensu* (no la definición que recoge la CAQ en su artículo II), pero nunca otras conductas como la fabricación, la transferencia o el almacenamiento, por citar algunas que la Convención sí prohíbe expresamente y cuya persecución resulta, si cabe, más difícil.

La poca viabilidad de las hipotéticas soluciones formuladas hasta ahora ha forzado a explorar nuevos horizontes y proyectos entre los cuales destaca el de la *Convención para la prohibición de armas químicas y biológicas según el Derecho Penal Internacional*, que pretende salvar es la falta de previsión de la *Convención sobre Armas Químicas* y del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional* para castigar las conductas de individuos relacionadas con armas químicas

Aun suponiendo que un Estado Parte en la CAQ haya llevado a la realidad su compromiso de aprobar legislación penal de desarrollo, no se le obliga a castigar conductas prohibidas que cometan ciudadanos extranjeros (que, eventualmente, se encuentren en sus fronteras). Es

---

(65) Valgan algunos ejemplos: resistencia del TIJ a pronunciarse sobre determinados aspectos de la jurisdicción universal en el asunto que enfrentó al Congo con Bélgica (*asunto sobre la orden de arresto de 11 de abril de 2000*, <http://www.icj-cij.org>, de 14 de febrero de 2002) en el que, desgraciadamente, prefirió resolver la cuestión limitándose estrictamente a la cuestión de la inmunidad de jurisdicción de ciertos sujetos (algunos jueces sí optaron por hacerlo, como la Juez *ad hoc* Van den Wyngaert, que se refirió a la base consuetudinaria de la jurisdicción universal respecto de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad [párr. 59], y los Jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en su opinión separada conjunta [párrs. 45 y 61]); la modificación (con carácter restrictivo) de la *Ley belga de jurisdicción universal* en julio de 2003 (*International Legal Materials*, vol. 142, September 2003, pp. 1258—1283) o, incluso, la postura de nuestro propio Tribunal Supremo en la sentencia 327/2003 (Sala de lo Penal, de 25 de febrero, RJ 2003/2147, Fundamentos de Derecho Primero y Tercero) en la que se enjuiciaba el genocidio maya cometido en Guatemala y en la que realizó una (criticada) interpretación restrictiva de la cuestión y, en general, del artículo 23.4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*.



decir, el artículo VII obliga a los Estados a adoptar penas para las conductas prohibidas llevadas a cabo por las personas (con independencia de su nacionalidad) dentro de su territorio o las protagonizadas sus nacionales dondequiera que sea, pero eso impediría, por ejemplo, castigar al individuo de nacionalidad extranjera (de un Estado parte o no en la CAQ) que, en un Estado no parte, hubiera fabricado armas químicas y se encontrara de paso en su territorio. De acuerdo con la CAQ, ese individuo podría viajar por un Estado Parte libremente, sin que nada se pueda hacer por castigarlo. Además, aunque cada vez en número menor, aún existen Estados que se niegan a ratificarla, con lo que nos encontraríamos con auténticos paraísos donde (salvo que la legislación interna se mostrara *dura* al respecto) sería relativamente fácil, con la confianza de no saberse vigilados ni castigados, construir o adquirir armas químicas o comerciar con ellas.

El *Proyecto de Convención para la prohibición de armas químicas y biológicas según el Derecho Penal Internacional*, por el contrario, obligaría a cada Estado Parte a establecer su jurisdicción respecto de los delitos previstos sobre todas las personas que, en un momento dado, se encontraran en su territorio, con independencia del lugar en que el hecho fue cometido y de la nacionalidad del actor (66); a iniciar investigaciones, tras recibir la información de que esa persona puede encontrarse en su territorio y perseguir o extraditar a los que presuntamente hayan cometido estas actividades y se *encuentren* en su territorio. Para el caso expreso de «empleo intencionado de armas químicas y biológicas contra personas» (art. 5.1.f), la jurisdicción se amplía aún más, pues no depende de vínculo alguno; es decir, no importa la nacionalidad del autor ni del lesionado, ni que se cometa en territorio propio y, ni siquiera, que esa persona se encuentre dentro de sus fronteras. El artículo 1 del borrador, asimismo, no sólo castiga el empleo de armas químicas, sino también (es su mayor novedad), su adquisición, almacenamiento, la participación, inducción y tentativa de empleo e, incluso, la fabricación de instalaciones dedicadas a su fabricación.

Por lo demás, no sólo se aplicaría a las armas químicas, sino también a las biológicas, lo que supone una ventaja añadida, en tanto en cuanto la CAB es más *cicatera* que la CAQ a la hora de castigar las conductas prohi-

---

(66) Se impone una jurisdicción amplia, de modo que ésta viene determinada por el vínculo de la nacionalidad (el autor es nacional de ese Estado o lo son los lesionados), el de la residencia (cosa que no deja de ser llamativa) o por el vínculo territorial (la conducta tiene lugar en ese Estado o, incluso, el autor se encuentra, aunque sea de paso, en él).

bidas realizadas por los particulares, sin que ni siquiera obligue a adoptar legislación pena alguna al respecto (67).

Aunque no se puede hablar de equiparación con la jurisdicción universal, ya que se exige el vínculo mínimo de que la persona se encuentre en el territorio del Estado (y, como veremos, a veces, ni eso) sí que se produce una ampliación de la capacidad de actuación de los tribunales del Estado Parte, que redundaría en la erradicación del arma química.

De esta manera, pocas salidas quedan para quien pretenda realizar una de las actividades prohibidas. Incluso aunque un individuo no nacional de un Estado no parte las llevara a cabo en un Estado que tampoco fuese parte, los riesgos de ser perseguido y capturado son muchos, bastando con pisar el territorio de un Estado Parte para que, de acuerdo con el artículo 5.2, pueda ser investigado y enjuiciado. Es más, incluso aunque no se encontrara nunca bajo territorio de un Estado Parte, se podría castigar su conducta (se entiende que previo consentimiento del Estado en el que se encuentra o donde ha cometido la acción) si se tratara de un caso de *empleo* de armas químicas o biológicas (art. 5.1, f) (68).

El Proyecto, aunque indudablemente beneficioso, no pasa de ser a fecha de hoy, más que eso, con lo que le queda aún por recorrer un largo camino, sembrado de *baches* como el visto bueno de la Sexta Comisión de Naciones Unidas, la aprobación (en su caso) de una Conferencia Intergubernamental y, finalmente, la consecución de un número suficiente de ratificaciones para entrar en vigor. La tarea —ardua y sin garantía de éxito— parece aconsejar que la solución a corto plazo óptima sería, más bien, perfeccionar los mecanismos de los que ya disfrutamos (CAQ) pero, sin duda, apostar por él sería apostar por impedir que ni Estados ni individuos recurran a las armas químicas. Ya que el objetivo lo merece, nada se pierde intentándolo.

En definitiva, la labor del Derecho Internacional Humanitario en la lucha contra las armas químicas puede considerarse como éxito absoluto, pues ha sido su infatigable esfuerzo el que ha permitido tanto la redacción

---

(67) El artículo IV de la CAB dice así: «Cada Estado Parte en la presente Convención adoptará, en conformidad con sus procedimientos constitucionales, las medidas necesarias para prohibir y prevenir el desarrollo, la producción, el almacenamiento, la adquisición o la retención de los agentes, toxinas, armas, equipos y vectores especificados en el artículo I de la Convención en el territorio de dicho Estado, bajo su jurisdicción y bajo su control en cualquier lugar».

(68) Todas estas prohibiciones se completan con la asistencia entre los Estados Partes, tanto en cuestiones de investigación cuanto en cuestiones judiciales o procedimentales (artículo 9) y con la cooperación con fines preventivos (artículo 12).

de varios tratados internacionales prohibiéndolas (*Protocolo de Ginebra* de 1925 y *Convención sobre Armas Químicas* de 1993, sobre todo) como el nacimiento de una norma consuetudinaria condenando su empleo.

Los Estados, por tanto, tienen vetado el recurrir a ellas, pero eso no garantiza su desaparición absoluta: las fisuras de la CAQ, el fracaso del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional* de incluirlas expresamente como crimen de guerra y la *afición* a este armamento demostrada en los últimos tiempos por grupos terroristas nos obliga a permanecer siempre vigilantes.

## SUMARIO

El Derecho Internacional Humanitario ha sido el principal impulsor de la prohibición del arma química. Desde los primeros intentos, en los que la ilegalidad se limitó a su empleo en conflicto armado, hasta los actuales, en los que, gracias sobre todo a la *Convención sobre Armas Químicas* de 1993, la prohibición del arma química es absoluta, han sido muchos los esfuerzos desarrollados.

Con todo, el peligro no ha desaparecido del todo y el arma química sigue siendo una tentación para determinados Estados y, sobre todo, para grupos terroristas que han descubierto sus efectos destructivos y la facilidad de su empleo. Evitar fisuras en las convenciones que la contemplan y explorar nuevos ámbitos de prohibición, a veces incluso fuera del campo de acción estricta del Derecho Internacional Humanitario, son los retos a los que debe enfrentarse la sociedad internacional de hoy para garantizar, de una vez por todas, la erradicación definitiva de este arma.



## **2. NOTAS**



## **LAS ASISTENCIAS MARITIMAS. SU CONSIDERACION COMO OBJETO DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA**

Rafael Ruiz Manteca  
*Coronel Auditor*

### *SUMARIO*

I. INTRODUCCION. II. LAS ASISTENCIAS MARITIMAS. LA LEY 60/1962, DE 24 DE DICIEMBRE, SOBRE AUXILIOS, SALVAMENTOS, REMOLQUES, HALLAZGOS Y EXTRACCIONES MARITIMAS. 1. Los auxilios y salvamentos. Precisiones terminológicas. Naturaleza jurídica. Elementos concurrentes. 2. Otras asistencias marítimas: el remolque. Delimitación de esta figura. 3. Buques participantes en las asistencias marítimas. 4. La remuneración en las asistencias marítimas. III. LA ACTUACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA COMO CONSECUENCIA DE LAS ASISTENCIAS MARITIMAS. 1. Elementos subjetivos: los llamados Tribunales Marítimos. A. Definición, clases y naturaleza jurídicas de estos órganos. B. Competencias. Composición. Sede. 2. Elementos objetivos. 3. Elementos formales. El procedimiento. A. La intervención de los Tribunales Marítimos: el expediente de auxilio o salvamento y el de remolque. a) La fase de instrucción. b) Terminación normal: la decisión del Tribunal Marítimo Central. Plazo de duración del procedimiento. B. Ejecutividad de la decisión del Tribunal. IV. CARÁCTER DE LA INTERVENCION: TIPO DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. V. CONTROL JURISDICCIONAL. 1. Recurso en vía administrativa. 2. El acceso a la vía judicial. Competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Organos competentes. VI. CONCLUSIONES.

### **I. INTRODUCCION.**

Desde siempre han sido numerosos los riesgos y peligros que han acechado la navegación marítima, que no han desaparecido y ni siquiera disminuido en la época actual, pues si bien se ha producido hoy día un innegable adelanto en las modernas técnicas y aparatos de navegación, moti-

vado en gran medida por la facilidad de las comunicaciones, sin embargo la apertura de todas las rutas y sobre todo, el tremendo incremento del tráfico marítimo operado en los últimos tiempos, ha comportado que los supuestos y casos de naufragios y otras incidencias de riesgo se sigan produciendo y afectando a los buques durante la navegación.

Por ello se hace necesaria la ayuda a esos buques que se encuentran en momentos difíciles, ayuda que tradicionalmente ha sido prestada por otros buques que se han percatado visualmente de la situación de peligro de los primeros (único supuesto existente hasta épocas bien recientes de la historia de la navegación), o bien han acudido a la llamada de socorro efectuada por el buque en peligro (cuando se empezaron a emplear aparatos o medios de comunicación a distancia). Todo ello ha dado origen a la institución del salvamento o auxilio marítimo, en la que gozan de especial importancia las normas dirigidas a regular la relación jurídica que surge entre el buque que presta la ayuda en ese momento de peligro, y el que la recibe, o más propiamente, entre las personas, físicas o jurídicas, que o bien ostentan un derecho sobre los mencionados buques o sus cargas, o bien los gobiernan o tripulan.

En el presente estudio vamos a analizar igualmente otro tipo de asistencia, como es el remolque, en el que la ayuda prestada (que consiste estrictamente en lo que se denomina remolque, cuyo concepto estudiaremos en su momento) se lleva a cabo en supuestos en que propiamente no concurre situación de peligro alguno.

Pero la parte esencial del trabajo estará dirigida a profundizar en el examen de la decisión administrativa que ampara los acuerdos o, más comúnmente, que dirime los desacuerdos producidos, como consecuencia de los auxilios o ayudas prestados, entre quienes participan o intervienen en los mismos. Se examinarán los órganos de la Administración encargados de conocer de las asistencias marítimas y el procedimiento de actuación de los mismos, sin dejar de referirnos a las demás cuestiones que el tema plantea, para un completo conocimiento de la realidad de las asistencias o salvamentos marítimos.

Conviene mencionar, como adelanto del estudio que iniciamos, que si bien el origen de la institución del salvamento, como hoy lo conocemos, hay que buscarlo en el siglo XIX, el punto de partida es el *naufragium* del derecho romano, que según expone González Lebrero, (1), es «la rotura o pérdida de un buque, que daba lugar a actividades lucrativas de recuperación de los restos náuticos o del buque naufragado».

---

(1) GONZÁLEZ LEBRERO, R.A., en *Curso de Derecho de la Navegación*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1998, página 554.



En España, ya en Las Partidas se hacía referencia a las depredaciones de mercancías mediante la provocación de naufragios, y en el Fuero Real se daban instrucciones para que las cosas perdidas en accidente de mar se guardaran para ser entregadas a sus dueños (2).

Pero como se ha dicho, es en el siglo XIX cuando el salvamento adquiere los perfiles que le son propios y que han llegado al día de hoy. Y si bien los códigos de comercio decimonónicos no llegaron a contener disposiciones sobre la asistencia o salvamento, fueron normas especiales sobre esta institución las que fueron apareciendo en los distintos países, siendo buena muestra en el nuestro la Instrucción reguladora de 4 de junio de 1873, vigente en la materia hasta la promulgación del Real Decreto Ley de salvamentos y hallazgos de 1925, que añadió un nuevo título (adicional) a la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina, que dio naturaleza administrativa a los expedientes tramitados como consecuencia de dichos salvamentos y hallazgos (3). Pero también en el plano internacional se dejaron sentir las nuevas tendencias existentes sobre el salvamento, lo que dio lugar a la firma del Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de Asistencia y Salvamento en el mar, hecho en Bruselas el 23 de septiembre de 1910 (al que se adhirió España en 1923).

## II. LAS ASISTENCIAS MARITIMAS. LA LEY 60/1962, DE 24 DE DICIEMBRE, SOBRE AUXILIOS, SALVAMENTOS, REMOLQUES, HALLAZGOS Y EXTRACCIONES MARITIMAS.

La Ley 60/1962 vino a sintonizar nuestra legislación sobre esta materia con la normativa internacional, pues si bien la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina seguía vigente, sustentaba enfoques conceptuales, sobre algunas de las figuras que regulaba, diferentes a los que mantenía el Convenio de Bruselas de 1910, fundamentalmente en materia de hallazgos y remolques, lo que aconsejó esa labor de armonización que llevó a cabo la ley que comentamos. Por lo demás, la Ley 60/62 incluyó por vez primera la asistencia marítima a aeronaves, y la prestada o recibida por buques de guerra o afectos a un servicio público. Posteriormente a su entrada en

---

(2) MINGUIJON ADRIAN, S., en *Historia del Derecho español*, 3ª edición, Labor, Barcelona, 1943, página 187.

(3) MAYO JÁIMEZ, F., *Asistencias Marítimas*, Editorial Naval, Madrid, 1980, página 13.

vigor, la Ley fue modificada en 1988 (4), habiendo sido aprobado su reglamento de desarrollo por Decreto 984/1967, de 20 de abril.

Más recientemente se han producido dos nuevos acuerdos internacionales sobre esta materia, concretamente el Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo, aprobado en Hamburgo el 27 de abril de 1979 (5), y el Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, hecho en Londres el 28 de abril de 1989 (no ratificado todavía por España), sin que ello haya motivado ninguna modificación de la legislación interna española.

Debemos también, pues todo esfuerzo clarificador en esta materia es necesario, precisar que aunque la Ley 60/1962 regule los auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas, únicamente cabe catalogar como asistencias los auxilios, salvamentos y remolques, que serán por tanto las únicas materias objeto de nuestro estudio, primeramente por el motivo indicado, pero también porque sólo ellas propician la intervención de los Tribunales Marítimos.

## 1. LOS AUXILIOS Y SALVAMENTOS: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS, NATURALEZA JURÍDICA Y ELEMENTOS CONCURRENTES.

### A. *Precisiones terminológicas.*

Ha sido tradicional, en el medio marítimo, la confusión conceptual entre las voces «auxilio» y «salvamento», que en ocasiones han sido utilizadas como sinónimas, y en otras se ha sustentado su diferenciación. A esta confusión ha contribuido el empleo de la expresión «asistencia», que si bien no aparece en la Ley 60/1962, ha sido reiteradamente utilizada tanto por el Tribunal Marítimo Central como por el Tribunal Supremo para referirse al auxilio, al salvamento, o a ambos.

Es cierto que el Diccionario de la Lengua no establece unas diferencias entre estos vocablos (6), pero también lo es que han sido evidentes los

---

(4) Modificación llevada a cabo por la disposición adicional novena de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos del Estado para 1989. La misma tuvo únicamente por objeto la actualización de las cantidades a que ascendía la valoración de los objetos hallados, sin que desde entonces se haya vuelto a producir otra actualización.

(5) España se adhirió a este Convenio por Instrumento de 29 de enero de 1993.

(6) *Auxilio* es «ayuda, socorro, amparo». *Salvamento* es «acción y efecto de salvar o salvarse», término que es definido como «librar de un riesgo o peligro, poner en seguro». *Asistencia* es «acción de prestar socorro, favor o ayuda». *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición, 1992.

esfuerzos de muchos autores de tratar de diferenciar estas figuras, lo que no siempre ha dado frutos tangibles. Así, cabe citar a Fariña, Fernández Novoa y Mayo Jáimez entre quienes han abogado por una diferencia entre estos términos, habiendo llegado éste último (7) a la consideración de que el auxilio se produce cuando los peligros y riesgos propios de la mar acechan a un buque, pero todavía el peligro no se ha concretado en un siniestro ya producido, pues en tal caso no cabe hablar de auxilio sino de salvamento (8). En sentido contrario se han manifestado García Luengo, Gutiérrez de la Cámara, Gamechogoicoechea Alegría y más recientemente, Sánchez Calero y González Lebrero, que opinan que aunque pueden encontrarse algunos criterios de distinción entre estos términos, «en la actualidad estas diferencias no tienen importancia práctica, ya que están sometidas al mismo régimen jurídico contenido en la Ley de auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas» (9).

Siguiendo al Convenio de Bruselas, la Ley 60/1962 no define los términos «auxilio» y «salvamento», y si bien en algún artículo se aprecia una intención de diferenciarlos, de la mayoría del articulado se desprende su utilización como sinónimos (10), y a ello se añade el empleo de las expresiones «buques auxiliares o salvadores» indistintamente. La misma línea de identidad conceptual se aprecia en el Reglamento de 1967, que habiendo podido, con mayor propiedad que la Ley, dado su carácter aclaratorio y de desarrollo, dar una definición de estos términos, se abstiene de darla, lo que puede inducir a pensar en la innecesariedad de la distinción. Por otro lado, tanto Ley como Reglamento utilizan otros términos, tales como «asistencias», «socorros», «servicios», que a nuestro modo de ver han de ser tomados como expresiones omnicomprendivas y aplicables tanto a los auxilios como a los salvamentos, con los que se confunden y amalgaman.

En resumidas cuentas, debe significarse que así como en el ámbito internacional es común hoy día el referirse al salvamento como institución

---

(7) Con cita incluso de jurisprudencia. Véase STS de 12 de noviembre de 1966 y 1 de junio de 1973.

(8) MAYO JÁIMEZ, F., *ob citada*, página 42.

(9) SANCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Mc Graw Hill, Vigésima tercera edición, Madrid, 2000, página 554.

(10) Véanse a título de ejemplo los artículos 2, 5, 11, y sobre todo el artículo 1, que llega a afirmar que no hay «lugar a distinguir entre ambas clases de servicios», aunque posiblemente haya sido intención del legislador referirse, no a una diferenciación conceptual, sino a un distinto régimen jurídico entre uno y otro. Por el contrario, el propio artículo 1, y sobre todo, el capítulo primero del Título Primero de la Ley se refieren a «auxilios y salvamentos», dando a entender que son figuras distintas.

que engloba a los demás conceptos mencionados, siendo prueba de ello la propia denominación de los Convenios internacionales suscritos recientemente sobre esta materia, a que se ha hecho mención más arriba, de la misma manera en el ámbito interno se ha generalizado, sin duda por influencia anglosajona (11), la denominación «salvamento» para conceputar todas estas figuras marítimas, y que podemos definir con la mejor doctrina como «*todo auxilio prestado a un buque en peligro (y consiguientemente a las personas y bienes que se hallan en él) o a los restos náufragos de una aventura marítima que ha estado sometida a un peligro*» (12).

En esta misma línea terminológica cabe señalar la denominación dada a la recientemente creada Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, entidad de carácter estatal encargada de prestar los servicios públicos de búsqueda, rescate, salvamento marítimo y, con carácter general, ayuda al tráfico marítimo (13). A este respecto, y en relación con los salvamentos llevados a cabo por tal Sociedad, debe advertirse que los mismos están al margen de la institución que estudiamos, y de su regulación, como se encarga de recordar el artículo 12 de la Ley 60/62, cuando dispone que «la presente Ley no afecta a la subsistencia de los Tratados Internacionales y Leyes vigentes en España sobre la organización de los servicios de auxilio y salvamento por las Autoridades Públicas o bajo su dependencia».

### B. *Naturaleza jurídica.*

En relación con la naturaleza jurídica de los salvamentos, ha sido ésta cuestión ampliamente debatida, y lo sigue siendo también hoy. Y ello debido a las diferentes posibilidades que en relación con este tipo de asistencia pueden darse en la práctica.

En efecto, el salvamento puede producirse (y es lo más frecuente) cuando el buque asistido se encuentra en una situación de peligro todavía incierto, y por ello su dotación permanece en el cumplimiento de sus obligaciones maríneas. Pues bien, en estos casos lo normal es que, tras la llamada de auxilio del buque en peligro, el responsable del buque asistente entre en comunicación con quien manda aquél, y se lleve a cabo un acuer-

---

(11) En la doctrina y legislación anglosajona no existe la diferencia entre todos estos términos, utilizándose únicamente la voz *salvage*.

(12) GONZALEZ LEBRERO, R., *ob. citada*, página 551.

(13) Creada por Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

do acerca de los pormenores y circunstancias en que deba prestarse la ayuda. Claramente se colige de lo dicho que en tales supuestos el salvamento debe tener consideración contractual, pudiendo a partir de esta premisa discutirse cual es el tipo de contrato en el que debe tener cabida, o si debe ser considerado como contrato atípico.

Desde luego, las figuras de contratación a que puede acudir con más fundamento son el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de obra. Y como quiera que el artículo 2 de la Ley establece que el armador del buque asistido no deberá ninguna remuneración si tras las operaciones de salvamento no se ha producido un resultado útil (cuyo sentido se analizará más adelante), parece que debe acudir con más propiedad al arrendamiento de obra, en el que el resultado de la misma resulta fundamental para caracterizar a este tipo de *locatio conductio*. Desde luego están repartidos los posicionamientos doctrinales, no faltando incluso el de quienes consideran que se trata de un contrato que si bien en una primera fase reúne los caracteres del arrendamiento de servicios, acaba participando en su fase última de la naturaleza del arrendamiento de obra (14). Por mi parte, considero que no puede reconducirse el salvamento a ninguno de los tipos existentes hoy día, ni en el ámbito civil ni en el mercantil, dadas las fuertes especificidades que presenta, sobre todo la falta de causa de la obligación del armador del buque asistido en el supuesto de inexistencia de resultado útil, lo que hace que se tenga que considerar como innominada esta figura, que por lo demás debe ser incardinada en el sector civilista, aunque con mucha frecuencia sean comerciantes quienes participen, como titulares de la explotación bien del buque asistente o del buque asistido, en el salvamento.

Pero el salvamento también puede producirse cuando resulta imposible comunicar con el buque en peligro, por daños o pérdida de los instrumentos de comunicación, o incluso, en situación extrema, por haber la tripulación abandonado el buque o haber fallecido como consecuencia del siniestro producido. En estos casos ningún acuerdo ha llegado a producirse entre los propietarios, armadores o capitanes de los buques intervinientes en la asistencia, pero el hecho de que el buque asistido, el flete o la mercancía se haya salvado (y siempre con esta premisa) origina una situa-

---

(14) GONZALEZ LEBRERO, R. sostiene que los servicios o tareas propias del salvamento están dirigidos a una finalidad muy concreta, cual es el éxito de las operaciones, por lo que lo que comienza siendo un arrendamiento de servicios acaba siendo otro de obra, y siempre y cuando se produzca el resultado útil. Sin embargo, finalmente acaba pronunciándose por la atipicidad de este contrato.

ción que beneficia claramente al buque asistido y que genera la obligación de su armador de remunerar la asistencia prestada. La similitud con la figura del cuasicontrato aparece clara (15), y más concretamente, con la gestión de negocios ajenos regulada en los artículos 1895 y siguientes, pues el responsable del buque asistente se encarga lícitamente del asunto de otro (el salvamento de su buque, flete o carga) sin que el interesado ni se oponga ni lo haya autorizado.

### C. Elementos concurrentes.

Del examen de la regulación de los auxilios y salvamentos contenida en la Ley 60/62 se colige que para que exista el auxilio o salvamento deben concurrir necesariamente estos cuatro elementos: que un buque se encuentre en peligro durante la navegación, voluntariedad en la actuación del buque asistente, que se produzca un resultado útil, y que el capitán del buque asistido no se oponga al salvamento.

a) El artículo 1 de la Ley mencionada refiere el ámbito de aplicación de los preceptos relativos a los auxilios y salvamentos del buque, de las cosas que se hallen a bordo, del flete y del precio del pasaje, a que dicho buque se encuentre en peligro. Por tal término hay que entender cualquier circunstancia grave que afecte al buque asistido y lo ponga en riesgo cierto e inminente de pérdida del mismo, o de su carga o flete, y sin que baste, como ha precisado la jurisprudencia (16) la existencia de aquel peligro o riesgo que acompaña normalmente la navegación. Con mayor motivo concurre este elemento si el peligro se ha materializado en siniestro, de tal manera que el buque se encuentra ya dañado o incluso perdido. Por lo demás, el peligro puede provenir de cualquier causa o motivación, pues como indica Ruiz Soroa (17) puede estar originado por elementos naturales o actos humanos, entre aquellos obviamente los vientos y el propio mar.

---

(15) Según el artículo 1887 del Código Civil «son cuasicontratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados». Además no se olvide que los efectos jurídicos del salvamento, sustancialmente la obligación de abono de la remuneración, se producen, como en los cuasicontratos, *ex lege*, concretamente por el mandato de la propia Ley 60/1962.

(16) Ver STS de 1 de abril de 1968 y 26 de mayo de 1973.

(17) RUIZ SOROA, J.M., *Manual de Derecho de Accidentes de la Navegación*, Escuela de Administración Marítima del Gobierno Vasco, Bilbao, 1987, página 123.

b) La voluntariedad en la prestación de la asistencia no aparece expresamente recogida en la Ley, pero se desprende del examen conjunto de los artículos 1 al 14, y especialmente del 10 y el citado 14. En efecto, no constituye salvamento la ayuda prestada por un buque a otro cuando la misma viene impuesta al primero como consecuencia de un mandato legal, o por orden de la Autoridad Marítima. Ejemplo de ayuda obligatoria es la que deben prestarse mutuamente los capitanes de los buques después de un abordaje (18), o la que viene impuesta por la Autoridad de Marina cuando se hallen en peligro vidas humanas, ordenando en tal caso la prestación del socorro a las dotaciones de toda clase de buques (artículo 14 de la Ley 60/62).

c) El artículo 2 de la Ley que comentamos establece que «todo acto de auxilio o salvamento que haya producido un resultado útil dará lugar a una remuneración equitativa. No se deberá ninguna remuneración si el socorro prestado no llegase a producir resultados útiles». Lo que debe entenderse por resultado útil ha sido ampliamente tratado por la doctrina, siendo unánime la opinión, sustentada por otro lado en las resoluciones del Tribunal Marítimo Central (19), de que para que pueda hablarse de salvamento y se generen las obligaciones de abono de la remuneración, el éxito o buen fin de las operaciones del mismo (que tal hay que entender por resultado útil) no es preciso que sea total, bastando que el buque pueda ser salvado, aún con daños, o el cargamento se recupere, aunque no lo sea en su totalidad. Por lo demás, en opinión de González Lebrero (20) «las simples tentativas no son suficientes, pero sí lo son los esfuerzos que de cualquier manera han contribuido positivamente al éxito final». Por tanto, debe darse una relación de causalidad entre la actividad de quien ha intervenido en el salvamento y el resultado útil producido, de tal manera que en cuanto quede probada esa relación, por tenue que sea, debe considerarse a aquél participe en la operación y por ende, en la remuneración, lo que será de especial aplicación en caso de ser varios los salvadores.

d) El artículo 3 de la ley que examinamos establece que la prohibición expresa y razonable de los buques (o aeronaves) socorridos a ser salvados acarrea que los salvadores no tengan derecho a percibir remuneración algu-

---

(18) «Après un abordage, le capitaine de chacun des navires entrés en collision est tenu, autant qu'il peut le faire sans dangers sérieux pour son navire, son équipage et ses passagers, de prêter assistance à l'autre bâtiment, a son équipage et a ses passagers». Artículo 8 del Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje, de 1910.

(19) Véase por todas la de 10 de octubre de 1972.

(20) GONZALEZ LEBRERO, R., *ob citada*, página 562.

na. Lo primero que hay que precisar es que tal precepto únicamente será aplicable cuando se pueda contar con la manifestación de voluntad del responsable del buque socorrido, pues no se olvide que habrá ocasiones en que ello no será posible. También conviene indicar que esa prohibición u oposición al salvamento podrá partir, y será lo normal, del capitán, como máximo responsable del buque auxiliado, habiendo sido discutido si es posible tener en cuenta la oposición del propietario o armador, supuesto cada vez más corriente en la práctica, ante la facilidad de las comunicaciones hoy día (21), o incluso la de otro miembro de la tripulación con mando en el buque, ante el fallecimiento o indisponibilidad del capitán. Por lo demás, la oposición ha de ser expresa (es decir, no intuida, y clara) y razonable, lo que abre un abanico de posibilidades ante distintas situaciones y sus soluciones (22).

## 2. OTRAS ASISTENCIAS: EL REMOLQUE. DELIMITACIÓN DE ESTA FIGURA.

Al remolque se refiere la Ley 60/1962 en sus artículos 15 a 18, aunque alguna otra precisión se hace a él en otros artículos, siempre necesaria porque esta figura en verdad necesita ser deslindada y acotada para su total esclarecimiento, tal es el grado de confusión que puede llegar a producirse en este terreno.

Porque lo que debe precisarse desde el primer momento es que el remolque (según el Diccionario de la Lengua, «acción y efecto de remolcar», que lo es «llevar o arrastrar una embarcación o un vehículo») puede consistir en un auxilio o salvamento, puede ser una asistencia prestada a un buque distinta a la estudiada en el apartado anterior, o puede incluso no ser ni una cosa ni otra, sino un contrato al margen del ámbito de las asistencias marítimas en que nos movemos.

- En efecto, el remolque puede, en primer lugar, ser una operación más de las que se llevan a cabo cuando se está prestando un salvamento, como medida de poner al buque asistido fuera de peligro, pues no se olvide que una de las acciones que tienden con más contundencia a lograr tal objetivo consiste en conducir a aquél a puerto seguro.

---

(21) Desde luego, la máxima autoridad sobre un buque en navegación corresponde al capitán, y no se olvide que la responsabilidad de su pérdida en último extremo recae sobre él.

(22) Al margen de la claridad de la previsión legal, lo cierto es que en los últimos tiempos no es admisible, al menos en ciertos supuestos, la negativa del buque en peligro a ser salvado. En el reciente asunto *Prestige*, el capitán del citado buque manifestó su intención de no aceptar la ayuda pertinente, lo que motivó que la Autoridad de Marina impusiera literalmente el salvamento, con sustitución incluso del máximo responsable del buque.



- Pero el remolque puede también consistir en una ayuda que por un buque se presta a otro durante la navegación, porque así se acuerde en tal momento, aunque éste no se encuentre en realidad en peligro alguno, ni en potencia ni en presencia.

- Por último, el remolque puede prestarse como consecuencia de un contrato preexistente (que se denomina de remolque, y es un contrato atípico, aunque le son aplicables, en lo que proceda, las normas reguladoras del contrato de transporte marítimo) entre armadores o propietarios de buques y cuya finalidad puede ser tanto el transporte del buque remolcado como la maniobra con él.

Sólo nos interesa en este momento el remolque en el segundo de los aspectos apuntados, ya que sólo él da lugar a una modalidad de asistencia marítima (lo que lo diferencia del tercer supuesto expresado), o a una asistencia marítima distinta del auxilio o salvamento (lo que lo diferencia del primer supuesto, en que el remolque se diluye en el concepto de auxilio o salvamento, como una fase o actuación más del mismo).

Estas diferencias también se aprecian tras un detenido examen de la Ley 60/1962, pues por ejemplo el artículo 15 establece que el remolque prestado a un buque que lo pida hallándose en la mar dará derecho a una indemnización de los daños y gastos sufridos por el buque que efectúa el remolque, «fuera de los casos en que el remolque constituya auxilio o salvamento», pues en tal caso obviamente esos gastos deberán ser resarcidos conjuntamente con los sufridos en el resto de tareas de salvamento, pues forman parte de la remuneración por dicho salvamento. Por otro lado, el artículo 4, ubicado entre los que regulan los auxilios y salvamentos, dispone que «el remolcador no tendrá derecho a una remuneración por auxilio o salvamento del buque por él remolcado o de su cargamento, sino cuando haya prestado servicios excepcionales que no puedan ser considerados como el cumplimiento del contrato de remolque», lo que viene a diferenciar el remolque prestado dentro de una operación de auxilio o salvamento del remolque efectuado en cumplimiento de un contrato de remolque preexistente.

Conviene indicar, en relación con la precisión que se acaba de hacer, que el remolque, entendido en la acepción que nos interesa en este momento, de asistencia diferenciada del auxilio o salvamento, siempre supone la existencia de un acuerdo de voluntades entre el armador, propietario, capitán o patrón del buque remolcador, y el del buque remolcado, y por tanto la existencia de un verdadero contrato, pero tal contrato por fuerza ha de quedar perfeccionado en el mismo momento de la prestación del remolque, pues si es preexistente, es decir, si el contrato ha sido cele-

brado en un momento anterior (23), entonces este especial tipo de asistencia se desnaturaliza y se queda simplemente en la mera ejecución del contrato de remolque (tercer supuesto de los que apuntábamos antes), generador de las obligaciones pactadas en tal momento para cada una de las partes, pero sin que sea aplicable la regulación contenida en la Ley 60/1962, y sin que proceda la intervención de los Tribunales Marítimos.

### 3. BUQUES PARTICIPANTES EN LAS ASISTENCIAS MARÍTIMAS.

En toda asistencia marítima intervienen el buque asistido, auxiliado o remolcado y el asistente, auxiliador o remolcador. Sin embargo se hace preciso recordar que en el auxilio o salvamento, la asistencia puede comportar no sólo el salvamento del buque, sino también el de las cosas que se hallen a bordo, el del flete o el del precio del pasaje (artículo 1 de la ley). Por último, también debe significarse que si bien normalmente la asistencia se presta y se recibe por buques, también es posible que intervenga en la misma una aeronave, como veremos sucintamente más adelante.

El concepto de buque resulta hoy día poco controvertido, aunque lo ha sido en el pasado, sobre todo como consecuencia de las múltiples definiciones que de él se encuentran en las leyes y tratados internacionales. Después de hacer un recorrido por las mismas, Mayo Jáimez afirma que «el buque a que se refiere la Ley 60/62 en su artículo 1 es el barco o embarcación cuya misión principal es la navegación marítima, y que por ello está sometido a sus peligros e incidencias, pudiendo dedicarse al transporte de viajeros, mercancías, pesca o cualquier otra actividad marítima, sean de guerra o mercantes, públicos o privados» (24), aunque debemos añadir nosotros que si bien inicialmente fueron considerados objeto de salvamento sólo los buques dedicados a la navegación marítima, pronto se extendió tal consideración a los de navegación en aguas interiores (25) (26), e incluso hoy la misma se ha extendido a «cualquier construcción o estructura apta para navegar» y a

---

(23) Por ejemplo, acuerdo entre una naviera y una compañía dedicada a la industria del remolque para que ésta lleve a cabo los remolques de los buques de aquélla en tal zona de la mar o en tal puerto.

(24) MAYO JÁIMEZ, F., en *ob. citada*, página 25.

(25) Así, el Convenio de Bruselas de 1910 ya contenía este mismo tratamiento, y así se recogió también en nuestra Ley 60/62. Por eso Arroyo Martínez propone que se hable no de salvamento marítimo, sino de salvamento acuático.

(26) Ha sido tradicional la polémica sobre si conforme al texto del artículo 1 de la Ley 60/62 era posible la asistencia dentro de los recintos portuarios, que últimamente es reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Marítimo Central y del Tribunal Supremo.

«cualesquiera otros bienes» que no estén de forma permanente e intencional sujetos a la costa (27). Resultan, por lo demás, interesantes las reflexiones que hace González Lebrero acerca de los buques hundidos, con el que coincidimos en que no son buques, al haber perdido la consideración jurídica de tales, pero que sin embargo consideramos que pueden seguir siendo objeto, no ya de rescate, sino de salvamento (y por tanto, de las normas nacionales e internacionales reguladoras del mismo), cuando el buque se acaba de hundir, sin solución de continuidad desde el inicio de la asistencia (28).

Pero en el buque que recibe la asistencia también pueden ser objeto de auxilio o salvamento las cosas que se hallen a bordo, significativamente la carga o mercancías transportadas, de valor muy elevado en ocasiones; el flete, que es el precio que se paga por la entrega en destino de las mercancías, pero la ley al hablar del flete no se está refiriendo propiamente a este precio (pues el mismo puede haberse pagado al inicio del viaje o pagarse al final), sino que se refiere al valor que la propia mercancía tiene para los comerciantes marítimos que cargan o transportan esa mercancía, y que pueden no ser los propietarios de la misma; y el precio del pasaje, que en esta ocasión debe entenderse literalmente como el precio del transporte de pasajeros, lo que si hoy día no es ciertamente entendible, hay que referir a una época (la de la entrada en vigor del Convenio de Bruselas de 1910) en que era normal que tales cantidades viajasen con el buque.

Por otro lado debe hacerse mención al salvamento de las personas, que no es citado en la Ley 60/1962 ni en los convenios internacionales como tal asistencia ni por tanto, como objeto de las citadas normas. Únicamente se indica en el artículo 10 de la Ley 60/62 que las personas salvadas no están obligadas al pago de ninguna remuneración. El motivo de tal planteamiento radica en que tal salvamento tiene un cariz básicamente humanitario que difiere del preferentemente interesado que posee el salvamento del buque y de las mercaderías, cuya prestación se deja al libre juego de las conveniencias de los propietarios o armadores de los buques participantes. De todas maneras es de significar que sólo se remunera el salvamento de vidas humanas si se ha efectuado conjuntamente con el salvamento de bienes. En fin, se trata de un salvamento distinto al que estudiamos, que en todo caso goza de preferencia y puede ser impuesto por la Autoridad Marítima como obligatorio a las dotaciones de todos los buques, según se dijo (29).

---

(27) Artículos 2 y 3 del Convenio de Londres de 1989.

(28) GONZALEZ LEBRERO, R.A., en *ob. citada*, página 563.

(29) Sobre esta materia, ver el *Convenio Internacional sobre salvamento de vidas humanas*, hecho en Londres el 1 de noviembre de 1974.

Por último muy brevemente debe comentarse que la asistencia o salvamento entre buques o aeronaves, aunque infrecuente, es posible en la práctica y por ello está previsto en la Ley 60/62, siendo varios los artículos de la misma que prevén tal supuesto, lo que representó una novedad con respecto al texto del Convenio de Bruselas de 1910, que por su antigüedad no contempló tal posibilidad, aunque posteriormente varios tratados internacionales establecieron normas en este sentido (30).

#### 4. LA REMUNERACIÓN EN LAS ASISTENCIAS MARÍTIMAS.

Toda asistencia, sea auxilio, salvamento o remolque, da lugar al abono o pago de una remuneración equitativa, que además de tal denominación recibe las de precio, retribución o salario. A la misma se refiere el artículo 2 de la Ley en el caso de los auxilios o salvamentos, y el artículo 15, en el de los remolques, aunque los artículos siguientes a los citados completan la regulación contenida en los mismos. De todas maneras conviene diferenciar entre la remuneración por auxilio o salvamento, y la debida por remolque, porque la regulación obviamente refleja la diferente naturaleza de ambos tipos de asistencias, y también porque el fundamento de una y otra es ciertamente diferente.

En efecto, en cuanto al fundamento, en el remolque la remuneración es básicamente una compensación por el servicio prestado y por los daños que el buque remolcador haya podido sufrir. Por el contrario en el auxilio o salvamento, además de lo dicho, con ella se trata en última instancia de proteger el tráfico marítimo, de tal manera que a pesar de sus riesgos no pierda la confianza que en él se tiene depositada, en lo que son los primeros interesados precisamente los propietarios y armadores de buques, y también sus dotaciones, por lo que existe esta institución (el salvamento) como un mecanismo de protección de ese tráfico marítimo que el propio mundo de la mar ofrece, y siendo la retribución por los beneficios que al dueño de lo salvado el salvamento reporta, algo secundario. Tal planteamiento es sustentado en nuestro país por González Lebrero (31), y al mismo nos adherimos por considerarlo acertado en sus motivaciones de fondo.

---

(30) Principalmente fue el Tratado de Navegación Internacional de Montevideo de 1940 el que extendió la aplicación de sus normas sobre asistencia y salvamento a los servicios prestados por buques a aeronaves en el agua o viceversa (artículo 14).

(31) GONZÁLEZ LEBRERO, R.A., en *ob. citada.*, página 566.

Por lo demás, y por lo que respecta a la remuneración en los casos de auxilio o salvamento, debe resaltarse de entrada que su procedencia está condicionada al resultado útil de las actividades del salvamento, como se vio, así como que el importe de la misma en ningún caso puede exceder el valor de las cosas salvadas (artículo 2). Dicho lo cual interesa diferenciar las partes o capitulados que integran la remuneración, quien está obligado a abonarla, y quien tiene derecho a ella, con expresión en este último caso de cómo se reparte el crédito, de ser varias las personas con derecho a ella.

La remuneración comprende tanto la indemnización por los gastos, daños y perjuicios que haya tenido el buque salvador por la actividad realizada, como la cantidad que proceda como retribución por el servicio, a la que la propia Ley llama también premio por lo salvado. Respecto a la indemnización citada, la casuística es ciertamente amplia, habiendo hecho Mayo Jáimez una detallada relación de aquellos gastos, daños y perjuicios que deben ser tenidos en cuenta a tales efectos (32), siendo destacables, como más usuales, la pérdida o deterioro de elementos utilizados en el salvamento, días de pesca perdidos, exceso de combustible y lubricante consumido, depreciación de la pesca vendida en lonja debido al retraso producido en llegar a puerto, gastos de conservación de lo salvado, etc. En la parte referente al premio, la misma se calculará teniendo en cuenta las circunstancias relacionadas en el artículo 9 de la Ley, como son los esfuerzos y mérito de los salvadores, el peligro corrido por el buque auxiliado, el corrido por el buque salvador, el tiempo empleado, los riesgos corridos por los salvadores, y el valor de las cosas salvadas. El Convenio de Londres de 1989 ha incorporado como elemento a tener en cuenta (artículo 13) la habilidad y esfuerzos de los salvadores para evitar o reducir los daños al medio ambiente. Ya se ha dicho que la remuneración no procede si no ha existido resultado útil, pero existe hoy el debate doctrinal acerca de si tal afirmación legal procede en relación con la totalidad de la remuneración o sólo en lo que respecta al premio, al alegarse que no sería justo que los gastos, daños y perjuicios tenidos de buena fé por quienes se aprestan a un salvamento no sean finalmente compensados si el mismo no tiene buen fin. A este respecto no debe olvidarse que la redacción del artículo 2 no permite ciertamente esta interpretación, que además no tiene tampoco predicamento tras la lectura de los correspondientes artículos de los Convenios de 1910 (artículo 2) y 1989 (artículo 5).

---

(32) MAYO JÁIMEZ, F., en *ob. citada*, páginas 92 y siguientes, con cita de abundante jurisprudencia.

En lo referente al sujeto obligado al pago de la remuneración, el artículo 2 dispone que corre a cargo del armador del buque salvado (aunque en algún otro artículo hace referencia al propietario), sobre el que por tanto recae totalmente la obligación mencionada. Es preciso indicar que por tal hay que entender el empresario marítimo, que es quien se ve beneficiado en todo caso por el salvamento producido, debiéndose recordar por último que, como se dijo, las personas salvadas no están obligadas al pago de ninguna remuneración.

Sujeto acreedor de la remuneración es, de la misma manera, el armador del buque salvador, aunque a renglón seguido hay que precisar, en primer lugar, que si son varios los buques salvadores, la remuneración deberá ser repartida entre ellos, y en segundo lugar, que en todo caso el armador debe repartir la remuneración con su tripulación, con la que forma una comunidad o sociedad de hecho, en la que uno aporta el capital, y la otra el trabajo (33). Hay que indicar, en este punto, que lo realmente repartido es exclusivamente la retribución por el servicio prestado, nunca la indemnización de daños y perjuicios, que en todo caso corresponde al armador. Sentado lo anterior, y por tanto, una vez deducida esa indemnización, un tercio de la cantidad restante corresponderá (artículo 7 de la Ley 60/62) al armador, y « en los dos tercios restantes participarán:

1. Los componentes de la dotación.
2. Las personas ajenas a la misma que cooperen con ella eficazmente.
3. Los salvadores de vidas humanas, aunque no pertenezcan al buque o a la nave auxiliares».

Es de significar que el reparto entre los componentes de la dotación debe hacerse teniendo en cuenta absolutamente a todos los tripulantes (aunque obviamente la participación real en las tareas de salvamento, y el riesgo corrido por todos ellos no sea el mismo), y en proporción a sus «respectivos sueldos bases» (artículo 7). En la práctica resulta tarea compleja llegar a un punto de acuerdo respecto a tales repartos, por lo que la labor decisora de los Tribunales Marítimos en este punto resulta fundamental.

Por último, la remuneración en los casos de remolque también se compone de dos partes diferenciadas, la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el buque asistente (que proceden *mutatis mutandis* por los mismos hechos y circunstancias que antes vimos), y «el precio justo por el servicio prestado» (artículo 15), aunque en este caso su determinación resulta de mucha menor dificultad que en los auxilios o salvamentos,

---

(33) GONZALEZ LEBRERO, R.A., *ob. citada*, página 571.

puesto que se trata exclusivamente del precio que corresponda por un remolque de las características del que se ha prestado, a tenor de lo que perciban las compañías que se dediquen a tal actividad comercial. De todas maneras, el precio se fijará «tomando por base los trabajos que haya exigido el remolque, la distancia recorrida y las demás circunstancias concurrentes» (artículo 16), y se distribuirá atribuyendo dos tercios al armador del buque remolcador y un tercio a su dotación, aunque si «el servicio fuere prestado por buques dedicados a la industria del remolque, el importe del premio corresponderá íntegramente al armador» (artículo 17) (34).

### III. LA ACTUACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA COMO CONSECUENCIA DE LAS ASISTENCIAS MARITIMAS.

Una vez examinada la materia sobre de las asistencias marítimas, procederemos en este epígrafe, como ya adelantamos, al estudio de la intervención que en relación con ellas lleva a cabo la Administración Pública, concretamente la del Estado. Para ello distinguiremos, por un lado todo lo referente a los órganos competentes, y por otro, lo que se refiere a los elementos objetivos, formales y procedimentales de la actuación administrativa.

#### 1. ELEMENTOS SUBJETIVOS: LOS LLAMADOS TRIBUNALES MARÍTIMOS.

##### *A. Definición, clases y naturaleza jurídica de estos órganos.*

Con la denominación de Tribunales Marítimos nos referimos al conjunto de órganos administrativos especializados que bajo la dependencia y dentro de la estructura del Ministerio de Defensa, tienen atribuido el conocimiento y decisión de las controversias que puedan surgir entre propietarios o armadores de buques por la prestación de asistencias marítimas, de conformidad con la legislación reguladora de las mismas. Debe significarse que tal denominación no aparece utilizada ni en la Ley 60/1962 ni en el Reglamento aprobado por Decreto 984/1967, pues tales disposiciones se limitan a referirse a la Jurisdicción en materia de asistencias marítimas. Ni

---

(34) Actualmente es frecuente que en los convenios colectivos de las empresas navieras, los trabajadores renuncien a la parte que les pueda corresponder por los remolques que se presten.

siquiera en el Título Adicional a la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina, aprobado por Decreto Ley de 10 de julio de 1925 (35), el conocimiento de estas materias se atribuía a tribunal alguno, pues la resolución de los expedientes de salvamentos y hallazgos en el mar (capítulo III) era competencia, bien del instructor (en caso de inexistencia de impugnación de sus acuerdos por las partes implicadas), bien de la Autoridad Jurisdiccional (en caso de tal impugnación, artículo 38), que lo era el Capitán General del Departamento Marítimo (36). Sin embargo, aunque no haya base legal alguna para tal denominación, en la práctica comúnmente es utilizada la expresión *Tribunales Marítimos*, para referirse al conjunto de estos órganos que examinamos (37).

Los órganos de esta Jurisdicción en materia de asistencias marítimas son actualmente y desde la entrada en vigor de la Ley 60/62, el Tribunal Marítimo Central y los Juzgados Marítimos Permanentes, debiendo significarse que del mismo modo que no resulta fácil extraer conclusión alguna del origen de la expresión *Tribunales Marítimos*, tampoco se acierta a comprender la catalogación de este Tribunal como central, no existiendo otros periféricos, ya que en realidad es el único existente.

Se trata de órganos administrativos pertenecientes a la Administración General del Estado, estando integrados en la estructura del Ministerio de Defensa (38), concretamente en la Armada (39). Sin embargo, no debe demorarse por más tiempo el cumplimiento de lo que dispone el artículo 86.6 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que prevé que las competencias sobre auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas recaigan en el Ministerio de Fomento. Mientras tanto, la disposición transitoria décima de esta misma ley permite que dichas competencias sigan siendo ejercidas

---

(35) Este Título reguló esta materia con anterioridad a la Ley 60/62, y fue derogado por ésta.

(36) El Capitán General del Departamento era órgano de la Jurisdicción Militar de Marina, junto a los Consejos de Guerra. Las antiguas jurisdicciones militares de Tierra, Marina y Aire desconocían la expresión *Tribunal Militar*, que fue introducida por primera vez por la Ley Orgánica 4/1987, de competencia y organización de la Jurisdicción Militar.

(37) Aunque técnicamente sea incorrecta su aplicación a los Juzgados Marítimos.

(38) Las referencias que la Ley 60/62 y su Reglamento hacen al Ministerio de Marina deben entenderse hechas al Ministerio de Defensa de conformidad con los Decretos 1558/1977, de 4 de julio, y 2723/1977, de 2 de noviembre.

(39) Curiosamente, ni el Decreto 912/2002, de 6 de septiembre, por el que se desarrolla la estructura básica de los Ejércitos, ni la Orden 22/1991, de 12 de marzo, que desarrolla la estructura del Cuartel General, la Fuerza y el Apoyo a la Fuerza de la Armada (todavía en vigor a la espera del desarrollo del Decreto citado) citan estos órganos, claramente olvidados en la Orden mencionada.



por los órganos de la Armada, «de acuerdo con lo previsto en la Ley 60/1962, de 24 de diciembre» (40).

Por tanto, a los mismos les resulta de aplicación las reglas contenidas en los artículos 11 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y las contenidas en los artículos 38 y siguientes de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, herederas todas ellas de las contenidas en su día en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración General del Estado de 26 de julio de 1957, y en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, a las que se remiten repetidamente la Ley 60/62 y su reglamento de 1967.

La primera conclusión que se debe extraer es que tanto el Tribunal Marítimo como los Juzgados participan, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley 6/1997, de la personalidad jurídica única del Estado. Por otro lado, ante la disyuntiva de si estamos en presencia de un solo órgano o si, por el contrario, cabe su consideración como órganos diferenciados, la solución viene dada por las diferentes competencias que, como luego veremos, asumen el Tribunal Marítimo por un lado, y los Juzgados por otro. Y también es determinante la posibilidad de que ambos puedan producir actos jurídicos. Debe por ello considerarse a uno y otros como unidades administrativas diferenciadas, estructuradas jerárquicamente (41), y capaces de actuar jurídicamente (producción de efectos jurídicos frente a terceros) de manera preceptiva (como se verá cuando se estudie el tipo de actividad que desarrollan (artículo 5.2 de la misma Ley).

Debe desecharse, por lo expuesto, cualquier intento de asimilar a los Tribunales Marítimos a la Jurisdicción, entendida en sentido estricto como poder del Estado de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, distinto y separado de los demás poderes existentes en el Estado de Derecho. La expresión *Jurisdicción* utilizada por la legislación de asistencias marítimas debe ser entendida simplemente como poder o autoridad que uno tiene (en este caso la Administración del Estado) para gobernar y poner en ejecución las leyes (también en este caso, las referentes a las asistencias que nos ocupan). Se trata de una jurisdicción administrativa especial, en el sentido que le dio

---

(40) La disposición final segunda 1.b. adelanta una posible reorganización de los Tribunales Marítimos, a fin de adaptarlos a la Ley de Puertos y Marina Mercante, con incluso posible cambio de denominación.

(41) En el ejercicio de su función los Juzgados Marítimos dependen del Presidente del Tribunal Marítimo Central (artículo 11.1 del Decreto 984/67), y éste depende del Jefe de Estado Mayor de la Armada. Ver también artículo 32 de la Ley.

Sosa Wagner (42). Y si es cierto que en un pasado ya remoto la decisión en estas materias se encomendaba a órganos de la antigua Jurisdicción Militar de Marina (en una época en la que tal Jurisdicción asumía funciones y presentaba caracteres propios tanto del poder ejecutivo como del judicial), de donde es posible que se haya mantenido el empleo de la voz *jurisdicción* en la Ley 60/62, ello resulta hoy irrelevante por cuanto tal término puede seguir empleándose con propiedad, si se le da su verdadero alcance y significado, que en este caso es el amplio y nada estricto al que hemos hecho mención más arriba.

El carácter administrativo de los órganos mencionados es cuestión hoy pacífica, al estar reconocido tanto por la jurisprudencia (43) como por la doctrina más reciente (44), siendo, por lo demás, órganos creados por la propia Administración General del Estado (pues de ella parte la voluntad de su creación, aunque la materialidad de la misma se haya efectuado por ley, precisamente la Ley 60/62), colegiado y central el Tribunal Militar Central y unipersonales y periféricos los Juzgados Marítimos, externos (pues tienen la posibilidad de originar relaciones inter-subjetivas en nombre del Estado, como es paradigmáticamente la relación procesal que surge por la interposición del recurso contencioso administrativo contra la decisión del Tribunal), y con competencia específica, por la limitada, reducida o acotada parcela de la Administración sobre la que actúan: de ahí su carácter de órganos especializados, como antes apuntábamos (45).

---

(42) SOSA WAGNER, F., *Jurisdicciones administrativas especiales*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1977.

(43) El Tribunal Supremo ha precisado reiteradamente tal carácter: «La Ley 60/1962, de 24 de diciembre constituye un singular ordenamiento por virtud del cual una materia de naturaleza privada por afectar a cuestiones meramente patrimoniales entre particulares derivada de la remuneración o resarcimiento por operaciones de auxilio a otros bienes patrimoniales es sometida a la intervención decisoria de órganos administrativos sin duda por consecuencia de las especiales circunstancias y riesgos que lleva consigo la navegación ...» STS de 18 de octubre de 1991. En el mismo sentido, la del TSJ Madrid de 3 de septiembre de 1997.

(44) En este sentido se manifiestan Ruiz Soroa, Zabaleta Sarasúa y González Lebrero. El primero de ellos manifiesta que «la Ley de 1962 encomienda el conocimiento de las reclamaciones derivadas de asistencias marítimas a la Administración ... Para ello se crea dentro del Ministerio de Marina (hoy Ministerio de Defensa) un órgano específico, el Tribunal Militar Central ...». *Ob. citada*, página 161.

(45) Este carácter especializado viene reconocido en la misma exposición de motivos de la Ley 60/62: «Se conserva el sistema tradicional ... de atribuir la competencia en estas materias a la *Jurisdicción de Marina*, sistema avalado por razones de índole práctica, ya que permite disponer de órganos especializados en la técnica náutica ...».

## B. Competencias. Composición. Sede.

El concepto de competencia ha sido objeto de gran atención por la doctrina, pues resulta indisolublemente unido al de órgano. En efecto, la competencia es el conjunto de potestades y facultades que el órgano tiene atribuidos por ley para el mejor cumplimiento del fin público que la Administración de la que forma parte tiene encomendado, de tal manera que no sólo es que pueda ejercer esas potestades y facultades, sino que está obligado a ello por mandato normativo (46). Resulta fundamental advertir que el poder que tiene concedido la Administración para la satisfacción de los intereses generales que le son encomendados se distribuye entre los diferentes órganos, de tal manera que el resultado es que a cada uno se le otorga un ámbito específico de actuación. Pues bien, eso es la competencia, la parcela de poder jurídico que por ley se concede a un órgano para que actúe, o si se quiere emplear una expresión organicista, para que funcione (47). Conforme a lo dicho, la competencia tanto al Tribunal Marítimo como a los Juzgados les viene concedida en orden a resolver las controversias que se planteen entre los propietarios y armadores de los buques que se hayan visto involucrados en una asistencia marítima, ya auxilio o salvamento, ya remolque, como parcela concreta de la actuación administrativa. Por eso afirmábamos más arriba que se trata de órganos especializados.

Pues bien, no existe ni en la Ley 60/62 ni en el reglamento de 1967 un listado de competencias de estos órganos. Sin embargo, tras el análisis de los diferentes artículos de dichas disposiciones, podemos afirmar que las del Tribunal Marítimo Central fundamentalmente son las siguientes:

a) Dictar todo tipo de resoluciones y acuerdos en orden a la resolución de los expedientes de auxilio o salvamento y de remolque (artículo 31 de la Ley y 6 del Reglamento).

b) Suspender la ejecución de los acuerdos adoptados por los Juzgados Marítimos cuando la misma pueda acarrear perjuicios de difícil o imposible reparación.

---

(46) «La competencia viene definida como conjunto de facultades, de poderes, de atribuciones que corresponden a un determinado órgano en relación con los demás». GARCIA-TREVIJANO FOS, J.A., *Principios jurídicos de la Organización administrativa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, página 186.

(47) Opina González Pérez que resulta consustancial al concepto de competencia la facultad de producir actos jurídicos, pero a nuestro modo de ver tal planteamiento debe predicarse más bien del órgano. GONZALEZ PEREZ, J., en *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, segunda edición, en colaboración con González Navarro, F. Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 1999, páginas 655 y siguientes.

c) Dirimir las cuestiones de competencia que se susciten entre diferentes Juzgados Marítimos (artículo 12 del reglamento).

d) Plantear y sostener las cuestiones de competencia con otros órganos del Ministerio de Defensa, y posiblemente los conflictos de jurisdicción y de atribuciones con otras jurisdicciones y órganos de la propia Administración del Estado (artículo 34 de la Ley y 3 del Reglamento).

e) Determinar el personal auxiliar y subalterno necesario para su adecuado funcionamiento, efectuando las oportunas propuestas al Ministro de Defensa (artículo 10 del Reglamento).

Por lo que respecta a los Juzgados Marítimos, cabe destacar las siguientes:

a) Dar inicio e instruir los expedientes de auxilio o salvamento y de remolque tan pronto reciba de la Autoridad de Marina los partes o informaciones correspondientes, dando cuenta de ello al Tribunal.

b) Promover cuestiones de competencia con otros Juzgados, solicitando del Tribunal la resolución de las mismas.

c) Acordar las medidas pertinentes en orden a la adecuada clarificación de lo ocurrido, pudiendo calificar provisionalmente los hechos.

d) Solicitar de otros jueces marítimos, mediante exhorto, la realización de las diligencias que no puedan practicarse en su propia demarcación jurisdiccional.

e) Atender a la conservación de las cosas, disponiendo su depósito o, caso de cosas perecederas, promoviendo su venta.

f) Decretar embargos a fin de garantizar los derechos de las partes, procediendo en su caso contra los bienes embargados.

g) Designar peritos u otros técnicos en el procedimiento, a propuesta o no de las partes.

h) Llevar a cabo funciones de conciliación y aún de mediación entre las partes, al objeto de facilitar un acuerdo entre ellas.

i) Ejecutar los acuerdos alcanzados, así como las resoluciones dictadas por el Tribunal Marítimo Central.

Por lo demás, el Tribunal Marítimo Central, que tiene su sede en Madrid y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional (48), está constituido por un Presidente, cuatro Vocales y un Secretario (artículo 33 de la Ley 60/62), el primero de ellos designado por Decreto del Consejo de Ministros, y los restantes, por el Ministro de Defensa. Es de resaltar que

---

(48) Artículo 34 de la Ley 60/62.

todos ellos son militares (49) a excepción de uno de los Vocales, que es un funcionario del Ministerio de Fomento (50). El Reglamento (artículo 7) regula profusamente las atribuciones del Presidente, Vocales y Secretario, como órganos colegiados ministeriales que son (artículo 39 de la LOFAGE), siendo de aplicación supletoria los preceptos de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y de la propia LOFAGE que regulan los órganos colegiados (artículos 22 y siguientes y 38 y siguientes, respectivamente).

Los Juzgados Marítimos, que son órganos unipersonales, pueden ser permanentes o especiales. Los primeros, que según el artículo 32 de la Ley debían existir en «en las capitales de los Departamentos Marítimos Navales (51) y puertos principales», hoy radican en las ciudades portuarias mencionadas en la Orden del antiguo Ministerio de Marina 331/1976, de 30 de marzo (52), teniendo repartido, a efectos competenciales, la totalidad del litoral, que como es sabido está dividido en provincias marítimas. Estos Juzgados están desempeñados por personal perteneciente al Cuerpo Jurídico Militar de las Fuerzas Armadas, que son quienes ostentan la titularidad del órgano, y dependen, según se dijo, del Tribunal Marítimo Central (53). Con independencia de estos Juzgados, el Ministro de Defensa «podrá nombrar un Juez Marítimo Especial para la instrucción de aquellos expedientes que por sus circunstancias lo requieran» (54), especificándose únicamente como tal circunstancia en la normativa estudiada, el que en la asistencia intervenga un buque nacional de guerra o afecto a un servicio público (55). De todas maneras queda a la libre discreción de la citada Autoridad la creación de estos Juzgados especiales, que por el contrario a los permanentes, tienen naturaleza esencialmente temporal o transitoria, pues su existencia está vinculada a la tramitación

---

(49) El Presidente ha de ser Almirante del Cuerpo General de la Armada, y el resto pertenecerán a dicho Cuerpo General o al Cuerpo Jurídico Militar de las Fuerzas Armadas, en el que quedó integrado el Cuerpo Jurídico de la Armada por Ley 6/1988, de 5 de abril.

(50) Perteneciente a la Dirección General de la Marina Mercante.

(51) Los citados Departamentos no existen hoy día y desde hace años, habiendo sido sustituidos por las Zonas Marítimas, creadas por la Ley 9/1970, de 4 de julio, Orgánica de la Armada. A su vez las mismas han desaparecido por aplicación de la disposición final primera del Decreto 912/2002, de 6 de septiembre, que impide «el establecimiento de una organización militar del territorio nacional». Véase la Orden de Defensa 3537/2003, de 10 de diciembre, que ha culminado este proceso.

(52) Son once, con sede en Barcelona, Cartagena, Málaga, Cádiz, Vigo, El Ferrol, Las Palmas, Valencia, Palma de Mallorca, Bilbao y Huelva. Sin embargo, hoy día en realidad sólo funcionan los radicados en Cartagena, Cádiz, Ferrol y Las Palmas.

(53) Artículos 32 de la Ley y 11.1 del Reglamento.

(54) Artículo 32 de la Ley, y en el mismo sentido, artículo 18 del Reglamento.

(55) Artículo 37 del Reglamento.

del expediente encomendado (56). Debe, por último, añadirse que la creación de estos Juzgados especiales debe llevarse a cabo por Orden del propio Ministerio de Defensa, a tenor de lo preceptuado en el artículo 10.2 LOFAGE (57).

Los Juzgados deben contar, por lo demás, con el personal auxiliar necesario, entre el que deberá figurar un secretario de expedientes (artículo 19 del Reglamento), cargo que no resulta preceptivo que sea desempeñado por personal jurídico militar.

Nada se dispone en la regulación objeto de estudio sobre las causas de abstención y recusación de los miembros del Tribunal Marítimo Central y de los Jueces Marítimos, por lo que habrá que acudir a los artículos 28 y 29 de la Ley 30/92, que con carácter general obligan a abstenerse de intervenir en el procedimiento a aquellas autoridades y personal al servicio de las Administraciones en quienes se dé alguna de las circunstancias que especifica el primero de los artículos citados, pudiendo ser dichas autoridades y personal objeto de recusación por las partes interesadas caso de que no decidan *de motu proprio* su abstención.

## 2. ELEMENTOS OBJETIVOS.

Debe aquí traerse a colación todo lo dicho sobre las asistencias marítimas en el epígrafe segundo de los de este trabajo, pues la resolución emanada del Tribunal Marítimo Central debe versar obligatoriamente sobre ellas. Sin embargo hemos preferido adelantar su contenido a un epígrafe antecedente, pues por fuerza debía hacerse un planteamiento previo de la materia objeto de estudio, que facilitara la precisión de los conceptos manejados y proporcionara su alcance jurídico-marítimo. Pero debe ahora añadirse que el objeto del acto administrativo en que consiste aquella resolución está representado concretamente por la desavenencia existente entre las partes intervinientes en una asistencia marítima, en relación con la calificación que procede de la misma, con la remuneración a que tiene derecho el buque que la presta, o con el reparto que de esa remuneración procede hacer entre quienes tienen derecho a ella.

---

(56) Incluso cabe razonablemente pensar que estos Juzgados subsistirán mientras lleven a cabo la ejecución de las resoluciones dictadas por el Tribunal Marítimo.

(57) Y del mismo modo, la creación de nuevos Juzgados permanentes, o la supresión de alguno de los existentes.

### 3. ELEMENTOS FORMALES. EL PROCEDIMIENTO.

#### A. *La intervención de los Tribunales Marítimos: el expediente de auxilio o salvamento y el de remolque.*

La actuación de los llamados Tribunales Marítimos se encuentra prevista en los artículos 35 a 46 de la Ley 60/1962, y sobre todo, en los artículos 20 a 57 del reglamento. En ellos se regula el procedimiento que se lleva a cabo ante dichos Tribunales, que puede ser catalogado como un procedimiento administrativo especial, al que supletoriamente, en defecto de la regulación contenida en los preceptos mencionados, han de ser aplicados los artículos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladores del procedimiento administrativo común. En efecto, las remisiones de la Ley y reglamento mencionados a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 son continuas (58), y obviamente tales remisiones han de entenderse hechas a la citada Ley 30/92, que es la actualmente en vigor en esta materia.

La naturaleza especial del procedimiento administrativo establecido en las normas reguladoras del salvamento marítimo ya fue reconocida por la Disposición Final 2ª del Decreto 1408/66, de 2 de junio, que lo declaró en vigor, junto a otros, siguiendo en ello el camino marcado por el Decreto de 10 de octubre de 1958 de declarar vigentes determinados procedimientos especiales, aunque obviamente el primero de los Decretos mencionados lo hizo en el ámbito propio de los Departamentos Militares entonces existentes.

Por lo demás, el procedimiento que ahora vamos a estudiar no es sino el modo de producción de un acto administrativo (59) específico y concreto, como es la resolución del Tribunal Marítimo Central, encargado de poner fin a dicho procedimiento. Y además de ser un procedimiento especial, es de carácter declarativo, ordinario (pues en ningún caso está pre-

---

(58) Sirva de ejemplo el artículo 1 del Decreto 984/1967, que otorga carácter administrativo a estos expedientes, «y en consecuencia en lo que no esté previsto por aquélla (se refiere a la regulación de la Ley 60/62 y su reglamento), se regirán por la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, adaptada a los Departamentos Militares por Decreto número 1408/1966, de 2 de junio». Si bien este Decreto se encuentra actualmente derogado, véase la Instrucción número 167/1999, de 24 de junio, del Subsecretario de Defensa, sobre tramitación de procedimientos administrativos en el ámbito del Ministerio de Defensa.

(59) Esta es la sencilla pero clarificadora definición de procedimiento administrativo que sostienen desde hace años E. García de Enterría y T.R. Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1977, página 362.

vista la declaración de urgencia del mismo), y de matiz arbitral, lo que lo asemeja en gran medida al procedimiento judicial, y da lugar a importantes peculiaridades, como a continuación vamos a tener ocasión de comprobar (60).

a) La fase de instrucción.

Se desarrolla en el Juzgado Marítimo, y su finalidad es, como indica el artículo 78.1 de la Ley 30/1992, la de determinación, conocimiento y comprobación de aquellas circunstancias de hecho que permitan posteriormente al Tribunal Central adoptar una decisión. Así se recoge en el artículo 37 de la Ley, según el cual el Juzgado Marítimo «tramitará el expediente dirigiendo las actuaciones a la comprobación de los hechos y circunstancias que puedan contribuir a la fijación de la remuneración, conservación de las cosas y garantía de los derechos de las partes». El orden de prelación para la instrucción de los expedientes será con carácter general el de antigüedad de entrada en el Juzgado, según indica en artículo 14 del reglamento.

— El inicio. La Autoridad de Marina y la Autoridad Jurisdiccional.

Los Capitanes o Patronos de los buques que hayan intervenido en auxilios, salvamentos o remolques vienen obligados a dar cuenta por escrito de tales hechos a la «Autoridad local de Marina» (61), la cual en estos casos (o en los de conocimiento por cualquier otro medio de que la asistencia se ha prestado) se dirigirá al Juzgado Marítimo competente, a través de la «Autoridad Jurisdiccional» (62) (63). Se trata en todo caso de una iniciación de oficio, de tal manera que tan pronto obren en poder del Juzgado los datos mínimos necesarios, éste acordará iniciar la instrucción del ope-

---

(60) González Navarro otorga al procedimiento que analizamos la consideración de procedimiento triangular, en el que «la Administración aparece decidiendo en un conflicto entre particulares, de manera que carece en absoluto de la condición de parte, pues es totalmente ajena a la relación jurídica discutida». GONZÁLEZ NAVARRO, F., en *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, segunda edición, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1999, página 71.

(61) Artículo 35 de la Ley. Esta Autoridad de Marina era en la época en que fue dictada la Ley, el Comandante Militar de Marina del puerto de arribada de los buques intervinientes, y hoy lo es la Capitanía Marítima a que se refiere el artículo 88 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

62 Por tal hay que entender al Almirante Jefe de la Zona Marítima correspondiente. De todas maneras, una vez desaparecida la organización territorial de los Ejércitos, cabe entender que esa Autoridad Jurisdiccional es hoy el Almirante Jefe de Acción Marítima.

(63) El reglamento da en sus artículos 20 y 21 reglas especiales en caso de intervención de aeronaves en la asistencia, y cuando el puerto de arribada sea extranjero.



tuno expediente, dando cuenta de ello al Tribunal Marítimo Central, y ordenando publicar edictos en el BOE y en un periódico de la provincia, en los que se dará cuenta de la iniciación del procedimiento y citará a los interesados en el mismo para que en el plazo de treinta días se personen en el expediente aportando los justificantes de los derechos que ostenten.

Resulta fundamental acreditar en el expediente el grado de peligro corrido por las embarcaciones que han intervenido en la asistencia, por lo que el Juez solicitará certificaciones sobre el tiempo reinante desde que se inició el servicio hasta su terminación. Por lo demás, queda a la libre determinación del Juez solicitar y aportar al expediente cuantos datos tiendan a la comprobación de lo ocurrido, y sus consecuencias. También, según los casos, ordenará la realización de un inventario del cargamento y pertrechos y demás efectos existentes a bordo, y proveerá a la conservación de las cosas objeto de la asistencia, pudiendo acordar su depósito en instalaciones de la Autoridad de Marina o en otros lugares apropiados a tal fin.

Caso de que ningún interesado comparezca, el Juez elevará consulta al Tribunal Marítimo para la adopción de la determinación que estime pertinente. Si no comparecen todas las partes interesadas, el procedimiento continuará con las personadas (64), y en todo caso al comparecer en el expediente los interesados deberán aportar los documentos en que fundamenten sus derechos, en ese momento o en el plazo máximo de treinta días, pues después no se admitirán nuevas aportaciones sobre tales extremos.

Importante es destacar, primeramente, que en esta primera fase el Juez puede decretar el embargo de la nave asistida con sus pertrechos y respetos, a fin de garantizar los derechos de las partes (65), y en segundo lugar, que se procederá a la tasación de lo salvado, para lo que será determinante el acuerdo de las partes comparecidas, y en su defecto, el valor que a los efectos salvados se otorgue mediante peritación (66). Por último, el Juez ordenará redactar la llamada cuenta general de gastos, en la que tendrán

---

(64) Los interesados pueden comparecer personalmente o bien conferir su representación a terceras personas. Las personas jurídicas estarán representadas por sus representantes legales. Dice el artículo 36.2 del reglamento que la defensa de los derechos, caso de no ejercerla personalmente los interesados, deberá hacerse valer por medio de abogado en ejercicio, con lo cual se está dando a entender que normalmente interesará que la representación la lleve también a cabo un letrado; con ello se evita, pues, la intervención de procurador.

(65) Este embargo puede eludirse prestando fianza.

(66) Tales peritaciones se llevan a cabo normalmente por las Oficinas de Inspección de Buques de las Capitanías Marítimas.

cabida los que se hayan producido, perjuicios sufridos y daños ocasionados con motivo de la asistencia. Redactada dicha cuenta, quedará terminado el período de instrucción.

— Alegaciones y pruebas.

A continuación el Juez dará vista del expediente a los interesados que hayan comparecido, por el plazo de quince días, a fin de que formulen cuantas alegaciones tengan por conveniente y propongan pruebas, cuya pertinencia será declarada por el Juez. No especifica la Ley ni el reglamento si ese plazo es común para proponer y practicar la prueba, aunque así parecen darlo a entender, siendo de destacar que ciertamente el plazo se encuentra entre los límites marcados por el artículo 80 de la Ley 30/92. De todas maneras, nada impide que el Juez decida una ampliación del indicado plazo hasta los treinta días, o incluso la apertura de un período de práctica después del de quince días para alegaciones y proposición de prueba, con base en el artículo 80.2 citado.

— Conclusiones. Terminación convencional.

Practicada la prueba, el Juez convocará a los interesados a una reunión, en la que, bajo su presidencia, tratará de que lleguen a un acuerdo. Se trata de un auténtico trámite de audiencia, con la particularidad de que el mismo no se lleva a cabo por escrito, sino oralmente, a presencia del titular del Juzgado. En dicha reunión los interesados harán una valoración de lo instruido, así como del resultado de la prueba practicada, y fijarán sus pretensiones y valorarán las de las otras partes. Sin perjuicio del carácter oral de este trámite, nada obsta a que las partes puedan presentar su informe por escrito, a fin de que se acompañe al acta de la reunión.

Oídas las partes, el Juez lleva a cabo una labor ciertamente peculiar, como es la de avenir a las partes, procurando que se produzca el acuerdo sobre los puntos en que exista conflicto de intereses, que obviamente serán los que hagan referencia a la remuneración, tanto en su parcela de indemnización, como en la del retribución o premio por la asistencia. Nada se indica en la legislación comentada acerca de la naturaleza de esta intervención del Juez, pues el artículo 42 del reglamento únicamente indica que el mismo «procurará aunar las posibles diferencias». Pero creemos que el Juez puede, no ya sólo favorecer una negociación entre ellas, sino también conciliarlas (aproximando puntos de vista y limando asperezas), e incluso mediando entre ellas (ofreciendo una solución que pueda ser aceptada por

las partes). Técnicamente lo que no cabe es que el Juez arbitre el asunto debatido (67), pues en ello consiste precisamente la tarea de Tribunal Marítimo, como veremos más adelante. Por eso hablamos de terminación convencional, que en el presente caso no implica propiamente la adopción de un acuerdo, pacto o convenio en el que la Administración participe como tal parte, en el sentido que se recoge en el artículo 88 de la Ley 30/92, sino que se trata de un acuerdo exclusivamente entre los interesados, tutelado por el Juzgado Marítimo, pero que, primeramente, satisface el interés público que persigue y tiene encomendada la Jurisdicción Marítima, y en segundo lugar, puede ser considerado como finalizador del procedimiento, en el auténtico sentido que le concede el indicado artículo 88.2 de la Ley 30/1992, pues no se olvide que en tales casos el Juez no está obligado por ley a remitir el acuerdo al Tribunal, sino que directamente puede proceder a la ejecución de lo acordado.

De cuantas incidencias y conclusiones resulten de la reunión, se levantará acta, necesaria a efectos de que quede constancia de las alegaciones finales de las partes y sus posiciones, y que aproxima, junto a las peculiaridades vistas, este procedimiento administrativo a los de naturaleza judicial.

Nada se indica en la Ley ni en el reglamento de la obligación del Juez de elaborar una propuesta de resolución, en caso de no haberse logrado el acuerdo entre las partes. Ciertamente la misma casa mal con la apariencia judicial comentada, pero sin duda su elaboración es preceptiva en todo procedimiento administrativo, y éste lo es. Desde luego, las sensaciones y puntos de vista que el instructor posea como consecuencia de la inmediatez y cercanía con las que ha seguido el procedimiento, serán útiles a la hora de la decisión final.

b) Terminación normal: la decisión del Tribunal Marítimo Central. Plazo de duración del procedimiento.

En caso de falta de acuerdo entre los interesados en el procedimiento, el Juez debe remitir el expediente, junto con el acta de la reunión a que se ha hecho mención, las alegaciones de las partes y la propuesta de resolución, al Tribunal Marítimo. Este podrá devolver el expediente al Juzgado, si considera que la tramitación debe ser completada o subsanada con la práctica de alguna diligencia importante. En caso contrario, el Presidente fijará la fecha de la sesión (68), con remisión de los documentos antedi-

---

(67) Ni siquiera de manera voluntaria.

(68) Según Parada Vázquez, la convocatoria es el primer documento que elabora el órgano colegiado; el segundo es el acta. PARADA VAZQUEZ, R., en *Derecho Administrativo*, vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2002, página 32.

chos a los vocales, que a partir de ese momento deberán proceder al estudio del mismo en los distintos aspectos, técnico-naval, técnico-aeronáutico y jurídico (69). Por lo demás, resultan de aplicación, según se dijo, las normas de actuación de los órganos colegiados establecidas en la Ley 30/1992, sin que exista especialidad alguna reseñable.

La decisión del Tribunal adoptará la forma de resolución (artículo 6 del reglamento), y la misma pone fin al procedimiento especial que se estudia, debiendo decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del expediente. Concretamente, el Tribunal calificará la asistencia como auxilio, salvamento o remolque, y fijará el importe de la remuneración, estableciendo el reparto según los conceptos que la integran, reduciéndola en los supuestos de que los salvadores hayan prolongado o hecho necesario el socorro por su culpa, e indicando la participación que corresponda a las personas ajenas a la tripulación y a los salvadores de vidas humanas, en su caso. Obviamente la resolución deberá ser motivada, al ser un acto que resuelve un procedimiento arbitral (artículo 54.1 b) de la Ley 30/1992).

Una vez dictada la resolución, el expediente volverá a su instructor para notificación de la misma, que deberá llevarse a cabo dentro del plazo de diez días a contar de la recepción del expediente en el Juzgado. Si no es recurrida, la resolución será publicada en el Boletín Oficial de Defensa, y tanto en caso de ser recurrida como no, la ejecución de la misma corresponde igualmente al Juzgado Marítimo, al que se conceden amplias facultadas en este período en orden al abono de las cantidades que procedan, tales como acordar embargos, proceder en vía de apremio, y levantar finalmente las prohibiciones de venta o gravámenes de los buques o aeronaves de que se trate.

Según se desprende del artículo 50 del reglamento, el plazo de tramitación del expediente es el de seis meses, debiendo en el mismo estar dictada y notificada la resolución, estando prevista la ampliación del citado plazo en caso de circunstancias atendibles, según valoración del Tribunal Marítimo, que a partir de la superación del mismo, deberá tener noticia mensual del estado de tramitación (70). Si en el plazo indicado de seis meses (o en el que resulte de la ampliación) no ha sido dictada la resolu-

---

(69) Claramente es posible la distribución de asuntos conforme a las normas o criterios que haya fijado con carácter dispositivo el propio Tribunal.

(70) Son de aplicación los preceptos contenidos en los artículos 42 y 44 de la Ley 30/1992. Cabe tanto la suspensión del procedimiento como la ampliación del plazo, según se ha visto. En este caso, el correspondiente acuerdo del Tribunal deberá ser motivado.

ción, ello no exime al Tribunal de pronunciarse sobre el extremo debatido, y respecto a si cabe entender producido algún efecto como consecuencia de la falta de resolución, el mismo debe ser el general previsto en el artículo 44.1 de la Ley 30/1992 en los procedimientos iniciados de oficio, esto es, el entender desestimadas las pretensiones de las partes comparecidas, en virtud del silencio positivo.

#### *B. Ejecutoriedad de la decisión del Tribunal.*

Según los artículos 46 y 48 del Decreto 984/1967, la resolución del Tribunal Marítimo Central es inmediatamente ejecutiva, de tal manera que el recurso de alzada interpuesto contra ella no suspende su ejecución, pues en tal caso de recurso, el Juez «elevará el expediente con el recurso o recursos al *Ministro de Marina*, previa deducción de testimonio de la resolución recurrida para proceder el Instructor a la ejecución de la misma». Sin embargo, podrá suspenderse de oficio o a instancia de parte la ejecución, en caso de que la misma pudiera acarrear perjuicios de difícil o imposible reparación, aunque en tal caso «el Tribunal podrá exigir caución suficiente para garantizar los derechos de las partes». Dicha regulación ha de entenderse vigente, pues no contradice la prevista en los artículos 94 y 111 de la Ley 30/1992, si acaso pudiera añadirse que la suspensión también procederá cuando la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la Ley citada.

Estas mismas previsiones son aplicables en caso de recursos interpuestos contra los acuerdos del Juzgado Marítimo en la fase de instrucción, esto es, los adoptados aprobando el acuerdo de las partes, acordando la práctica de pruebas, designando peritos, acordando embargos, etc.

#### IV. CARÁCTER DE LA INTERVENCION: TIPO DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

No resulta ciertamente difícil, tras lo expuesto, calificar la actividad llevada a cabo por la Jurisdicción especial que analizamos, de entre las que se atribuyen tradicionalmente a la Administración. En efecto, nos hallamos ante una actividad administrativa arbitral, que exige, en opinión de Parada Vázquez, como presupuesto necesario la existencia de un conflicto en el que se enfrentan dos o más sujetos (el armador o propie-

tario del buque asistido, y el armador (o armadores) y la dotación (o dotaciones) del buque asistente (o asistentes) con pretensiones opuestas e inconciliables (la calificación de la asistencia y la determinación y distribución de la remuneración), conflicto cuya resolución la Ley atribuye a la Administración de forma obligatoria y vinculante para ambos contendientes (71).

Con carácter general surge, en primer término, la disyuntiva de si tal sector de la actuación de la Administración tiene sustantividad propia o por el contrario debe ser incardinada dentro de la llamada desde antiguo actividad de limitación (o policía), ya que ciertamente es una labor de intervención la que lleva a cabo la Administración en estos casos. Es verdad que, aun siendo una actuación que hunde sus raíces en los orígenes del concepto mismo de Administración, no es frecuente ver a la actividad arbitral de la Administración entre los restantes sectores de actividad de la misma, en plano de igualdad con ellos. Las actividades de limitación, fomento y servicio público han sido analizadas y consideradas repetidamente por los autores como los tradicionales campos de actuación administrativa, con tan gran amplitud que todas las manifestaciones de esa actuación podían tener cabida en uno de ellos. Sin embargo es evidente que la Administración ensancha cada vez más las parcelas de actuación, y sobre todo, modaliza su actividad de tal manera que sólo forzando los límites de aquellos tradicionales campos de actuación administrativa, es posible dar entrada en ellos a las nuevas formas de actuar. Ello ha llevado a la doctrina más reciente a ampliar la clasificación de las actividades administrativas, introduciendo en nuevos tipos a las actuaciones que han emergido recientemente y que no admiten una fácil subsunción en los tipos tradicionales, y a aquellas otras que habiendo estado incardinadas en éstos, gozan de suficientes características propias como para individualizarse o tener sustantividad diferenciada (72). Tal ocurre con la actividad arbitral hoy

---

(71) PARADA VAZQUEZ, R., *Derecho Administrativo, ob. citada*, vol. I, página 544.

(72) Así, recientemente Bermejo Vera distingue entre los modos tradicionales de actuación de las Administraciones Públicas, entre los que cita la actividad de limitación, la actividad de fomento, la actividad prestacional o de servicio público y la actividad económica directa, y los modos de actuación específicos (a los que denomina potestades), entre los que menciona la potestad sancionadora, la potestad tributaria y financiera, la potestad de programación y planificación, la potestad expropiatoria, las potestades arbitrales, y las potestades de inspección, supervisión o investigación. *Derecho Administrativo, parte especial*, obra en coordinación. Director, José Bermejo Vera, Civitas, Madrid, 1999, páginas 47 y siguientes.

día, en la que sus perfiles cambiantes exigen un estudio individualizado y propio (73).

Decíamos que el acceso a esta jurisdicción de la controversia mantenida entre aquellos sujetos citados, era y es obligatoria, y la resolución dictada es vinculante.

Respecto a la primera cuestión, la Ley 30/92 no deja resquicio: los Capitanes de los buques intervinientes deben dar parte a la Autoridad de Marina de los hechos ocurridos, lo que pone en marcha el mecanismo arbitral. No se trata, por tanto, de que los sujetos interesados quieran voluntariamente someterse al arbitraje de la Administración, y mucho menos, que decidan acudir a la Administración para que ella dirima sus diferencias conforme a un arbitraje de derecho privado (74). Ello plantea el problema de la constitucionalidad de tal tipo de arbitraje, pues como es sabido, la posibilidad de que los interesados se vean abocados obligatoriamente a un arbitraje en que el árbitro sea la Administración sufrió un importante recorte después de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (75). Sin embargo, la clave radica en la posibilidad de que los pronunciamientos de la Administración puedan ser posteriormente revisados ante los jueces y tribunales, aunque no sean los civiles, pues no se olvide que la jurisdicción contencioso administrativa es hoy tan ordinaria como la civil (76). Y esta posibilidad está salvada, desde el momento en que las resoluciones del Tribunal Marítimo Central son susceptibles, una vez agotada la vía administrativa, de recurso contencioso, como más adelante veremos. Pero, dicho lo anterior, todavía hay que añadir otra consideración fundamental. La actividad arbitral estará justificada, y la intromisión que indudablemente supone en otras funciones constitucionales (las correspondientes

---

(73) Piénsese que si bien han desaparecido algunos supuestos de actividades arbitrales, como el Tribunal Arbitral del Ahorro (creado por el Real Decreto Ley de 2 de noviembre de 1929), el Tribunal Arbitral de Seguros (creado por la Ley de 17 de mayo de 1940), o los mismos Comités Paritarios, creados en 1926 (y que fueron, junto a los Tribunales Industriales, el antecedente del actual orden social de la jurisdicción), hoy surgen con fuerza nuevos modelos arbitrales en el seno de las Administraciones, muchos de los cuales aparecen integrados por representaciones de quienes ven sometidos a ellos sus conflictos.

(74) Que estaría sometido a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje de derecho privado, y conforme a la cual la controversia sería resuelta conforme al derecho privado, no al derecho administrativo, y con posible acceso a la jurisdicción civil, nunca a la contencioso administrativa.

(75) Esta sentencia declaró inconstitucional los laudos de obligado cumplimiento dictados por la autoridad laboral, previstos en el Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, en materia de conflictos colectivos.

(76) Explicaba Almagro Nosete que lo que la unidad de jurisdicción postula en los tiempos modernos no es tanto que la jurisdicción ordinaria, cuyo núcleo tradicional ha venido constituido por la jurisdicción civil y la jurisdicción penal, absorba a las demás, sino que no haya una sola manifestación jurisdiccional que no goce de las garantías de la ordinaria.

a la jurisdicción civil, pues asunto privado es el pleito entre las partes de una asistencia marítima) deberá pasar a segundo plano, si existe un interés general que aconseje que esta jurisdicción especial conozca de estos asuntos. Y en este punto resulta esclarecedor acudir a la exposición de motivos de la Ley 60/1962, que a la hora de atribuir la competencia en estas materias a la jurisdicción de los Tribunales Marítimos, considera que tal «sistema (está) avalado por razones de índole práctica, ya que permite disponer de órganos especializados en la técnica náutica, indispensables para apreciar las circunstancias de hecho que concurren en cada caso, y, al mismo tiempo, de un procedimiento rápido y gratuito que facilite a la modesta gente de la mar, que presta la asistencia, el resarcimiento de los gastos realizados y el cobro de los premios, sin necesidad de acudir a litigios largos y costosos para el reconocimiento de sus derechos, estimulándose así los salvamentos en beneficio de la economía nacional». Por tanto, dos son esos intereses generales, por un lado el estímulo de las asistencias, ya que suponen un beneficio claro para la economía nacional (77), y por otro, la ayuda que con tal arbitraje se presta a «la modesta gente de la mar», que ve así satisfechos sus derechos sin tener que acudir a los tribunales de justicia, normalmente cargados de trabajo y de acceso costoso (78). Por otro lado, y en relación con el carácter obligatorio de este arbitraje, que examinamos, téngase en cuenta que en una muy importante medida la consecución de estos intereses generales quedaría al albur si el mismo fuese voluntario, pues normalmente los grandes armadores y navieros obstaculizarían la intervención del Tribunal Marítimo a fin de hacer valer sus intereses, por lo que existen motivos para mantener tal carácter (79).

---

(77) Que se representa en la conservación de buques y mercancías, por no hablar de las vidas humanas.

(78) Es muy ilustrativo acudir a las resoluciones del Tribunal Marítimo Central para comprobar que en un porcentaje altísimo de casos las resoluciones del mismo versan sobre asistencias prestadas por pesqueros, a otros pesqueros o a buques diversos. La razón es bien sencilla: además de la gran cantidad de tales buques, la inmensa mayoría de ellos no tienen suscritos contratos de salvamento con las empresas que se dedican profesionalmente al mismo, dada la carestía de estos servicios.

(79) Por todo ello compartimos la opinión de GUERRA PALACIOS de que constituiría un grave error suprimir los Tribunales Marítimos y transferir directamente el conocimiento de las cuestiones de que conocen a los tribunales civiles, como se ha pretendido. GUERRA PALACIOS, M., en *El procedimiento administrativo militar especial de los auxilios, salvamentos y remolques marítimos*, trabajo presentado por el entonces Comandante Auditor de la Armada mencionado para la obtención del diploma en Derecho Administrativo Militar, Cádiz, 1980 (inédito). No he tenido posibilidad de localizar este trabajo, pese a haberlo intentado. La referencia que hago la he obtenido de la obra de GONZALEZ PEREZ, J., y GONZALEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, segunda edición, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1999, notas a pié de páginas 71 y 75.



Por último, manifestación suma de este carácter obligatorio es la disposición del artículo 8 de la Ley, que prevé que todo convenio de auxilio o salvamento estipulado en el momento y bajo la influencia del peligro, podrá ser modificado por el Tribunal Marítimo, a petición de una de las partes, si las condiciones estipuladas no son equitativas, si el consentimiento de alguna de aquéllas ha sido viciado por dolo o engaño, o si la remuneración pactada está fuera de proporción con el servicio prestado.

Por otro lado, innecesario es recalcar que las decisiones del Tribunal Marítimo son vinculantes, cualidad que se desprende de la propia naturaleza de la institución que examinamos, pues no se olvide que en el arbitraje las partes deben estar y pasar por la decisión del árbitro. Manifestación de esta vinculación se encuentra en el carácter ejecutivo del acto administrativo en que la resolución del Tribunal consiste.

## V. CONTROL JURISDICCIONAL.

Otra prueba del carácter administrativo, tanto de los órganos que componen la jurisdicción de los Tribunales Marítimos, como de las decisiones o resoluciones de los mismos, es la posibilidad, existente siempre, de que estas resoluciones sean examinadas (control de legalidad) por la jurisdicción ordinaria, como manera de que sea atendido el derecho a la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 24 de la Constitución. Abordaremos en este apartado el análisis del sistema de control de la actividad de la Administración que la propia normativa reguladora de las asistencias marítimas establece, mediante la revisión jurisdiccional de las resoluciones dictadas por el Tribunal Marítimo Central, deteniéndonos también brevemente en la posibilidad de que sea la propia Administración la que pueda, en primer término, llevar a cabo esa función garantista.

### 1. RECURSO EN VÍA ADMINISTRATIVA.

Mediante la interposición de los recursos administrativos se ofrece a la Administración, como es sabido, la oportunidad de que revise su propia actuación, lo que tradicionalmente ha sido positivamente valorado, pues supone «una garantía del particular, al que se permite alegar o discutir la validez u oportunidad de un acto o conducta administrativa ante la propia Administración autora del acto» (80). Además, ello permite la posibilidad

---

(80) PARADA VAZQUEZ,R., en *ob. citada*, vol. I, página 664.

de que los conflictos con los administrados sean resueltos en esta fase previa, lo que también viene a descargar de trabajo a los Tribunales.

Pues bien, el artículo 46 de la Ley 60/1962 contempla el derecho de los interesados en los procedimientos ventilados ante los Tribunales Marítimos, a recurrir la resolución del Tribunal Central «en el plazo de quince días ante el Ministro de Marina. El recurso se interpondrá ante el Juzgado Marítimo Permanente (81), quien lo unirá al expediente, que elevará al Ministro de Marina para su resolución». En el mismo sentido se pronuncia el artículo 48 del reglamento, que añade en su apartado 3 que el Juez deducirá testimonio de la resolución recurrida para proceder a la ejecución de la misma. No se pronuncian estos preceptos acerca de la naturaleza del recurso mencionado, si bien la exposición de motivos de la Ley lo califica de alzada.

Únicamente se debe resaltar que obviamente la referencia al Ministro de Marina debe entenderse hecha hoy al Ministro de Defensa, según se dijo más arriba, y que el plazo de interposición del recurso es el general de un mes que establece el artículo 115.1 de la Ley 30/1992 (salvo los supuestos de falta de resolución expresa en que las partes no quieran esperar que la misma se produzca, supuesto nada frecuente en la práctica, en que el plazo será de tres meses). La resolución de estos recursos de alzada la tiene hoy delegada el Ministro de Defensa en el Jefe de Estado Mayor de la Armada, por O. 1601119/77, de fecha 7 de septiembre (artículo 1.1 e). Por lo demás, la resolución del recurso de alzada agota o pone fin a la vía administrativa, conforme al artículo 109 a) de la propia Ley 30/1992.

## 2. EL ACCESO A LA VÍA JUDICIAL. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. ORGANOS COMPETENTES.

Agotada la vía administrativa, se abre a las partes la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, ya que éste es el orden jurisdiccional competente, a tenor de lo que dispone el artículo 49 del Decreto 984/1967. En efecto, «la resolución (del recurso de alzada) dictada por el *Ministro de Marina* será notificada a los interesados, que podrán recurrir contra ella en la vía contencioso administrativa con arreglo a las normas establecidas para esta jurisdicción», esto es, actualmente la Ley 29/1998, de 13 de julio. Es de destacar que ya en la legislación ante-

---

(81) No se olvide que el Juzgado es quien lleva a cabo la notificación de la resolución del Tribunal.

rior (Real Decreto Ley de 10 de julio de 1925, que aprobó el Título Adicional a la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina, como se dijo) contra las resoluciones del Ministro de Marina cabía acudir al Consejo Supremo de Guerra y Marina (artículo 39), organismo de naturaleza judicial, no administrativa, con competencias básicamente penales, pero también contencioso administrativas.

Se cumple así también en este sector de las asistencias marítimas la finalidad revisora de la actuación administrativa previa que posee tradicionalmente en nuestro ordenamiento jurídico el recurso contencioso administrativo (82), y que persigue determinar si el acto administrativo ha sido dictado con infracción de la normativa aplicable, sea la sustantiva o de fondo, sea la procedimental, que provoque la nulidad o anulabilidad del mismo, siendo de destacar que los aspectos litigiosos o discutidos deben mantenerse en el recurso contencioso administrativo en los márgenes en que estaban situados en la vía administrativa (83).

Al hilo de lo expuesto sobre la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, ha sido contestado recientemente por un sector de los autores de Derecho Marítimo el hecho de que sean los tribunales contenciosos los que conozcan de estas materias, cuando, afirman, carecen de los conocimientos necesarios en ellas (84), objeción que en principio parece atendible. Sin embargo creemos que lo interesante es que los órganos administrativos que conozcan de las asistencias tengan una formación técnica jurídico-marítima, y eso se cumple con los Tribunales Marítimos examinados, sin perjuicio de que también se pueda conseguir con órganos

---

(82) Con la novedosa excepción de los recursos que hoy se pueden interponer contra la inactividad de la Administración y contra las actuaciones materiales constitutivas de vías de hecho.

(83) El objeto del recurso contencioso administrativo está constituido, al margen de la actividad enjuiciada, por las pretensiones de las partes, y en este sentido viene marcado por lo que haya sido objeto de discusión en vía administrativa.

(84) Opina RUIZ SOROA que «las Salas de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo adolecen de falta de preparación en materia mercantil-marítima, así como de las limitaciones propias de un enjuiciamiento sujeto a los límites de la propia mecánica revisora de la justicia administrativa. En este sentido, cualquier similitud entre un recurso de apelación civil y un recurso contencioso administrativo contra las resoluciones del Tribunal Marítimo Central es puramente teórica. Las Salas de lo Contencioso se ven constreñidas por su función meramente revisora de la legalidad de la decisión administrativa y, por ello, no realizan en absoluto un segundo juicio sobre los hechos acaecidos y pretensiones formuladas por las partes, aceptando normalmente como punto de partida inicial las conclusiones del Tribunal Militar Central como investidas de una presunción de acierto». En el mismo sentido, Zabaleta Sarasúa, que pone de relieve la naturaleza mercantil de esta materia.

radicados en el Ministerio de Fomento, es decir en la Administración civil, no en la militar. Respecto al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, desde luego puede admitirse que esa formación no la tienen las salas de lo contencioso, pero no en menor grado que la que tienen sobre otras muchas materias que acaban siendo «administrativizadas» por el proceso imparable de asunción de competencias por parte de las administraciones públicas. Puede admitirse que los órganos de la jurisdicción civil tengan una mejor preparación (relativa) en este sector jurídico, pero procurar su competencia sería desmontar el entramado existente, pues el acudir a tales órganos comportaría que el arbitraje fuese voluntario, conforme a la Ley de 1988, y claramente se dejarían de cumplir los fines de interés general que la jurisdicción de los Tribunales Marítimos cumplen, puestos de manifiesto en la exposición de motivos de la Ley 60/1962, según se vió (85).

Por otro lado debe recordarse que en los recursos contenciosos que examinamos, deberá sin duda ser demandada la Administración, como autora del acto que se recurre, y necesariamente también la otra parte o partes intervinientes en la asistencia, con las que en realidad se mantiene el litigio objeto del arbitraje administrativo. Surge, pues, en estos casos, un litisconsorcio pasivo necesario, que únicamente podrá romperse si alguna de estas otras partes interpone su propio recurso. La solución en tal caso no puede ser otra que la acumulación de oficio, en virtud del cual aquel litisconsorcio pase a ser activo (aunque los demandantes mantengan intereses contrapuestos), y permanezca como demandada solamente la Administración.

El órgano de la jurisdicción contencioso administrativa competente para conocer, en única instancia, del recurso contencioso administrativo contra la resolución del Ministro de Defensa, cuando resuelva el recurso de alzada confirmando la decisión del Tribunal Marítimo Central, es la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (o la correspondiente al TSJ del domicilio del recurrente), a tenor de la regla contenida en el artículo 10.1 j) de la Ley 29/1998 («cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional», pues la materia que nos ocupa no se encuentra entre las recogidas en el apartado i) anterior). Sin embargo, cuando la resolución del recurso de alzada rectifique la decisión

---

(85) Es interesante la distinción que hace Parada Vázquez, al hilo de lo que venimos comentando, entre la actividad administrativa arbitral y la actividad de la Administración en el arbitraje voluntario de derecho privado. Ver *ob. citada*, vol. I, página 546.

del Tribunal Marítimo Central, entonces la competencia será de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, a tenor de lo que dispone el artículo 11.1 b) de la citada Ley 29/1998 (recurso contra actos de los Ministros y Secretarios de estado cuando rectifiquen en vía de recurso ... los dictados por órganos o entes distintos con competencia en todo el territorio nacional). Por último, contra las sentencias de las Salas mencionadas se puede interponer el recurso de casación, siempre y cuando proceda por razón de la cuantía (artículo 86 de la misma Ley).

## VI. CONCLUSIONES.

Las que a nuestro juicio se pueden extraer de lo expuesto son las siguientes:

1. Siempre la navegación marítima ha comportado un riesgo, ante los peligros que el mar encierra, para los buques y, en consecuencia, para sus dotaciones y cargamento, por lo que ha sido también tradicional que cuando un buque se encuentra en peligro, le sea prestada ayuda por los que se encuentren en condiciones de prestarla. La figura jurídica, propia del derecho marítimo, que surge como consecuencia de esta realidad recibe el nombre de auxilio o salvamento, aunque recientemente tiende a prevalecer esta última denominación, tanto en el ámbito nacional como internacional.

Junto al salvamento, existe la posibilidad de que un buque preste ayuda a otro prestando un servicio de remolque, si bien debe precisarse esta figura, que tiene sustantividad propia cuando tal servicio no comporta una operación de salvamento, por no existir la nota de peligro consustancial a éste.

Tanto el auxilio o salvamento como el remolque pueden englobarse en el concepto de asistencias marítimas, con el que comúnmente son conocidas ambas figuras, que, dicho sea de paso, aparecen reguladas en nuestro país por una ley ciertamente antigua, la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, sobre auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas, y su reglamento, aprobado por Decreto 984/1967, de 20 de abril.

2. La Administración General del Estado interviene en las asistencias marítimas proporcionando un cauce de solución de las controversias que se producen entre quienes intervienen en las mismas, en relación con la naturaleza jurídica de la ayuda prestada, y la remuneración procedente por ella. Así se establece en las normas citadas anteriormente, que justifican tal intervención, por un lado en la conveniencia de contar con órganos especializados en la técnica jurídico-marítima, y por otro, en la necesidad

de proporcionar a «las modestas gentes de la mar» (según la exposición de motivos de la Ley 60/62) un procedimiento rápido y gratuito que les permita conseguir los premios a que tengan derecho sin necesidad de acudir a pleitos largos y costosos.

3. Los órganos encargados de dirimir esas controversias son los llamados Tribunales Marítimos, constituidos por el Tribunal Marítimo Central y los Juzgados Marítimos. Son órganos pertenecientes a la Administración General del Estado, concretamente, al Ministerio de Defensa, estando incardinados en la Armada, y dependiendo jerárquicamente del Jefe de Estado Mayor de la Armada. El Tribunal Central es órgano colegiado, y tiene su sede en Madrid. A su vez los Juzgados, que son órganos unipersonales, pueden ser Permanentes (que tienen su sede en los puertos principales que señala la Orden de Marina 331/1976, de 30 de marzo) o especiales, siendo estos últimos de carácter transitorio, al ser designados para tramitar aquellos expedientes que por su importancia así lo considere el Ministro de Defensa. En cumplimiento de lo que dispone el artículo 86.6 de la Ley de Puertos y Marina Mercante, está previsto que las competencias sobre la materia que nos ocupa sea asumida por el Ministerio de Fomento.

4. Los Juzgados están encargados de tramitar o incoar los expedientes de auxilio o salvamento y los de remolque, expedientes que son iniciados de oficio por el propio Juzgado, y en los que se practican aquellas diligencias encaminadas a determinar los datos y circunstancias de hecho de la asistencia prestada. Una vez terminada la instrucción, y en caso de desacuerdo entre las partes interesadas, el Juez remite el expediente al Tribunal Marítimo, encargado de dictar una resolución que pone fin al expediente y califica la asistencia y fija la remuneración procedente. Esta resolución tiene naturaleza de auténtico acto administrativo, puesta de manifiesto por la concurrencia de todos los elementos que tradicionalmente concurren en el mismo, esto es, proceder de un órgano administrativo, versar sobre una materia atribuida legalmente en su conocimiento y decisión a una Administración Pública, y surgir como consecuencia de un procedimiento o cauce establecido en una norma, y viniendo redactado por escrito y notificado en forma.

5. La actividad que la Administración lleva a cabo conforme a la Ley 60/1962 puede ser catalogada sin dificultad como de naturaleza arbitral, pues está dirigida a dirimir las diferencias surgidas entre quienes participan en una asistencia marítima, según se dijo. El arbitraje llevado a cabo por los Tribunales Marítimos es de carácter obligatorio, no voluntario, lo que aún así no puede considerarse inconstitucional ya que el acceso a los

jueces y tribunales está garantizado, y sobre todo, existen unos fines de carácter general que con tal arbitraje se consiguen, y que serían de imposible consecución si se prescindiera de ese carácter obligatorio.

6. Contra las decisiones del Tribunal Militar Central es posible acudir (una vez puesto fin a la vía administrativa mediante la interposición de un recurso de alzada ante el Ministro de Defensa) a la jurisdicción contencioso administrativa, recurso del que es competente para conocer la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (o la del Tribunal correspondiente al domicilio del recurrente), siempre y cuando la resolución de la alzada confirme la adoptada por el Tribunal Marítimo Central, pues si la rectifica, resulta competente la Audiencia Nacional, pudiendo interponerse contra las sentencias de las respectivas Salas el correspondiente recurso de casación, siempre y cuando proceda por razón de la cuantía.





## COMENTARIOS SOBRE EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR FRANCÉS DE 1857. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

M. P. Pradier-Fodéré

Traducción y notas de  
Renato de J. Bermúdez Flores  
*Contraalmirante del Servicio de Justicia Naval de México*  
*Profesor de Historia del Derecho*

### SUMARIO

1. Introducción, a manera de prólogo. 2. Prólogo elaborado por M.P. Pradier-Fodéré. (Traducción). 3. Evolución histórica de los ordenamientos marciales de Francia, hasta 1857. 4. Datos sobre el Derecho Marcial Romano, transcritos por Pradier-Fodéré.

#### 1. INTRODUCCIÓN, A MANERA DE PRÓLOGO.

El motivo principal que nos impulsó a presentar los antecedentes históricos del Código de Justicia Militar Francés de 1857, y de manera particular, la parte correspondiente del importante trabajo del jurista galo M. P. Pradier-Fodéré, obedece al hecho de que tal ordenamiento jurídico, fue traducido al castellano en nuestra Patria, en 1864, por una comisión militar designada para tal efecto por el Ministerio de la Guerra, para que posteriormente fuera aplicado al Ejército mexicano de aquellos tiempos, y que no era otro que el denominado en los textos de historia, como el Ejército

de Maximiliano o Ejército imperial, lo cual aconteció durante la intervención francesa de 1862.

Tal código marcial, de efímera o nula vigencia (1864-1867), con posterioridad fue definitivamente olvidado por la doctrina jurídica militar mexicana, y poco o nada se alude a él; empero, la obra de Pradier-Fodéré y que data de 1873, ha servido de cimiento para la elaboración de innumerables trabajos sobre temas relacionados con el Derecho Militar de nuestro país; destacando entre otros, las «Breves consideraciones sobre el Código de Justicia Militar, expuesta en la edición oficial de 1934, por los abogados Tomás López Linares y Octavio Véjar Vázquez, miembros de la Comisión Revisora del mismo», y que aparecieran publicadas en el texto elaborado por la ya desaparecida Secretaría de Guerra y Marina.

Resulta pertinente precisar, por tratarse de un dato casi ignorado, que la traducción del Código galo realizada en 1864, fue aprovechada para redactar el Código de Justicia Militar para el Ejército de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que apareció contenido en la Ordenanza General para el Ejército de la República Mexicana de diciembre de 1882, mejor conocida en el ámbito y literatura castrense nacional, como la Ordenanza de 1882 u Ordenanza de Manuel González, quien fuera Presidente de la República en aquella época.

Por otra parte, algunos de los conceptos vertidos por el destacado jurista francés, en su obra, en cierta forma aun continúan vigentes, en virtud de que algunos de ellos sirvieron para elaborar nuestra doctrina jurídica marcial; desde el momento, en que muchas de las ideas manifestadas en los «Comentarios (...)», aparecen contenidas en diversos ordenamientos legales que rigen para nuestras Fuerzas Armadas, bien sea que se trasladaron directamente del texto original, o bien, que se hayan recibido a través de la legislación hispana del siglo XIX, misma que definitivamente, fue la que tuvo mayor influencia, tanto doctrinaria como legislativa.

## 2. PRÓLOGO ELABORADO POR M.P. PRADIER-FODÉRE.

(Traducción). — Nuestro propósito al elaborar esta obra fue, escribir un libro práctico y completo que abarcara en todas sus partes las legislaciones criminales del Derecho común y las especiales; para con su lectura, colmar todas las lagunas que los tiempos y las modificaciones, introdujeron sucesivamente en el Código de Justicia Militar, y que fueron aportadas por los trabajos más relevantes.

De ninguna manera nos hemos limitado a glosar los diversos cambios verificados y a reproducir las mejores resoluciones y modificaciones correspondientes a la última guerra, y la insurrección de la Comuna, las cuales se habían vuelto necesarias.

Hasta este momento, los autores que se habían ocupado de la legislación militar, se mantuvieron en los límites estrictos de los comentarios jurídicos, frecuentemente, de un elevado valor; empero, forzosamente áridos para los oficiales, a quienes estaban dirigidos. El Juez encontrará en ellos, la interpretación que le será útil para documentarse y disipar sus dudas; mas, el Consejo de guerra, de ningún modo tiene obligación de releer un manual demasiado profesional, que no responde ni a sus anteriores estudios, ni a sus obligaciones actuales.

Hemos considerado que es posible dar a conocer un trabajo sobre la justicia militar, que los oficiales encuentren de interés especial, como si fuera un tratado de táctica; sabiendo que para todo oficial, básicamente sólo existen los grandes capitanes, Villars, Napoléon o Marmot, y que resultan ser de mayor importancia que los comentarios de los juriscónsultos o de los mejores autores, situación con la cual coinciden la mayoría de los tratadistas.

El método aquí propuesto, todavía tiene una ventaja, la lectura es menos fatigosa y más atrayente para los hombres que en sus anteriores actividades, no dispusieron de estos estudios; lo cual les permitirá a todos los oficiales, lo mismo que a los miembros de los consejos de guerra, consultar una obra útil que les pueda servir de guía en todos los actos de su vida militar.

Durante la última guerra, cuyos resultados fueron terribles, más o menos, tenemos la ventaja de proveer a los oficiales vacilantes de trabajo y ciencia. Y sin duda, el honor es la mejor guía para no equivocarse, mas el mismo, no puede indicarles siempre, donde comienza el Derecho y termina el deber. ¿Que conducta debe observarse en tales circunstancias? Algo perfecto, que sólo nuestros reglamentos del servicio de campaña, podrán establecer.

En verdad, hemos laborado arduamente para colmar esta laguna, en cada página hemos multiplicado los ejemplos históricos y las citas de numerosos hechos heroicos, frecuentemente inmortales, que constituyen un patrimonio de honor y que deseamos restituir al Ejército.

En fin, nos parece que algunas nociones de Derecho internacional, de ninguna manera serán inútiles y sí mejores que la comparación de nuestro código con la legislación extranjera, en donde los plazos de la ley podrían parecer un poco vagos e imprecisos; y así, en una ojeada, trazar lo fre-

cuenta, para fijar el espíritu del ordenamiento, toda vez que un ejemplo bien escogido, hará cesar toda vacilación.

Hemos creído nuestro deber, abstenernos en forma absoluta de entrar en discusiones que, naturalmente, se presentan con respecto a las modificaciones realizadas a ciertos artículos.

Las formalidades de la justicia militar en campaña, parecen y no sin razón, a muchos distinguidos escritores, demasiado complicadas. El coronel Lewal, el general Martin des Palliers, el general Chareton, en sus escritos recientemente publicados en el «*Boletín de la reunión de oficiales*», insisten sobre el tema, en los magníficos trabajos que del tema se ocupan. Pensamos que abordar esta cuestión en un trabajo consagrado al Código de Justicia Militar, estaría en contra del propósito perseguido: la ley es la ley, y en tanto no sea derogada debe respetarse hasta en sus mínimos detalles, luego que los mismos son perfectibles. Estamos para explicarla, no para criticarla.

Tal vez es necesario precisar una advertencia previa. Cuando el Código de Justicia Militar, modificó el texto de algunos de los artículos de los Códigos Penal ordinario y de instrucción criminal, que le precedieron; hemos volteado a ellos, sin ningún temor a reproducir tales textos legales, anotándoles debajo de la disposición que los menciona. Lo cual nos pareció indispensable para facilitar una mejor lectura del Código de Justicia Militar; en la inteligencia que los textos que se han considerado necesarios para ser consultados y que podrían servir para un comentario o como punto de partida, también han sido anotados. Una simple remisión de una parte de la obra, a otra, no afecta ni modifica el propósito original.

### 3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS ORDENAMIENTOS MARCIALES DE FRANCIA, HASTA 1857.

La existencia de una justicia especial para el Ejército, no es una idea propia de nuestro país, ni de nuestro tiempo. En todos los lugares en donde el Ejército esté debidamente organizado, reclamará y obtendrá la jurisdicción sobre sus elementos. **(Así ha sucedido desde la época de las legiones romanas) (1)**

---

(1) Las anotaciones que aparecen entre los paréntesis y con negrilla, son del traductor.

Desde los primeros tiempos de la monarquía francesa, los hombres de la guerra han estado, sucesivamente, bajo la jurisdicción del Alcalde de palacio\*, después bajo la del Gran Senescal\*\*, y posteriormente, en diferentes épocas, de la Condestabla\*\*\*, los prebostes del Mariscalato\*\*\*\*, y los Consejos de guerra.

La competencia del Condestable, aparecía contenida en gran número de ordenanzas y edictos que se remontan, probablemente, a los tiempos del rey Juan **(Juan II, el Bueno)**.

El Condestable organizaba el tribunal con individuos de la nobleza, para que actuaran como jueces, tales como el lugarteniente general, un lugarteniente subordinado, el procurador del rey y el escribano. El primer reglamento general sobre esta institución, del cual tenemos noticia, es la ordenanza de 1378, del rey Juan, **(el autor aparentemente comete un error de persona, en este año quien gobernaba era Carlos V de Francia)**; posteriormente la Ordenanza de Moulins, de 1566, misma que prescribía la incorporación de abogados del Parlamento, a la Condestabla.

A dicho tribunal se encontraba adscrito un preboste, que, en tiempo de guerra, acompañaba al Ejército y realizaba funciones jurisdiccionales; recibía el título de Gran preboste. Este funcionario asistido de sus lugartenientes y los alguaciles especiales (de la Condestabla) ejercía vigilancia sobre los víveres, y una jurisdicción especial sobre los asimilados que seguían al Ejército, lo mismo que sobre los vivanderos y escuderos.

El Gran preboste, en unión de sus auxiliares y de los otros prebostes, además, vigilaban todos los excesos cometidos por los militares en campaña, que ocasionaran un perjuicio a los habitantes; debiendo reprimirlos. En los juicios seguidos en contra de los individuos del Ejército, los pre-

---

\* Alcaide.— Voz árabe que significa jefe o general. Este funcionario originalmente tenía a su cargo la guarda y defensa de un castillo, así, sus funciones eran eminentemente militares; en tanto que el Alcalde es un funcionario civil. El autor debe referirse al Alcaide.

\*\* El Senescal, en la Edad Media era el jefe principal de la nobleza francesa y tenía bajo sus órdenes al personal palaciego, dependía a su vez del Mayordomo de palacio. En las actividades bélicas, ejercía el mando sobre los elementos militares.

\*\*\* El Condestable, era el funcionario que ejercía la primera dignidad de la milicia francesa; situación que se presentó a partir de que el condestable Vermandois, tomó el mando del Ejército galo, en el siglo XII. Fue quien substituyó en sus funciones marciales al Senescal.

\*\*\*\* El Preboste del Mariscalato. El Mariscal fue un individuo que en la milicia francesa antigua ocupaba un rango preeminente, inferior sólo al Condestable. Contaba para realizar sus funciones, con el apoyo de los Prebostes, quienes en las antiguas órdenes militares, eran los encargados de cuidar las ceremonias; posteriormente, tuvieron a su cargo vigilar el orden y disciplina de las tropas en campaña, esto es, realizar el servicio de policía.

bostes eran auxiliados por oficiales subalternos de los regimientos, quienes eran designados por el mayor general del Ejército.

Los Condestables, originalmente ejercían una jurisdicción ilimitada sobre los elementos militares que ellos comandaban; así lo prueba un pasaje de la Obra « *Las memorias de Brantome* ». Esta jurisdicción casi privada continuó impartándose dentro del Ejército con gran liberalidad y hasta determinados grados; y en ocasiones se administraba con algún asesoramiento.

Los ordenamientos que aluden al tema son, la Ordenanza de Francisco I, de 24 de julio de 1534; la ordenanza de Enrique II de 25 de marzo de 1554, sobre la policía\* de las gentes de guerra, y la de 22 de marzo de 1557; la ordenanza de Enrique III, de 1 de julio de 1575, sobre la policía de las tropas en marcha; la ordenanza de Luis XIV, de 25 de agosto de 1698, sobre la policía en el campamento de Compiègne; la ordenanza de Luis XV, de 8 de agosto de 1718, sobre la policía de las tropas en marcha; el Código militar, de 1727; la ordenanza de 17 de febrero de 1753, sobre el servicio de las tropas en campaña; la ordenanza de 1 de marzo de 1768, sobre el servicio de plaza; la ordenanza de 25 de marzo de 1776 (emitida en San Germán), sobre la administración y policía de los cuerpos; el reglamento provisional de 1778 (de Montbarey), sobre el servicio de infantería en campaña; los dos reglamentos provisionales de 1 de julio de 1788 (de Brienne), sobre el servicio de las tropas en campaña, y sobre el servicio interior de los cuerpos.

El edicto de Rousillon, de 1564; la Ordenanza de Moulins de 1566; la ordenanza criminal de 1670; la declaración de 5 de febrero de 1731; y la ordenanza de 1737; reglamentan la jurisdicción sobre algunos de los negocios que correspondían a los prebostes del mariscal.

No se debe confundir a los prebostes del mariscal, con los prebostes del condestable; si bien los unos y los otros, tenían el mismo origen. Los prebostes que no habían sido designados desde el principio como oficiales encargados de mantener el orden del ejército, continuaban sujetos a la corte del monarca, bajo el título de preboste de cuartel (Carlos VI); y más tarde, bajo el de Gran preboste de Francia (Carlos IX), quienes formarían una nueva jurisdicción sobre la servidumbre del palacio del rey y los lugares en donde este debería descansar; jurisdicción que les impedía desempeñar sus funciones primitivas. Teniendo necesidad

---

\* Policía.— Buen orden y debido cumplimiento de las leyes que se deben observar en una ciudad; en las unidades militares, el buen orden que debe imperar en el interior de las mismas, observando estrictamente las normas de disciplina correspondientes.

de enviar a sus lugartenientes para que les informaran sobre los excesos cometidos por las gentes de la guerra. Estos individuos fueron los prebostes de provincia, y más tarde los prebostes del mariscalato, a los cuales se les agregaron un determinado número de alguaciles, denominados caballeros de la *marechaussé*, después de que hubieron abandonado el arco y la flecha. Estaban encargados de perseguir solamente a los culpables y arrestarlos, en consecuencia, su jurisdicción no se estableció hasta Francisco I, y fue entonces cuando se determinó que fueran asistidos por el juez del tribunal más próximo. Dicha persona, existía, entre otros, con algunos prebostes especiales de los regimientos, que se remontan a la época de la creación de algunos de estos cuerpos; empero dichos prebostes no aparecían en todos los regimientos, tales como los que apenas estaban en formación, los muy antiguos, o en donde había extranjeros. Los prebostes del mariscal tenían competencia exclusivamente criminal, cuya aplicación estaba expresamente determinada en la ordenanza de 1670. Misma que establecía bajo la denominación de casos del prebostazgo, cuales asuntos eran de su conocimiento; y tales negocios eran, en general, los que exigían una sanción rápida, y que además se consideraban indignos del beneficio de la apelación.

Los prebostes conocían de una manera general de todos los excesos y crímenes cometidos por los militares, tanto durante sus marchas, como en los sitios de descanso, o bien cuando se encontraban en asamblea; así como de los crímenes de duelo y deserción. Estaban, además, autorizados para juzgar a los cómplices y encubridores de la deserción, cuando estos no estuvieran en los puntos militares.

Los prebostes del mariscalato eran competentes para juzgar en última instancia en los casos de prebostazgo, y elevaban algunas veces, las controversias entre ellos y la Condestabla. La ordenanza del 4 de junio de 1666, estableció un término para que resolvieran, bajo pena de multa en los casos de distracción en los procesos relevantes de la jurisdicción de la Condestabla.

Procedía la apelación en los casos de prebostazgo, en los delitos que por su naturaleza ofendieran al príncipe o comprometieran gravemente la seguridad pública, como las sediciones y asonadas populares, los tumultos y reuniones ilícitas conjuntamente con la portación de armas; las levas de las gentes de guerra, cuando la orden no procediera del príncipe; la falsificación o fabricación de moneda; los sacrilegios, estando armados o realizando violencias públicas; el asalto y robo en los caminos, cometiendo violencias y portando armas.

De conformidad con un edicto de Enrique II, de enero de 1551, los tribunales presidiales\*, tuvieron después jurisdicción respecto a los asuntos de derecho común dentro de las villas importantes, para juzgar como último recurso, sobre las resoluciones decretadas por los jueces subalternos. Originalmente estos tribunales carecían de competencia para conocer de los crímenes y delitos cometidos por los militares; pero conforme al artículo 15 título primero de la ordenanza de 1670, se les otorgó el derecho de juzgar los casos de prebostazgo, preferentemente los resueltos por los prebostes de la mariscalía, después de que estos hubiese conocido del asunto.

La declaración del 5 de febrero de 1731, vino a modificar el sentido de las disposiciones de la ordenanza de 1670. Dicha declaración llevó a los tribunales presidiales, el conocimiento de los crímenes cometidos por los desertores y sus cómplices, que como ya se asentó, eran asuntos atribuidos originalmente a los prebostes, con exclusión de los jueces ordinarios. Como la ordenanza de 1670 confería a los jueces presidiales prelación sobre los prebostes en el conocimiento de la mayor parte de los casos de prebostazgo, cuando estos hubieran conocido antes; se resolvió, que se entendía la preferencia sobre los prebostes, en circunstancias similares a las que tenían los simples *bailos*\* \* en la época de los senescales.

El tribunal del mariscal de Francia conocía de las injurias y ofensa que se hubieran cometido en los duelos de los oficiales. Pero fue Luis XIV, con su edicto de 1679, quien de manera definitiva reglamentó esta jurisdicción; y dentro de las provincias, algunos de los lugartenientes de la mariscalía, actuaban como tribunales de honor. Los gobernadores y los lugartenientes generales de provincia no fungían como tales; los casos graves eran enviados directamente al tribunal cuando se había interpuesto y se invocaba legalmente la apelación. Las penas aplicadas por los tribunales de honor, a veces eran excesivamente drásticas. En los casos de vías de hecho, apoyados en el Mariscal de Francia, algunas veces sentenciaban

---

\* Tribunal presidial.— Antiguo tribunal francés, con competencia para conocer de los asuntos relacionados con los presidios; los cuales originalmente eran, las guarniciones de soldados encargados de proteger las plazas, castillos y fortalezas. En México, muchas de las actuales ciudades del país, fundamentalmente las del norte, antiguamente fueron presidios; esto es, pequeñas plazas militares con población civil y militar.

\* \* Bailo o bailé.— En la Alta Edad Media, era el funcionario encargado por los monarcas o los grandes señores feudales, para administrar sus patrimonios. Pronto unió a estas funciones, las judiciales y de policía, convirtiéndose posteriormente en el magistrado público encargado de una parroquia (división territorial francesa equivalente al municipio hispano), población o castillo. Era la máxima autoridad real hasta el Siglo XVIII. Estas personas, tuvieron gran importancia en las órdenes militares.



con la degradación, la pérdida del título nobiliario y el escudo de armas, y hasta el encarcelamiento.

Los Consejos de guerra fueron establecidos y organizados por la Ordenanza de 1665, durante el reinado de Luis XIV. Allí se han encontrado numerosas reglas que todavía rigen para la institución. Fueron especialmente elaboradas para mantener la disciplina interior en los cuerpos del ejército y sancionar los actos de los soldados que durante los combates y movimientos militares, se regresaran sin autorización de sus jefes. Antes de Luis XIV, no existía nada sobre las reglas de la competencia y forma de actuar de los Consejos de guerra. Fue este monarca por medio de la ordenanza mencionada, quien determinó su forma y competencia.

Atribuía a los generales, a los gobernadores de provincia, a sus lugartenientes y a sus comandantes de armas, el derecho de convocar al Consejo de guerra. En guarnición, el consejo estaba presidido por el comandante de la plaza, y en campaña, por el comandante de la brigada; teniendo también autoridad sobre los oficiales estacionados en el lugar.

Después de que comenzó a regir la ordenanza de 1670, (aplicable a los Consejos de guerra por decisiones de febrero de 1720 y de agosto de 1740), conforme a lo dispuesto por el artículo 2, las sentencias deberían ser decretadas por siete jueces. La autoridad que hubiese ordenado la reunión del consejo, designaba a los militares que deberían integrarlo.

Cuando no se encontrare el número de oficiales requerido, se recurría a los que estuviesen estacionados en el vecindario, para evitar los frecuentes desplazamientos; y en algunos casos, los sargentos complementarían el consejo. Los oficiales del cuerpo del acusado, serían los últimos en ser designados para conocer del asunto. ( Decisión de 22 de junio de 1684).

En guarnición, el mayor de la plaza, elaboraba la instrucción del proceso, y formulaba sus conclusiones. En campaña, el mayor del regimiento estaba a cargo de dicha diligencia (Ordenanza de 1663). El comisario de guerra tenía a su cargo las funciones de policía, vigilando se cumplieran los reglamentos, debiendo obligar al acusado, en caso de que se rehusare, a comparecer ante los Consejos de guerra. El orden y la forma de verificar el procedimiento ante tales órganos se efectuaba conforme a los reglamentos emitidos por la Secretaría de Estado encargada de los asuntos de la guerra.

Los tribunales militares de la antigua monarquía tenían jurisdicción sobre las gentes de la guerra, sobre los empleados del ejército (**asimilados**), sobre los vagabundos y sobre los habitantes del reino; motivo por el cual, se apelaba en los casos de prebostazgo. La justicia ordinaria, recobraba su competencia, cuando los delitos los cometían los militares dentro

de las villas, o en aquellos casos en los cuales los habitantes tuvieran interés. Sin embargo, la remisión a un tribunal de Derecho común, a menudo era severamente disputada.

Triunfa la Revolución y se interesa por los tribunales militares, junto a otras instituciones del viejo régimen; toda vez que la necesidad de una justicia especial para el ejército, no podía ignorarse. Y así en el breve lapso de 1790 a 1796, se suceden cuatro diferentes organizaciones sobre tales tribunales.

El primer período fue el de las cortes marciales. En él, se elaboraron tres leyes, la de 29 de octubre de 1790, y las del 16 y 17 de mayo de 1792. En la primera, se establece la competencia de los tribunales militares, su organización y el procedimiento a seguir.

La finalidad de la Asamblea nacional, al promulgar esta ley, era otorgarle al ejército los beneficios del procedimiento criminal de los jurados, y la posibilidad de asegurar una escrupulosa aplicación de las reglas protectoras a la subordinación y disciplina.

Para ese efecto, se establecieron las Cortes marciales, que comprendían un jurado de acusación y un jurado para sentenciar; el primero conocía y fallaba sobre los hechos, y el segundo, determinaba sobre la condena o exoneración del acusado. El jurado de acusación se componía de nueve miembros, cuatro oficiales de diferentes grados, un suboficial (sargento), un cabo, un soldado y dos individuos del igual grado que el acusado. El jurado para juzgar, se integraba con treinta y seis elementos, que quedaban reducidos a nueve; por las recusaciones que hiciera valer directamente el acusado, o por el resultado del sorteo que efectuara el mismo, cuando se rehusara a proponer directamente las recusaciones. La Corte marcial tenía un comisario de guerra, denominado gran juez militar, quien estaba asistido de dos comisarios ordinarios de guerra, que recibían el nombre de asesores.

La Ley de 17 de mayo de 1792, reglamentó los uniformes de las cortes marciales en campaña, y organizó una policía militar en los ejércitos (mejor conocida en su época como gendarmería del ejército). La misma ley, estableció una penalidad para la deserción de los oficiales, crimen no previsto hasta ese momento, pero que las pasiones políticas habían repetido con bastante frecuencia.

Estas Leyes, esencialmente fueron contrarias a la disciplina (que habían pretendido proteger), en razón de la composición de los tribunales militares y del sistema de recusación que habían establecido, la lentitud en su ejecución, desprovistas de garantías serias para los justiciables; sólo duraron dos años, y fueron reemplazadas por los tribunales revolucionarios.

Este fue el segundo período, caracterizado por las Leyes del 12 de mayo de 1793, sustituidas por la del 3 pluvioso año noveno (enero-febrero de 1801)\*. En la primera de las Leyes, mencionadas anteriormente, la Convención se proponía, apoyada en arbitrios rápidos, justos y severos, enviar a la guillotina a los culpables que por tentación, infidelidad, descuido o traición corrompieran los principios republicanos.

Suprimió las cortes marciales y las reemplazó por dos tribunales criminales militares, para cada uno de los ejércitos de la República.

El jurado se mantuvo. La Ley instituyó, entre otros, los juzgados de paz, fijando paso a paso, las funciones de los oficiales de policía judicial, quienes estaban autorizados para recibir las denuncias y remitir al acusador, las quejas presentadas. Estableció el número de tribunales para la aplicación de la Ley.

Esta organización no era otra, que la extensión a los ejércitos de la jurisdicción de los tribunales revolucionarios del interior.

La segunda Ley de mayo de 1793, estableció un Código penal militar para los tiempos de guerra. Era de tal manera excesiva la severidad de este código, que, de cincuenta castigos previstos, la pena de muerte se aplicaba en cerca de quince casos, el encarcelamiento en veinticuatro (los casos de desertión particularmente), además de la destitución y la prisión, que se imponía en ocho asuntos diversos.

La Ley 3 pluvioso año II (1794), vino a completar la del 12 de mayo de 1793, sobre la organización de la justicia militar, y en lo concerniente a los delitos. Mantenía aun la jurisdicción de los tribunales revolucionarios sobre los ejércitos. Creó una organización estableciendo diferentes niveles como los consejos de disciplina, tribunales correccionales de policía y tribunales criminales.

El tribunal correccional se componía de tres jueces, de los cuales uno no era militar; el criminal se integraba con un jurado para sentenciar, compuesto de cinco militares y cuatro ciudadanos civiles.

Los tribunales militares estaban autorizados para aplicar las penas del Derecho común, en ausencia de disposiciones especiales. Con respecto a los delitos cometidos por los militares fuera del territorio ocupado por los Ejércitos, estos serían juzgados por los tribunales criminales ordinarios y

---

\* Las fechas y nombres correspondientes a nuestro calendario, mismos que aparecen entre los paréntesis, fueron anotados expresamente para facilitarle al lector, poco acostumbrado a las denominaciones utilizadas por el calendario republicano francés, una mejor ubicación en la época en que tuvo verificativo la Revolución en Francia y muchos de los hechos posteriores.

por los jueces de paz civiles. De este manera resultaba confusa y extraña la organización de los tribunales militares, en 1793.

Este régimen era la consecuencia lógica de llevar al extremo, el principio contenido en la Constitución de 24 de junio de 1793, que declaraba que todos los franceses, eran soldados, concibiendo al Ejército como una guardia nacional activa, y no considerando a los militares, como ciudadanos encargados de una misión especial, la de defender a la patria.

Tal organización solamente duró diez y seis meses, y fue revocada por la propia Convención, la cual preocupada por el alcance que estaba tomando la guerra exterior y los disturbios interiores, reconoció la necesidad de abrogar la ley del 3 pluvioso año II (1794), y la reemplazó por otra del 17 de septiembre de 1795.

Esta última, pretendió beneficiar al servicio y el interés de los militares, estableciendo que tanto el inocente como el culpable de cualquier delito, obtuviese una pronta justicia, y no quedara expuesto a permanecer mayor tiempo en prisión sin ser juzgado; estableció así un nuevo modo de juzgar los delitos militares, procurando reprimir los excesos criminales a los cuales estaba expuesto cualquier soldado.

Así se establecieron y organizaron los Consejos militares o de guerra, que se componían de tres oficiales (un oficial superior, un capitán y un teniente), y tres soldados, quienes juzgaban todos los delitos cometidos por los militares, o por los individuos empleados en el ejército, o por quienes los siguieran. \* Estos consejos no eran permanentes, ya que algunas comisiones militares eran susceptibles de ser renovadas para cada caso, y cuya competencia y duración debió establecerse mas adelante por la ley del 1 vendimiario (septiembre-octubre) y 4 ventoso del año IV (febrero-marzo de 1796), al juzgar a algunos rebeldes conocidos bajo el título de los *Chuanes*, y también a los sonsacadores de la tropa y a los provocadores de la desertión.

La composición excesivamente igualitaria de algunas comisiones del año III (1795), su forma de actuar y las constantes reformas realizadas a su competencia; la declaración del Consejo de ancianos y la de los quinientos; así como la carencia de garantías suficientes para la protección de los habitantes y las propiedades de los paisanos, determinaron la urgencia de proveerlos de ellas; y por encima de todo, la enérgica voluntad del general Bonaparte al terminar la inmortal campaña de Italia. Estos fueron los

---

\* En nuestro medio, y conforme a lo prescrito por la Ordenanza General del Ejército de 1911, estas personas estaban consideradas como los asimilados e individuos que se equiparaban a ellos, y todos quedaban sujetos al Fuero de guerra.

motivos principales que se tuvieron para introducir en el año III (1795), un plazo para resolver a la jurisdicción militar, y darle orientación a la legislación del año V (1797), cuando se promulga un código para los delitos y las penas (**Code des delites et des peines pour les troupes de le Republique**), y establece, como lo había hecho el ordenamiento que lo precedió, un estado de cosas totalmente nuevo.

Existía un Consejo de guerra permanente para cada división del Ejército y para cada división de tropas destinadas al interior, se componía de siete personas: un jefe de brigada (o coronel) presidente; un jefe de batallón o jefe de escuadrón; dos capitanes, un teniente, un subteniente y un suboficial (sargento).

Un capitán realizaba las funciones de ponente, asistido de un escribano designado para tal efecto, y otro capitán, las del comisario del Poder Ejecutivo. Todos ellos eran designados por el general comandante de la división, y eran sustituidos cada vez que se consideraba necesario para beneficio del servicio.

Los juicios ante estos consejos no admitían ningún recurso. Pronto la Ley del 18 vendimiario año VI (1798), crea los tribunales encargados de revisar los juicios ante los consejos de guerra. Instituyó para cada división los consejos de revisión permanentes y un segundo consejo de guerra para conocer de la apelación, y últimamente, de los casos de anulación de los procesos seguidos ante el primer consejo.

La Ley del 13 brumario año V (1795), atribuía a los consejos de guerra, actividades semejantes a la que los había organizado, juzgar a todos los militares sin distinción; una Ley adicional, del 4 fructidor (agosto – septiembre) del mismo año, determinó cual sería la forma de los consejos de guerra especiales para juzgar a los oficiales superiores y comisarios de guerra; la competencia de los consejos de guerra fue restringida, a efecto de juzgar a los militares, hasta el grado de capitán inclusive. Pero podían juzgar además, a los agregados al Ejército, y a quienes les seguían, a los sonsacadores de la tropa, los espías y los habitantes de un país ocupado por el Ejército de la República.

Este sistema introdujo una notable mejoría, por las garantías que presenta en la prevención y regulación del procedimiento.

La composición de los consejos permanentes de guerra y de revisión de los años V y VI (1795 y 1796), se mantuvieron mucho tiempo, sin cambios súbitos, sin embargo en los casos especiales de graves alteraciones, algunas veces se extendía la competencia de tales consejos. En tal concepto las leyes del 14 fructidor año VII (1798), 18 pluvioso año IX (1801), y 23 floreal (mayo - junio) del año X (1802), a efecto de reprimir las perturbacio-

nes de los departamentos del Oeste y del Mediodía (**Sur**) resolvieron enviar a los militares a tribunales especiales para la represión de ciertos crímenes contra la tranquilidad y seguridad públicas: como el cambio de las señales de los grandes caminos, la complicidad de los sonsacadores con los paisanos, la alteración de papel timbrado del estado, la falsificación de escritos, públicos y privados, y otros. Estos tribunales especiales se componían de: un presidente y diez jueces penales, tres militares de grado de capitán o menor, y de diez ciudadanos, todos designados por el Primer Cónsul.

En cuanto a las modificaciones introducidas, particularmente con respecto a la competencia, estas fueron: por resolución del Cónsul del 17 pluvioso año VIII (1800) y 18 vendimiario año XII (1804), y por determinación del Consejo de Estado del 27 floreal año XI (1803), que sujetaron a la jurisdicción militar a los prisioneros de guerra, los vivanderos, lavanderos y gendarmes, por los delitos relativos a la disciplina y al servicio; y por dictamen del Consejo de Estado del 30 termidor año XII (julio-agosto de 1804), 4 de enero de 1806 y 12 de enero de 1811, se le confirieron a los tribunales ordinarios la competencia para juzgar de los delitos cometidos por los militares al separarse de su cuerpo (**unidades**), sometiendo a la misma jurisdicción a los oficiales en disponibilidad. Después en el año X (1802) y hasta 1814, el Poder Ejecutivo previendo las necesidades de la justicia militar, realizó diversas acciones para crear nuevas penas.

Lo más relevantes de tales acciones fueron:

1. La disposición de 19 vendimiario año XII (1804), estableció los depósitos de reclutas refractarios, instituyó los consejos de guerra especiales para juzgar a los desertores, creando toda una penalidad que llegaba hasta la pena de muerte; y substituyó, para los suboficiales y soldados la pena de cadenas y trabajos públicos, por la de grilletes. Cada consejo especial estaba compuesto por siete miembros a saber: un oficial superior, cuatro capitanes y dos tenientes. Era disuelto después de haberse pronunciado sobre el delito de desertión, por quien lo había convocado.

2. El decreto de 17 mesidor año XII (junio-julio 1804), estableció comisiones militares especiales para juzgar a los sonsacadores de la tropa y los espías.

3. El decreto de 24 de diciembre de 1811, relativo a la organización y servicio de los estados mayores de las plazas, modificó, en virtud de la ley de 10 de julio de 1791, las reglas de la jurisdicción dentro de las plazas de guerra, ya fuera para situación pacífica, para el estado de guerra, y para el estado de sitio. En estos últimos casos, los tribunales ordinarios eran reemplazados por los tribunales militares.

4. El decreto de 1 de mayo de 1812 instituyó los Consejos de guerra extraordinarios para juzgar los crímenes relativos a las capitulaciones de las plazas y en las incursiones en territorio enemigo, decreto inspirado para recordar las penalidades sufridas en los acontecimientos militares.

La carta de 1814, proscribió en su artículo 56, las comisiones y los tribunales extraordinarios bajo cualquier título y denominación, abrogando gran parte de la legislación militar; con lo cual aumentó considerablemente la confusión que ya existía. Esta misma carta, alteró la ley 13 brumario año V (1797), cuyo verdadero auge no debería prolongarse mas allá de la etapa la paz; ley que continuó aplicándose en cumplimiento a una resolución consular de 23 mesidor año X (1802), decretada cinco meses antes del tratado de Luneville, y que declaraba que los consejos de guerra creados por la ley 13 brumario, continuarían funcionando, en virtud de que la Ley que les había dado nacimiento continuaba prorrogada, hasta que no se dispusiera lo contrario.

La Corte de Casación, zanjó la cuestión, y por resolución del 22 de agosto de 1822 resolvió, que la Ley del 13 brumario, conservaba toda su fuerza, no obstante la disposición que prevenía su validez sólo para la época de paz, y de que, una nueva ley orgánica de los tribunales militares y de sus atribuciones la viniera a reemplazar. Se estableció así, una jurisprudencia que la carta de 1830 y la constitución de 1852 confirmaron mas tarde, conservando la existencia de los tribunales marciales.

La carta de 1814, al abrogar o modificar la mayor parte de las leyes relativas al Ejército, creó un vacío, que el gobierno de la restauración prontamente sintió la imperiosa necesidad de colmarlo; y es este momento, la ocasión de señalar la serie de esfuerzos realizados, hasta que en 1857, se llega finalmente a la reconstrucción de la justicia militar.

El primer pensamiento de reforma se remonta a 1801, época en la que se presenta un proyecto de código militar realizado bajo la vigilancia del comandante Cessac, y enviado al Consejo de Estado; proyecto que no tuvo ningún resultado, y en su breve historia, precede la serie de trabajos y mociones legislativas realizadas para suplir la normativa castrense.

Una primera comisión fue establecida en 1814, la segunda en 1816; y otras lo fueron en 1818, 1822, 1824, 1826 y 1829.

El número de estas comisiones, la elevada posición de las personas que fueron sus componentes, su renovación según los movimientos de opinión; todo ello, prueba la importancia que el gobierno prestó a esta reforma.

Entre los trabajos de todas estas reuniones, destacan, las de las comisiones de 1826, bajo la dirección del general marques de Clermont-Tonnerre, y la de 1829, a cargo del general vizconde de Caus, mismas que

tuvieron suficiente autoridad para que se formularan proyectos de ley y fueran sometidos a las cámaras legislativas.

El proyecto de 1826, titulado «Proyecto de Ley de lo relativo a la Jurisdicción Militar», no alude a la organización de los tribunales militares, ni a la competencia, ni al procedimiento. Fue adoptado por la Cámara de los pares, en la cual tuvo facilidades para ser discutido, pero no se le dio continuidad.

El proyecto de 1829, bajo el título de Código de Justicia Militar, comprendía entre otras, la penalidad. Esta última parte, fue discutida separadamente por la Cámara de los pares, bajo la dirección del general conde de Ambrugeac, y aprobada por la mayoría, fue remitida a la Cámara de los diputados. Los otros tres libros relativos a la organización, a la competencia y al procedimiento, los cuales habían sido dirigidos por monsieur duque de Broglie, el general vizconde Dode de Brunieniere, y M. duque de Cazes, se encontraban en estado de dictamen cerca de la clausura de sesiones; empero, la revolución de 1830, vino a posponer indefinidamente su examen.

En el resto de esta época, una Ley, la del 15 de julio de 1829, introduce a las disposiciones militares, la interpretación y modificaciones de las mejores leyes criminales existentes en el momento relacionadas con el robo o destrucción, de las armas, de las municiones, o de la venta o empeño de efectos del armamento, del equipo o del vestuario.

Bajo el reinado de Luis Felipe, los Ministros de la Guerra que se sucedieron, recuperaron varios de los proyectos de la Restauración; consultaron a diferentes comisiones especiales, que estaban compuestas de hombres eminentes; pero todas las decisiones terminaron aplazándose.

No se trataba solamente de organizar la jurisdicción, era necesario transformar la legislación penal militar; y proporcionarle los avances de nuestra época.

El Ejército, en todos los tiempos, no sólo tiene sus tribunales particulares y diferentes de los tribunales de Derecho común; necesita de la vigilancia y mantenimiento de su orden interno y sus procedimientos especiales. La Asamblea Nacional fijó las bases en la Ley del 29 de octubre de 1790. Empero, se estaba en ese momento bajo el atractivo del jurado, y la ley, consideramos, ensayó introducirlo en el campo de la justicia militar con las formas y garantías procesales.

La Asamblea, que en la carátula (primera plana) de la Ley del 15 de septiembre de 1790, había proclamado una máxima, eternamente válida: «la principal fuerza del Ejército es la disciplina»; faltaba a esa alternativa de prevención, toda vez que no había calculado la confusión que se pre-



sentaría, al otorgar al acusado un modo de justicia favorable a sus intereses, suprimiéndole a la represión militar, su característica distintiva, la rapidez. Creyendo, por otra parte, en la existencia siempre de un estado de paz; así esta legislación no resultaba conveniente, excepto cuando la guerra incendiara nuestras fronteras; siendo necesario improvisar una novedosa legislación, la del 16 de mayo de 1792, para los ejércitos en campaña. Pronto a esta última Ley, se le consideró, por la generalidad y de manera ininterrumpida, insuficiente, por lo cual decae en su aplicación, para dar sitio a la Ley del 12 de mayo de 1793, que introdujo en el ejército, los tribunales revolucionarios, Ley que fuera abrogada y sustituida por la del 3 pluvioso año II; esta última Ley, fue violenta y duró hasta la Ley del segundo día, complementaria de la del año III, que inauguró el régimen de las comisiones fugaces, que sorprendieron a todos.

Todo este período fue marcado por las frecuentes pruebas realizadas para reemplazar la legislación penal de ejército. Misma que llegó a ser simple y moderada. La obediencia a la Ley, la devoción a la patria, inundan las pasiones de esos días, de fe y entusiasmo. Así el Código Penal de 1791 (**¿Ordinario o marcial?, los dos son de la misma época**), el primero que se promulga, sólo contiene un pequeño número de preceptos sobre los delitos y las penas.

La guerra se prolonga, y resulta necesario el reclutamiento de un número considerable de hombres; las desertiones son frecuentes; y el desorden y la indisciplina penetran en los ejércitos. El legislador debe ser lo más severo, y decreta la Ley penal de 1792. La Asamblea establece en el preámbulo: « en la actualidad se necesita reafirmar la disciplina militar, para restablecer la confianza entre los soldados y los jefes; frustrar las eternas esperanzas de los conspiradores, y de sancionar el crimen de perjurio y la desertión que se multiplican». El legislador fue estricto e implacable dentro de la Ley del 12 de mayo de 1793, que substituyó al Código penal militar de 1791. La pena de muerte y algunas veces la de grilletes, figuraban en casi todos los artículos; solamente siete delitos estaban penados con la degradación, destitución y prisión.

Todas estas legislaciones no deberían de sobrevivir a las circunstancias que les dieron origen; el momento apropiado para ello, era reemplazarlas por un sistema judicial, imperfecto todavía, pero de mejor protección a la disciplina y más humano. Al tiempo, en efecto, habría de iniciarse; Francia respiraba, había concluido el reinado de la fuerza, y se vislumbraba el imperio de la ley, al cual todos aspiraban. No solamente las fronteras estaban libres de los Ejércitos, que, en la época, se rigieron por leyes pasajeras, que envolvieron del Rhin a los Alpes, y de la Meuse a los Pirineos;

Francia hacía presas por todas partes, la ofensiva estaba progresando en Bélgica, en Holanda, y llegaba hasta el Rhin, había atacado a Alemania; y aparentemente no le fue imposible al joven general (**Napoleón Bonaparte**), juntamente con sus soldados, vencer de hecho en Italia; esta campaña prodigiosa, llenó a Europa de sorpresa y admiración.

Surge así, la aparente necesidad de cambiar de una vez por todas y después de varios años, la legislación militar existente. El general Bonaparte, en nombre del orden y la disciplina, lo exige con energía. La Ley 13 brumario año V (1797), estructura y organiza, finalmente, los tribunales regulares y permanentes. Y pocos días después de su promulgación, una segunda Ley, ésta del 21 brumario del mismo año, decreta la vigencia de un nuevo código sobre los delitos y las penas.

El motivo de este breve resumen de los orígenes de la legislación militar, es el hecho relevante del acuerdo unánime de los diferentes gobiernos, sobre un principio jamás planteado antes de la Revolución. Tal principio es, la necesidad de una justicia particular para el Ejército.

Las circunstancias cambiaron, las pasiones se encendieron y se apaciguaron, el interés del público presionó al legislador y lo empujó en sentidos opuestos; toda vez que tanto admitió, como redujo los límites de esta jurisdicción, a una cierta clase de delitos; en virtud de que aumentaba la necesidad de someter a los ciudadanos a sus jueces naturales; dado que el Ejército, en contra de su voluntad, intervenía en la persecución de los crímenes de Estado. Las diferencias entre los partidos concluyeron después de la Revolución, al admitir el principio que, la jurisdicción sobre el Ejército corresponde al Ejército.

Esta misma necesidad se presenta en todos los pueblos civilizados; y esto, lo admite, el Derecho común de Europa. La opinión contraria, parece prevalecer por un momento, hacía el siglo XVII, en Inglaterra. En donde está encomendada a la justicia ordinaria, el cuidado de mantener la disciplina del Ejército; el ensayo consistía en recuperar dos principios, convenir y renunciar a que las cortes marciales continuaran funcionando, y después, aplicar la *mutiny act* (**Ley para los motines e insubordinación**), sin oposición de la mayoría del pueblo, ansiosa de lograr esa libertad y esas formas de gobierno.

¿Por qué este acuerdo universal? ¿Por qué son necesarios en el Ejército, tribunales particulares? ¿Por qué son necesarias formas de proceder que derogán más o menos reglas que son obra de los siglos y que se consideran como garantías de justicia? ¿Por qué esas penas severas, en medio de costumbres tan mesuradas, en un siglo tan tolerante?

La respuesta a estas preguntas se encuentra en el carácter mismo de la clase de ciudadanos que constituye el Ejército.

El Ejército, en efecto, por la necesidad de las cosas, se encuentra sujeto al mismo tiempo a las dos naturalezas de reglas que gobiernan a las sociedades. El militar ofrece un doble carácter: es ciudadano; he aquí el móvil de su ímpetu, de su valor; es su vida moral. A título de ciudadano queda bajo el imperio de las normas comunes que se relacionan con la moral universal y con los deberes generales; pero la patria le ha dado una misión particular: es soldado y de ahí nacen para él deberes especiales que se rigen y protegen por una ley especial. Los delitos comunes adquieren, en diversas ocasiones, en este último orden de obligaciones, un nuevo carácter de gravedad. Dos hombres se han asociado para cometer una traición, uno de ellos es oficial; ha recibido de la patria, para defenderla, las armas y la autoridad que vuelve en contra de ella; tenía una comisión bajo la fe del juramento militar, ambos han violado las leyes; pero el militar ha unido al delito común, otro delito aparte, contra el deber y el honor militar. La razón indica que el mantenimiento de todo Ejército está en el cumplimiento de esos deberes. La historia muestra lo que se vuelven los Ejércitos que los desconocen; los Ejércitos en que la orden se discute en lugar de obedecerse, donde la vida del cuartel no da al soldado ese sentimiento delicado del honor que es su voz interior y como su segunda conciencia; donde no se muere por la religión de la bandera. Se sabe también lo que son los Ejércitos bien disciplinados; los que en tiempo de guerra soportan todas las fatigas y todas las privaciones, que llegan a través de todas las miserias y plenos de calma y vigor, ante el enemigo, como aquellos Ejércitos de Austerlitz; los que en tiempos de paz defienden el orden, la propiedad y permanecen sordos al llamado de las sediciones.

La primera garantía de esta disciplina severa es un conjunto de instituciones que la pongan al abrigo de toda violación. La idea de castigo, de fuerza, de inviolabilidad, debe estar ligada siempre a las leyes; ¿pero no parece necesario un gran respeto a las leyes, sobre todo en ese conjunto de hombres jóvenes, armados, habituados al peligro y en donde el mando no corresponde sino algunos? Es preciso que ellos lo sepan, que permanezcan siempre vigilantes, siempre prevenidos, que conserven la imaginación y el alma del soldado. Se aceptan esas leyes severas a título de necesidad; pero generalmente no se tiene una idea clara de su justicia, y eso no es razonable. Lo delictuoso de las acciones no se mide exclusivamente por la intención y la persistencia, sino también por los peligros que hace correr al estado y a la sociedad. Un acto que carecería de gravedad en la vida ordinaria puede tener en el ejército consecuencias funestas. El militar no puede aducir ignorancia porque está advertido a cada instante de la extensión de sus deberes, de los intereses que pone en peligro, cuando a falta a ellos, y de

la pena casi siempre terrible que le espera. La ley, al tratarlo como un gran culpable, hace obra de protección para la sociedad, y satisface a las necesidades del Ejército, y se muestra justa y humana hasta en sus rigores.

La necesidad de una parcial derogación de las formas establecidas en la justicia común se justifica por los mismos motivos de orden y de interés públicos. El objeto de todas esas formalidades, es el descubrimiento de la verdad, que en el fondo nada tienen de absolutas, aun en el orden de las jurisdicciones en que en ellas están consagradas como garantías; la necesidad de imponer un ejemplo y de castigar en nombre de la sociedad, cuando la falta está aún viva ante los ojos, autoriza algunas veces al juez a franquearlas para llegar cuanto antes al juicio.

La primera condición de la justicia militar es la necesidad de la rapidez en el procedimiento; se trata de castigar, pero ante todo se trata de intimidar y de prevenir; el ejemplo debe imponerse pronto, algunas veces casi instantáneo, y es por esta razón que es una justicia excepcional, la única posible para el Ejército. Si no debe jamás violar los principios que protegen al acusado, tampoco debe sujetarse a reglas complicadas que no armonizan con la simplicidad de los hechos que está llamada a juzgar ni con el medio en que obra ni con el carácter de jurisdicción.

La existencia de una justicia militar, con sus tribunales particulares, su procedimiento especial, y su penalidad más severa, es, pues, necesaria, y por esto mismo legítima; tal es la razón de que haya subsistido en todos los tiempos y bajo todos los gobiernos en Francia y en toda Europa.

¿Ha hecho la legislación por la justicia militar, lo que ha hecho por la justicia ordinaria? ¿La constitución de los tribunales no dejaba nada que desear? ¿La competencia estaba reglamentada, el procedimiento era simple? ¿La penalidad era la adecuada a las necesidades del ejército? ¿Correspondía fielmente al interés público, y al estado de nuestras costumbres?

La legislación militar, al momento de presentarse, no ofrece a simple vista, sino la imagen de la confusión. El delito de desertión, solamente en el intervalo del 23 de mayo de 1792 al 19 vendimiario año XII (1804) aparece en cuarenta y ocho leyes o decretos. Y el Ejército, después de 1814, estaba administrado exclusivamente por el Poder Ejecutivo.

La consecuencia que resultó de esta multitud de leyes y decretos, es la verdadera dificultad para el estudio del Derecho militar, que debe ser el más claro y sencillo.

Compaginar en un trabajo esta legislación, resulta difícil. Debido a la tendencia imperante, en todas las épocas, tanto de extender como a limitar la jurisdicción militar. El Ejército, por otra parte soporta diferentes cam-

bios; se crean nuevos servicios, y deben reglamentarse situaciones que no estaban bien definidas.

La legislación debería cambiar, en muchos casos era necesario proceder por analogía, mientras entre las dos justicias, los conflictos resultaban frecuentes. La Ley 13 brumario año V, resultó inquietante. La competencia de los tribunales militares, estaba regulada en innumerables temas, tanto por la jurisprudencia como por la ley.

El procedimiento presentaba las mismas dificultades. El juez militar en lugar de poseer un código especial y sencillo, estaba obligado a recurrir a la Ley 3 pluvioso año V, a la Ley 18 pradiel (mayo - junio) del mismo año, o bien a la Ley 13 brumario año V. La legislación excepcional era omisa en muchos casos, lo cual obligó a trasladar todo esto a un código de instrucción criminal; con el resultado de que el procedimiento militar, no difiere gran cosa del procedimiento ordinario.

La penalidad militar mereció la misma crítica, no era mayor a un título; y no se encontraba dentro de las otras partes de esta legislación (aparecía dispersa en varias leyes especiales), nada que estuviese en orden y concierto para aplicar las penas a los diversos delitos que el juez debería sancionar; por lo cual, necesitaba recurrir, según los casos, a multitud de leyes, sin mencionar el código penal ordinario, aplicable a los delitos del orden común.

Estas numerosas leyes, sin embargo, no prevenían todos los delitos, y existía el inconveniente de dejar el castigo a la elección y arbitrio del juez. La Ley del 1 de mayo de 1812, en el artículo 8, establecía: « Los jueces aplicarán, con su alma y conciencia, (**a su libre albedrío**) y apreciando todas las circunstancias de hecho, una de las penas del Código civil o militar, que considere proporcional al delito».

Al recurrir frecuentemente al Derecho común, para pedir prestadas estas penas, que corresponden a un orden diferente de reprensión, el resultado no respondía al carácter de la infracción.

El legislador había multiplicado las penas infamantes, como si en un momento de olvido o debilidad, el resentimiento demasiado vivo de una injuria, testimoniara una profunda perversidad a la cual las leyes, y más que estas, la conciencia pública le agregaría la deshonra. Así, en todas partes, la pena de muerte era en extremo pródiga; otras penas, eran duras, invariables, inflexibles, ajenas a ese temperamento, a ese matiz, que en todas partes constituye la verdadera moralidad de las acciones, y que son el fundamento mismo del corazón humano.

La gran razón que explica todo es, que esta legislación permaneció estacionaria. Las leyes regulan las costumbres; a ellas corresponde un cier-

to estado de cosas y de animo. Que sería hoy, a todos nos asombraría, si por un momento revivieran todas las legislaciones intermedias que han regido en Francia, además, de que el genio del Primer Cónsul, les imprimió a nuestras leyes civiles el sello de la durabilidad y perfección.

Todo esto, para reemplazar por un cuerpo único de leyes, el caos de disposiciones inciertas que existía; leyes inspiradas en una misma idea y destinadas a transformarse, en una guía para el magistrado, como una poderosa garantía para el justiciable, y que el Segundo imperio había realizado a finales del año de 1855, en un proyecto de Código de Justicia Militar.

El proyecto fue presentado a los Cuerpos legislativos el 28 de febrero de 1857, discutido el 8 de mayo, aprobado por el Senado el 8 de junio, y promulgado el día 9 del mismo mes y año.

Con relación a este asunto, monsieur Langlais dice en su informe:

«Dispone, como el proyecto de 1829, una división en cuatro libros que comprenden: la organización de los tribunales militares, la competencia, el procedimiento y la penalidad; esta es, entonces, la razón de otorgarle el nombre de Código de Justicia Militar. ¿Cuál deberá ser dentro del consenso general, la característica de este Código, atendiendo a las ideas y costumbres de los países? La respuesta a esta interrogante, debe ser, la justa apreciación de las verdaderas necesidades del Ejército y de los grandes intereses que le son confiados a su fidelidad y a su coraje».

«El tribunal militar estará bien constituido, si el juez en el conocimiento de la causa, tiene calidad e independencia para pronunciar el fallo; que es la primera necesidad de la justicia, para seguridad del justiciable; quién no podrá jamás rehuir al tribunal que la ley le asignó; el acusado estará así protegido contra las violaciones de sus derechos, y contra las falsas aplicaciones de la Ley, por una jurisdicción superior en conocimientos, importancia y dignidad».

«Los tribunales militares son tribunales de excepción. Esta es la necesidad de su legítima existencia, y no tendrán razón de continuar, tan luego desaparezca esta situación. La Ley será luego sirviente, si no se establecen los límites de esta jurisdicción, junto a un discernimiento riguroso; si la justicia militar retiene todo esto que es de su dominio, mas no invade los que corresponden a los de la justicia ordinaria, dentro de la medida, que es indispensable para la salud pública. Cuando las dos jurisdicciones entren en conflicto, enhorabuena, que una de ellas se desprenda del caso, debiendo ser beneficiado el tribunal de Derecho común, que deberá conservar el imperio; a menos de una necesidad plenamente justificada. Porque según lo expresó el emperador Napoleón I: « La justicia es una en Francia; se es ciudadano francés antes que soldado».

«Las necesidades políticas, sostienen en forma endeble, que la justicia militar tiene como característica, la celeridad; y que esta es la condición misma de su existencia».

«La ley no satisfecerá luego las necesidades del Ejército, si deja de lado el principio salvador de la disciplina; así como la obligación de conceder las reglas ordinarias de un procedimiento más flexible y ágil; pero, la celeridad no debe ser el punto central para excluir las demás formalidades protectoras. Los militares son hombres, son ciudadanos; tienen derecho, como nosotros, a todas las garantías que corresponden al acusado».

«Se reconoce como un buen legislador a quien con cuidado severo, separa lo que es substancial, de lo que es pura forma; a su esfuerzo y dedicación para fundamentar el derecho de excepción; un poco sobre el plano y la imagen del Derecho común; puesto que éste, es el fruto de la experiencia de siglos; tesoro de todos los géneros de previsión, y de donde no se debe separar, para obtener diligencia y felicidad».

«La penalidad militar ofrece dos escollos: un poco es demasiado severa, o se muestra demasiado débil. Las más altas consideraciones ordenan, no desarmar a la autoridad la que, encargada de mantener el orden interior y la independencia exterior, necesita de fuerzas enérgicas para asegurar y conservar sus acciones; por otra parte, la legislación que no admitiese de ningún modo los progresos en las costumbres públicas para la moderación de las penas, sería condenada delante de los países y de la humanidad».

«A conciliar estas obligaciones opuestas deberán tender los esfuerzos del legislador, quien hará que la pena esté siempre relacionada con la naturaleza del delito, que se aumente o disminuya en intensidad, según la intención, la perseverancia, el interés que falta, y ponga en riesgo al Ejército, para que sirva de ejemplo sorprendente y alguna vez sea terrible; él realizará, en una palabra, que la ley sea justa siempre, humana sin suavidad, severa sin barbarie».

«He allí, las características relevantes de un Código de Justicia Militar, tal como exige nuestra civilización, y un Ejército que viene de mostrar al mundo, el espectáculo de ímpetu, unido a un respeto religioso de todos los deberes».

«La marca de una buena legislación considera en fin, según la distinción judicial, el delinear entre dos situaciones cuya confusión fue uno de los vicios que nos rigieron después de la Revolución. El Ejército, en efecto, estando en el territorio o en el extranjero; en situación pacífica o en

estado de guerra, es la razón, de que no pueda regularse de la misma manera, solamente que él, se hallará en una u otra de esas situaciones».

«El informe de la Cámara de los pares, en 1829, proclamaba el principio, y que fue la base del proyecto de aquella época, como lo es del código actual: « la guerra, decían, son de las necesidades imprevistas e imperiosas. La situación de un ejército en campaña, dentro de un curso de operaciones rápidas, bajo el fuego enemigo es una situación que por su naturaleza es violenta, súbita, compulsiva, que permite experimentar todas las combinaciones complicadas; y desconcierta que se excluyan demasiado las precauciones sistemáticas, que apuntan algunas veces como demasiado sencillas, y otras muy prudentes. La situación de una plaza asediada se reduce al extremo por un largo bloqueo, o preparada a ser ocupada por un asalto, y no se parece en nada a la de un campo de recreo o de una villa de guarnición. Proveer al estado de guerra después de haber previsto el estado de paz, tal es el deber de todo legislador dotado de razón y previsor»

Todas las condiciones de una buena legislación se han reunido en el Código de 1857. Los consejos de guerra están organizados de manera de garantizar las sanciones para los actos contrarios a la disciplina, a consagrar la independencia del juez y los derechos del acusado. La voz de la humanidad ha sido escuchada dentro de la gradación de las penas; el legislador las ha suavizado, a la vez, que el interés de la justicia y del mando, de ningún modo se obstaculicen. El espíritu general que preside la redacción del nuevo Código de justicia militar, puede resumirse así: una organización de los tribunales militares, con el objeto de asegurar la represión más enérgica de todos los actos contrarios a la disciplina, y de consagrar la independencia del juez y las garantías del acusado, que son las primeras necesidades de la justicia y el honor de las naciones civilizadas; mantenimiento de la separación de las jurisdicciones civil y militar, salvo raras excepciones, derivadas de circunstancias extraordinarias, tendentes a proteger al ejército contra tentativas criminales que, dentro de los tiempos de levantamientos, procuran alterar los espíritus y alejarlos de sus deberes; celeridad dentro de la instrucción y el procedimiento, a fin de llegar a una rápida reprensión, necesaria e indispensable dentro del ejército, sobre todo cuando se encuentre en presencia del enemigo o en un territorio en estado de sitio; en fin, moderación en las penas, para beneficio de las costumbres públicas, sin debilitar ni desarmar a la autoridad militar, que, por triunfar en las grandes empresas pueden someter al de adentro como al de fuera, a necesidades de empuje enérgicas que aseguren y conserven sus acciones.



#### 4. DATOS SOBRE EL DERECHO MARCIAL ROMANO, TRANSCRITOS EN LA OBRA DE PRADIER-FODÉRÉ.

¿ Entre los romanos, cuando un militar cometía un delito de Derecho común, ante que jurisdicción debería responder? ¿De conformidad con el negocio, como debería instruirse el procedimiento? ¿ Para determinar la competencia se atendía a la cualidad del militar o a la naturaleza del delito? Monsieur Ory, al examinar estos cuestionamientos en su obra « El reclutamiento y la condición jurídica de los militares en Roma, en el Derecho antiguo y en el moderno», nos hace saber: todo mundo está de acuerdo en reconocer que el delito de Derecho común realizado en un campamento, solamente releva de la jurisdicción militar a quien lo comete, sí se puede distinguir si procede de un militar o de un civil. Lo anterior es consecuencia del principio que establece que todo crimen deberá ser juzgado en el lugar donde se cometió, o tratándose de los militares en donde se encontraba destinado; y en todas partes la disciplina exige que las infracciones a las leyes militares sean juzgadas sobre el campo, por los tribunales marciales.

Otro punto que está igualmente fuera de duda, es que en principio, los soldados solamente están sometidos a la jurisdicción de los tribunales militares, toda vez que era necesario poseer esa cualidad, para ser justiciable (**individuo sometido a una jurisdicción determinada**). Así, los reclutas que todavía no estaban *relatae in numeros* (**enlistados**), si cometían un delito, eran juzgados por los tribunales ordinarios. Esto, en virtud de que bajo las órdenes del Emperador, se ejercitaban en los campamentos, atendiendo al número de vacantes que existieran. *Qui ultra statutos militant, civilum iudicum sententis subjacent* (**Qué además de las normas militares queden bajo la decisión del Juez civil**). En fin, cuando un ciudadano había cometido un delito antes de ingresar al servicio militar, aunque cambiase su situación posteriormente, no quedaba exento de comparecer ante los tribunales ordinarios, ante los cuales hubiese tenido que responder de sus actos, como civil.

Empero, aun se está lejos de esclarecer la situación para resolver si se atiende a la cualidad del militar, o a la naturaleza del delito, a efecto de determinar la correspondiente competencia; y así, poder inclinarse por la afirmativa o la negativa. Los textos existentes, no son del todo precisos, y abordan tímidamente la solución. Sin embargo, nosotros nos situamos en la primera posición, y opinamos, que se debe estar a la cualidad del militar para determinar la competencia del tribunal.

Para apoyar la segunda posición, la que sostiene que se debe estar a la naturaleza del delito para determinar la competencia, se invoca la Ley 2 p.r.

del Digesto, *De re militare* (**Los asuntos militares o sobre los militares**), misma que previene: *Militum delicta aut propria sunt, aut cum caeteris communia; unde et persecutio, aut propria aut communis est* (Los delitos y actos que cometen los militares pueden ser especiales o comunes, por lo que la persecución de los mismos es también especial o común D.49, 16.2), y corresponde a uno u otro tribunal el conocimiento del hecho delictivo, atendiendo al informe que exista y al carácter del acto ilícito, así como al concepto de *persecutio*; expresión que comprende la decisión final del Emperador, y que abarca la acción, el procedimiento y la competencia; todo a la vez. Sin lugar a duda, cuando un crimen de Derecho común haya sido cometido por un militar, *la persecutio* (**la persecución, la acción, el procedimiento y la competencia**) será *communis* (**pública, común, obligatoria, de oficio**); empero, el vocablo *persecutio*, de ningún modo tiene el sentido de otorgar la competencia por el lugar en donde se cometió el crimen. Significa, simplemente, el procedimiento a seguir, las formalidades de la instrucción y la pena que deberá imponerse. En una palabra, cuando un militar hubiese cometido un crimen de Derecho común, resultaba conveniente acudir al tribunal militar, quien lo juzgaría; conforme a las reglas del procedimiento criminal ordinario, y aplicando las penas del Derecho común.

La opinión contraria se apoya en algunos otros textos, específicamente, en la Ley 3 p.r. del Digesto, *De re militare*, que transfiere el juicio del desertor y que además hubiese sido encontrado culpable de un delito del Derecho común, al Presidente de provincia (**Prefecto o gobernador provincial**). Ese mismo texto dispone que, el militar que hubiese cometido un crimen de Derecho común debería ser sancionado en el mismo lugar en donde lo realizó; disponiéndose que dicho individuo no podría ser ejecutado, si había comparecido ante un tribunal criminal de Derecho común. En fin, se advierte que la justicia militar resulta ser excepcional, después de una serie de dificultades que podrían propiciar la idea de que existe la duda con respecto a la competencia natural que tiene para conocer de determinados asuntos, toda vez que varios de estos se le trasladan en casos especiales.

Estas razones no parecen ser más decisivas que sus precedentes. La Ley 3, ya citada, transfiere al Presidente de provincia, el juicio del desertor que hubiese cometido un crimen previsto en la ley penal ordinaria, con lo cual sólo realiza una supresión (**modificación**) al principio general de juzgar el ilícito en el lugar en donde se cometió, con lo cual solamente se confirma la regla. (El gobernador provincial previa audiencia, debe remitir a su jefe con un informe los desertores «detenidos en su provincia» a no ser que un desertor haya cometido algún delito más grave en aquella provincia, pues

«Septimio» Severo y Antonino «Caracala», emperadores de consagrada memoria, dijeron en un *rescripto*\* que debe castigarse el crimen allí donde se ha cometido. D.49, 16.3). Pero lo mejor de todo, es que no se ha encontrado nada en dicho texto, que nos indique sea ante un tribunal ordinario en donde debe comparecer el militar culpable, quien deberá ser juzgado en el lugar del crimen, y por sus jefes; esto es, por el juez militar de la circunscripción donde el delito se hubiese cometido, y no directamente por el del cuerpo (**corporación o unidad**) al cual pertenecía el soldado.

Por otra parte, resulta pertinente invocar, un poco, el apoyo de un sistema de textos formales, como son el Digesto y el Código.

Esto es, recurrir primero a la Constitución, y luego al Código, *De officio magistri militum*, I-29, que establecía, en alguna forma, que no era lo mismo los Comtes (**condes**) y los Maitres de la milice (**mayordomos de la milicia, que serían los magister militares romanos**) que los Prefectos. Allí se observa una distinción incontestable entre las dos situaciones de *paganus* (**pagano, extranjero, no romano**) y de *miles* (**militar, soldado o ciudadano romano**)\*\*, distinción cuya opinión contraria carece de valor.

A continuación, la Ley 9 del Digesto, *De custodia et exhibitione reorum* (**De la custodia y presentación del reo**), resulta proclive a la idea de que los soldados que cometiesen cualquier delito, debería ser remitidos, a quien los tuviese bajo sus órdenes para ser juzgados. En fin, a pesar de lo anterior, cabe mencionar dos constituciones que nos parecen ser decisivas: La primera, es la Constitución 6, del Código Jurisdictione III, que dispone: *Constet militarem reum, nisi a suo iudice, nec exhiberi posse, nec, si in culpa fuerit coerci* (**Está establecido que el reo militar sino se encuentra al lado de su juez, y no pueden mostrarlo, sin culpa puede ser contenido para no huir**). Lo anterior significa, que si el militar delincuente no podía ser entregado inmediatamente al juez marcial competente, por el lugar en donde hubiese cometido el delito; sin responsabilidad alguna para la autoridad civil, debería ser detenido para evitar su fuga.

En cuanto a la segunda, esta prescribe: El Presidente de la provincia de hecho, arresta a los militares que se reconocen culpables de delitos de derecho común y los envía para que comparezcan ante los magistrados militares, *vel propter cause meritum, vel etam personae qualitum* (**como resultado del servicio, y también por la cualidad de la persona**).

---

\* Rescripto.— Respuesta por escrito emitida por los emperadores romanos resolviendo alguna consulta o suplica que se les formulaba.

\*\*Originalmente en Roma, solo los individuos considerados como ciudadanos, podían ser militares.

Otro derecho que también tiene el militar en servicio activo, es que solamente resulta justiciable de un tribunal militar; además, tendría derecho a no apartarse de su servicio para asistir como testigo, excepto cuando sea citado por los jueces militares.

## BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

Pradier-Fodéré M.P.: *Commentaire sur la Code de Justice Militaire*. Librairie Militaire de J. Dumaine. París, 1873.

Zavala, Manuel, Ignacio Serrano y Luis de la Piedra. – *Código de Justicia Militar del Ejército francés*, traducido al castellano de orden de S.M. Maximiliano I.: Imprenta de A Boix a cargo de Miguel Zornoza, México, 1864.

*El Digesto de Justiniano: Tomo III. Versión Castellana*. Varios autores. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1975.

Mommsen, Teodoro: *Compendio de Derecho Público Romano*. Primera edición Argentina. Editorial Impulso. Buenos Aires, 1942.

*Diccionario Manual Amador: Francés-Español y Español-Francés*. Editorial Ramón Sopena, Barcelona, 1978.

Millares Carlo, Agustín: *Introducción al Estudio de la Lengua Latina*. Delfín. México, 1944.

Navarro B. Bernabé: *Manual de Traducción Latina* – Imprenta Universitaria. México, 1953.

---

El texto anteriormente transcrito por Pradier-Fodéré, en su obra *Comentarios (...)*, aparece como pie de página, en las numeradas como VI y VII de los Antecedentes históricos, y corresponde al trabajo de M. Ory: *Recrutement et la condition juridique des militaires á Rome, dans l'ancien Droit et le Droit moderne française et étranger*. París, 1873. p.178 y sigs.

# **ESTATUTO LEGAL DE LOS DESTACAMENTOS MILITARES DE LAS ISLAS Y PEÑONES DE MELILLA: ALHUCEMAS, VÉLEZ DE LA GOMERA Y CHAFARINAS**

JOSE ANTONIO PALAU CUEVAS  
*Comandante Auditor*

## *SUMARIO*

I. Introducción. II. Historia de los destacamentos militares. 1. Peñón de Vélez de la Gomera. 2. Peñón de Alhucemas. 3. Islas Chafarinas. III. Bases Jurídicas de la soberanía sobre los destacamentos militares. 1. Tratados Internacionales que reconocen la españolidad de los Peñones. 2. Regulación interna de los territorios norteafricanos. IV. Problemática planteada sobre las islas y peñones. 1. Reivindicaciones marroquíes de soberanía. 2. Aguas Jurisdiccionales. 3. Actuación administrativa. 4. Competencia Territorial Jurisdiccional.

## I. INTRODUCCIÓN

Si hiciéramos una encuesta en diversos foros respecto a la localización geográfica en nuestro país de islas como El Hierro, La Palma o Fuerteventura, rápidamente las situaríamos en el archipiélago canario. Si hiciéramos lo mismo respecto a Ibiza o Formentera las localizaríamos en el archipiélago balear y en ambos casos las adscribiríamos administrativamente a dichas Comunidades Autónomas.

Sin embargo, si preguntamos por el archipiélago de las Chafarinas, Isla de Alhucemas o Peñón de Vélez de la Gomera, a duras penas las situa-

ríamos en la costa africana tras recordar tristes episodios bélicos de la presencia española en el Norte de África.

Tras la firma el 7 de abril de 1906 en Algeciras del Acta General de la Conferencia Internacional de igual nombre, entre las potencias europeas, se produce el reparto físico del territorio de Marruecos entre España y Francia, como consecuencia de la práctica división del continente africano entre las principales naciones europeas. A España le corresponde el Protectorado sobre las zonas más pobres y belicosas del reino de Marruecos, donde la autoridad de Su Majestad Xerifiana el Rey de Marruecos apenas podía llegar, esto es, el país de Yebala y el Rif, que para situarlos abarcan la costa norte de Marruecos en el área mediterránea y cubre la llamada meseta.

Esta zona apenas poblada por tribus divididas en Cábilas de carácter rural en las que los medios de vida estaban constituidos por una pobre agricultura estacional y el pastoreo, en el que la posición del hombre era la de hacer la guerra y preparar los campos para la siembra, labor que luego correspondía a la mujer, quien también efectuaba la recolección y se encargaba de la casa, el cuidado de los hijos y el pastoreo, aceptó la presencia española en cuanto a su interés convenía, rompiéndose desde siempre los pactos que entre ambos estados se suscribían.

No obstante, al margen del establecimiento del Protectorado administrativo español sobre estas regiones la enseña española ha ondeado sobre varios territorios que quedaban al margen del protectorado y que tras la independencia del Reino de Marruecos bajo la dinastía alauita que hoy reina, en el año 1956, continuaron sujetos a la soberanía española: Sahara español, Santa Cruz de Berbería, más conocido por Sidi Ifni, Ceuta, Melilla y las islas del Perejil, Peñón de Vélez de la Gomera, Isla de Alhucemas y las islas de Mar y de Tierra y por último los tres islotes comprensivos del llamado archipiélago de Chafarinas.

El objeto de nuestro estudio es el estatuto legal de estos tres últimos, es decir, Vélez, Alhucemas y Chafarinas, en los que existe una continuada presencia militar española, adscrita fundamentalmente a tropas del Grupo de Fuerzas Regulares de Melilla, siendo ésta, la unidad más condecorada del Ejército español y que originariamente surgió como fuerza de choque integrada por mandos «europeos» y tropa indígena, si bien hoy día la forman únicamente nacionales españoles.

Para situar estas tres posiciones en el mapa diríamos que de oeste a este la primera de ellas es el Peñón de Vélez de la Gomera; se trata de un islote pequeño y rocoso, llamado también isla de San Antonio, situado en la costa del Rif entre Ceuta y Alhucemas. Consiste en un peñasco de 85m.

de altura en su parte más alta (La Corona), 250 m. de largo y 100 m. de ancho. Unido a la roca por un istmo bajo las aguas, está la isleta con unas dimensiones de 100 m. de largo y 40 m. de ancho.

El conjunto es muy parecido a una sartén, en el que la Isleta sería el mango. Siempre ha sido una isla hasta el año 1.934 en que quedó unido al continente por una lengua de arena de unos 80 m.

El Peñón se encuentra dominado por dos montes de la costa, «El Ceutil» y «El Baba», entre los que discurre el río Támeda (Bades).

La curiosa frontera que separa los dos estados lo constituye una cuerda fijada por militares españoles en la mitad de la citada lengua de arena.

La isla de Alhucemas, está en la desembocadura del río Nekor. En la bahía de su nombre, a unos 1.000 metros de la costa de Beni-Urriaguel, y situado en los 35' y 17' de Latitud Norte y 0°, 11' y 12» Longitud Oeste, del Meridiano de Madrid, se levanta el Peñón de Alhucemas, que tiene 170 metros de largo y 86 de anchura máxima, pudiéndose circunscribirse su perímetro, que es de unos 480 metros en una semicircunferencia de 80 de radio, Su altitud es de 15 metros.

Por último, las islas Chafarinas se encuentran a una distancia de veintisiete millas de Melilla y a dos millas del puerto de Cabo de Agua, apenas a una decena de kilómetros de la frontera entre Marruecos y Argelia. Situadas en el meridiano de Almería, al este de Melilla, se trata de islas de origen volcánico, que reciben los nombres de CONGRESO, ISABEL II y el REY. La isla de Isabel II es la única habitada. La isla del Rey situada en la parte oriental sirve de emplazamiento a su cementerio, mandado construir por el gobernador de las islas, Teniente Coronel D. Enrique Barraca Castro, quien a la sazón fue su primer morador en diciembre de 1897.

La historia de los destacamentos es resumen de la historia de la presencia española en el norte de Africa, salpicada por innumerables hechos de armas, en los que la presión de la población autóctona en rebeldía a punto estuvo de terminar con la españolidad de estos territorios recuperados a base de sangre y sufrimiento.

## II. HISTORIA DE LOS DESTACAMENTOS MILITARES

### 1. EL PEÑÓN DE VELEZ DE LA GOMERA.

Encontramos en la documentación de la Sección Cuarta del Estado Mayor de la Comandancia General de Melilla, un estudio histórico de las posesiones. Según éste, con la conquista de Granada en 1.492 y la expul-

sión de los moriscos en 1.501, los árabes salieron de la Península y se asentaron principalmente en los reinos de Fez y Tremecén (Argelia). Los moros se organizaron en la costa de África formando nidos de corsarios desde los que asolaban las costas Españolas. Los más importantes de estos puntos eran Argel, Orán, Bades y Río Martín.

Como consecuencia de ello, los Reyes Católicos optaron por conquistar puntos claves en la costa vecina y obedeciendo a esta política se ocupó Melilla (1.497) y Cazaza (1.505) entre otros. El puerto de Cazaza, situado apenas a una decena de kilómetros de Melilla, del que hoy en día apenas si quedan unas ruinas que recuerdan su actividad comercial y un marcado, fue el primer punto africano tocado por el rey Boabdil en su retirada de la Península Ibérica, siendo destacamento español hasta 1530.

En esta misma política de seguridad previa a la conquista de Orán, el Rey Fernando ordenó la conquista del Peñón de Vélez. La Armada se presentó frente al Peñón y la guarnición mora allí establecida pensó que el objetivo era la toma de la ciudad de Vélez (6.000 habitantes) y se retiraron a tierra firme refugiándose en la ciudad, con lo que se ocupa el Peñón el 23 de Julio de 1.508.

La toma del Peñón produjo malestar en Portugal ya que este país tenía una bula concedida por el Papa Alejandro VI (1.494) en la que solo Portugal podía conquistar en el reino de Fez y España en el de Tremecén; considerándose la divisoria de ambos reinos moros el río Muluya. Este tema quedó zanjado en el Tratado de Cintra por el que Portugal conquistaría el Oeste de Ceuta, salvo Santa Cruz de Mar Pequeña (Ifni) y España lo haría al Este de Ceuta. El 20 de diciembre de 1522, después de muchos intentos, los moros, consiguen apoderarse de la Plaza y pasan a cuchillo a toda la guarnición.

Con dos intentos fallidos por parte de los españoles, en 1525 y 1563 por reconquistar el peñón, los moros se prodigaron en sus piraterías y consideraban al Peñón inexpugnable.

En 1.564, Felipe II ordena a D. García de Toledo la conquista del Peñón, quien esta vez conseguiría recuperar la Plaza en dicho año. Para ello contó con una armada compuesta por 93 galeras y 60 buques menores en los que zarparon 6.000 españoles, 2.000 alemanes y 1.200 italianos. Estas tropas pertenecían a España, al Papa, a Malta y a Toscana, congregados en una guerra contra los infieles.

Una vez fortificado y artillado el Peñón se construyó el Fuerte de Tierra en el Continente y que servía de avanzadilla y aseguraba el suministro de agua, leña y verduras (posteriormente, se perdería en 1.702), se destruyeron aquellas obras desde las que se podía hostigar al Peñón, se derrum-



baron los muros de la ciudad de Bades y se nombró alcaide del Peñón al Capitán D. Diego Pérez Arnalte componiendo la guarnición 400 soldados, 100 gastadores, 4 marineros y las mujeres que fueran menester.

Por su parte, los moros abandonaron la ciudad y se internaron en el Rif, aunque los ataques y hostigamientos al Peñón siempre fueron frecuentes.

Una vez que la piratería había dejado de ser el problema principal, se fue convirtiendo el Peñón en penal o presidio. A él iban tanto penados comunes como desterrados y presos políticos, siendo estos dos últimos grupos de una valiosa ayuda a la hora de hacer frente a los ataques de los moros.

La población penal hubo épocas en que era superior a la guarnición, compuesta por unos 400, soldados.

No obstante la tradicional denominación de Presidios que se dio a estos territorios en nada tiene que ver con el concepto vulgar de presidio, concepto que si ha sido utilizado por Marruecos en su reivindicación de los territorios.

Presidio se denominaba a la guarniciones fronterizas y podríamos equipararlo al concepto de fortaleza, sin perjuicio que en diferentes momentos de la historia de España los tres territorios fueran utilizados por su separación material de la Península como prisiones, sobre todo para presos políticos, quienes en caso de ataques participaban en la defensa de los territorios.

La vida en el Peñón siempre se ha caracterizado por su dureza y privación. El suministro se hacía desde Málaga y unas veces debido a los temporales y otras al abandono de las autoridades de la Península o no llegaba o era insuficiente. Según las épocas había comercio con el campo moro, pero el abastecimiento siempre era dirigido y controlado por el alcaide.

En 1.662, por ejemplo, se autorizan a los penados y confinados a pasarse al enemigo por falta de alimentos. Y en 1.810, siendo alcaide D. Gregorio Donayre, no es que se autoriza, es que se impone el pase al campo moro de todos los desterrados y presidiarios del Peñón, también por falta de alimentos.

La Plaza sufrió siempre toda clase de penurias y calamidades entre las que hay que destacar: asedios (1.680, 1.682, 1.687, 1.702, 1.775); epidemias de peste (1.743, 1.744), de escorbuto (1.799) y fiebre amarilla (1.821), terremotos (1.800 y 1.801). Y proyectos de abandono de presidio menores (1.764, 1.801, 1.810, 1.820, 1.846, y 1.872) en los que incluso se contemplaba la idea de volar el Peñón de Vélez.

En cuanto a la población, convivían allí la guarnición militar, la guarnición reclusa y el estamento civil. Existía una Junta de Arbitrios (civiles

y militares) de la que el presidente era el Comandante Militar. Disponían también de escuelas, telégrafos y correos, hospital militar, iglesia, etc.

Cuando se estableció el Protectorado, los habitantes civiles se fueron a Villa Sanjurjo y con la independencia de Marruecos pasaron a Ceuta o Melilla, quedando desde entonces ocupado el Peñón por una pequeña guarnición militar.

## 2. LA ISLA DE ALHUCEMAS

D. Enrique Arqués ha estudiado la historia de los tres peñones y respecto al de Alhucemas nos manifiesta como su conquista se debe también a los deseos de la corona española con acabar con el corso<sup>1</sup>. Para terminar con las incursiones de los piratas que en todo tiempo tenían en Alhucemas su base y albergue, fue tomada la Isla por la gente de desembarco de una reducida escuadra mandada por el Príncipe de Montesacro. Desde esta ocupación (28 de Agosto de 1.673), ha pertenecido siempre a España, sufriendo casi continuamente la actividad rifeña, que se hizo más violenta a partir del derrumbamiento de la Comandancia General de Melilla (1.921) y expugnación de la línea francesa del Uarga (1.924-1.925), por contar entonces los cabileños con no escaso material de guerra moderno.

Los árabes llamaron al Peñón —XAXARA EN NESER— y posteriormente —BEFEMA—.

Pero lo cierto es que en árabe, a la Bahía de Alhucemas le llamaban —MARSA EL NECOR—, que quiere decir —BAHIA NECOR—, debido al río de este nombre cuya desembocadura la tiene en la Bahía.

La población del Peñón que llegó a contar con cerca de 350 habitantes (se dice que incluso 1.000 personas) incluida la guarnición, realizaba un activo intercambio con la costa vecina y, procedente de ella, exportaba en no despreciable cantidad; pieles, cera virgen, huevos, almendras, pasas, etc. y recibían de Melilla o de la Península; aceite, bujías, arroz, tabaco, té, azúcar y tejidos. Artículos que eran ventajosamente vendidos a los rifeños.

Las islas de mar y tierra, situadas al S.O. del Peñón y a una distancia de él a 800 y 900 metros respectivamente, están deshabitadas, habiendo sido la primera en tiempos no lejanos, cementerio del presidio. En varias ocasiones, el gobierno español acarició la idea de abandonar el Peñón,

---

(1) Enrique Arqués. Las Adelantadas de España. Las plazas españolas del litoral africano del mediterráneo. CSIC. 1966. Madrid.

puesto que la única misión que desempeñaba era la de presidio, y sus guarniciones, eran caras, perjudiciales y daban conflictos. Ciertamente es que la guarnición se sublevó en el 1.838. Los confinados políticos se sublevaron a favor del pretendiente D. Carlos y arrastrando parte de la guarnición, embarcaron 280 hombres en dos buques mercantes que estaban al ancla en la Bahía, siendo apresados en Orán por los franceses. El Peñón ha soportado distintos asedios, sobresaltos y angustias. Desde entonces a hoy unas veces ha estado guardada y otras guarnecida por fracciones de las distintas Unidades del Norte de África.

### 3. LAS ISLAS CHAFARINAS

Tal y como nos decía el cronista oficial de Melilla D. Rafael Fernández de Castro y Pedrera (2), en el primer centenario de la ocupación de las islas, estos tres peñones fueron muy estimados por los marinos que cruzaban el litoral norteafricano, toda vez que servían de refugio cuando el viento dificultaba la navegación, facilidades que no escaparon a la guarnición de Melilla, motivo por el cual se hicieron diversos reconocimientos para su conquista.

Parece ser que el primer reconocimiento de las islas, lo practicó en 1.735 el buque español «San Fernando» con base en el puerto español de Orán (Argelia), apreciando en ellas unas buenas condiciones de refugio de embarcaciones durante los temporales de Levante. Posteriormente en 1773, se levantó por Vicente Dolz el primer plano topográfico de las islas.

Durante el asedio a la plaza de Melilla de 1774, las escuadras españolas utilizaron ese refugio para protegerse de los temporales. España, embebida en una época turbulenta, no prestó atención al archipiélago.

A partir de 1.830, los ojos de muchos navegantes extranjeros se fijaron en los tres peñones y con motivo de la intensa acción francesa en Argel y su desplazamiento hacia la frontera del Muluya, España tuvo miedo de perder el apoyo que prestaban las islas a la navegación entre Melilla y la Península y, fue el motivo de que un brigadier de Ingenieros D. Miguel Santillán, practicara en ellas un detenido reconocimiento para estudiar su ocupación y artillado, en 1.845.

Durante un Consejo de Ministros celebrado en Madrid el 26 de junio de 1.847, se acordó la ocupación de Chafarinas y guarnecerlas con un

---

(2) Primer centenario de la ocupación de Chafarinas. Rafael Fernandez de Castro y Pedrera. Revista Africa. CSIC.1947.

fuerte destacamento, siendo encargado de esta misión el entonces Capitán General de Granada D. Francisco Serrano Domínguez. Se prepararon en Málaga los transportes «Carmen», «S. Joseph», «Carmelita» y «Tomás», que habrían de conducir 550 soldados pertenecientes a los Batallones de África y Navarra, 8 piezas de artillería, tren de fortificación y obreros especializados de ingenieros. Previamente se habría practicado con disimulo un último reconocimiento de las islas por orden del Comandante Militar de Melilla, quien simulando un viaje de recreo estudió la isla central donde debía instalarse la guarnición.

El día 4 de enero de 1848 salió la expedición para Melilla, donde fue recibido con todos los honores. En la tarde del 5 embarcaron las tropas en las embarcaciones que hacían el servicio de correos en las Plazas Menores.

Se organizó el convoy bajo la dirección del vapor «VULCANO», de la Armada. Poco después de iniciado el desembarco bajó a tierra el General Serrano, enarbolando la Bandera Española, para tomar posesión del archipiélago con las palabras de ritual, disparándose a continuación los 21 cañonazos de ordenanza.

Aunque el aparato de la ocupación, realizada felizmente sin tropiezos, alarmó a los moros de la costa próxima, cuya actitud en un principio, obligó a reforzar los puestos de vigilancia de la Plaza de Melilla, no llegó a producirse ninguna agresión. El 14 de Enero regresó Serrano a Melilla y, pocos días después, a Málaga, dejando el destacamento instalado y en condiciones de vida y defensa.

Las obras de fortificación se mejoraron con posterioridad, como igualmente los alojamientos, habiéndolo invertido una gran cantidad el Ministerio de Defensa en remodelar la zona de vida de las mismas a lo largo de los últimos años noventa estando actualmente como queda en las fotos anexas a este estudio.

Hoy cuentan las islas Chafarinas con una reducida guarnición del Grupo de Regulares de Melilla y población civil, en ocasiones, (biólogos) en la isla central y un cementerio en la del Rey.

La ocupación puede calificarse de muy oportuna por el hecho de que, poco después de ondear en la isla de Isabel II la Bandera Española, se acercó a ella, una escuadra francesa al mando del almirante Mucchez, que se suponía tenía orden de desembarcar en el archipiélago, y que, al encontrárselas ya guarnecidas por nuestros soldados, se volvió a Orán, aceptando el hecho consumado.

En 1855 se realizaron los estudios para unir la Isla de Isabel II y la del Rey por medio de una escollera y cuando se creía que se iban a iniciar los

trabajos llegó la propuesta de abandono que no prosperó debido a las reticencias de varios departamentos ministeriales, al igual que en 1.861 se trató de desguarnecer el Peñón de Vélez.

La importancia de las Islas Chafarinas es básica hasta los primeros años del siglo XX, en los que se construye el puerto de Melilla, toda vez que hasta dichas fechas, no existía otro fondeadero de dichas características en toda la costa oriental de Marruecos, a disposición de las necesidades españolas.

Si bien para España ha perdido gran parte de su importancia, no así para Marruecos que solo posee dos puertos de dichas características en el litoral mediterráneo, Alhucemas y Beni Enzar en la frontera con Melilla.

### III. BASES JURÍDICAS DE LA SOBERANÍA SOBRE LOS DESTACAMENTOS MILITARES

Tras la mención histórica sobre el porqué de la españolidad de los tres destacamentos debemos centrarnos ahora en la justificación que actualmente somete los mismos a la soberanía de nuestra Nación. En primer lugar debemos basarnos en el Derecho Internacional.

#### 1. TRATADOS INTERNACIONALES QUE RECONOCEN LA ESPAÑOLIDAD DE LOS PEÑONES.

En ninguna norma interna vigente se recoge la consideración de territorio nacional de las Islas y Peñones mencionados.

Para ello es preciso remontarse a los Tratados firmados entre España y el Sultán de Marruecos entre los Siglos XVIII y XIX, en los que se mencionan los destacamentos de Vélez de la Gomera y Alhucemas.

Como manifiesta el Dr. REMIRO BROTONS (3) el Gobierno Español ha sostenido que los peñones de Vélez de la Gomera y de Alhucemas, forman parte de España desde su misma constitución como Estado, antes de la existencia de Marruecos como entidad política y las Islas Chafarinas, fueron ocupadas en 1847, cuando se encontraban abandonadas y des pobladas, siendo el ejercicio de la soberanía sobre esos territorios permanen-

---

(3) Antonio Remiro Brotons. Derecho Internacional Público: 1. Principios Fundamentales. Ed. Tecnos. 1983. Madrid

te y efectivo y lo que es más importante reconocido por los diversos Tratados firmados por España y Marruecos.

Los Tratados fundamentales suscritos entre ambos reinos a los que hace referencia el Doctor REMIRO y cuyo articulado hemos obtenido en Datos para la Historia de Melilla (1497-1997) y reunidos por el encargado del Archivo Histórico de Melilla D. Vicente Moga (4) son los siguientes, pese a que el Doctor Remiro omite dos de ellos a los que nosotros sí hacemos referencia y que son el de 25 de agosto de 1844 y el Convenio de Larache de 6 de mayo de 1845:

1. Tratado de Paz y Comercio firmado en Marraquesch el 28 de mayo de 1767. En el artículo 15 del mismo se establece que «Todo cristiano o renegado que se refugie en los presidios o a bordo de los navíos o embarcaciones de S.M.C., queda libre; así como todo mahometano o renegado que en los puertos de España se refugie en las embarcaciones de guerra de S.M.I.»

Aparecen ya las primeras menciones a los Presidios, denominación originaria que se dio a las posesiones del Norte de Africa, incluidos los dos citados peñones.

En el artículo 19 del mismo Tratado se prohíbe la ampliación de los límites de los cuatro presidios (Ceuta, Vélez, Alhucemas y Melilla) pues «desde el tiempo que se tomaron, fijaron sus límites SS.MM.II. por dictamen de sus Taleb y Sabios, y juraron no alterarlos, cuyo juramento han practicado y practican todos los emperadores, y es causa que S.M.I. no pueda concederlo, sin embargo que su real ánimo quisiera extenderse mucho más».

2. Tratado de Paz, Amistad, navegación, Comercio y Pesca, firmado en Mequinez el 1 de marzo de 1799. Dicho Tratado viene a ratificar el anteriormente citado y otros dos que, relativos al comercio mercante, no afectaban a las posesiones españolas.

En el artículo 14 del mismo se señala que «Los vasallos de S.M.C. que deserten de los presidios de Ceuta, Peñón, Melilla y Alhucemas, serán conducidos desde luego que lleguen a territorio de Marruecos a presencia del Cónsul General, quedando a disposición de éste... Pero, si puestos ante dicho Cónsul, dijese o insistiese en abrazar el mahometanismo, entonces los recogerá el Gobierno marroquí». El artículo 15 nuevamente viene a hacer referencia a la ampliación de los límites, necesidad planteada por España por motivos de seguridad y autoabastecimiento de los citados presidios, así referente a los peñones el citado artículo manifiesta: «Al paso

---

(4) Vicente Moga Romero y otros. Datos para la historia de Melilla (1497-1997) Volumen II. UNED. Melilla.1992

que ha habido la mejor armonía entre dicha plaza (Ceuta) y los moros fronterizos, es bien notorio cuan inquietos y molestos son los de Melilla, Alhucemas y el Peñón, que a pesar de las órdenes de S.M. marroquí no han dejado de incomodarlas continuamente...queda acordado por este nuevo tratado que las fortalezas españolas usen del cañón y del mortero...pues la experiencia ha demostrado que no basta el fuego del fusil para escarmentar dicha clase de gentes». El artículo 25 recoge nuevamente el derecho de asilo que correspondía a «los esclavos cristianos de cualquier potencia que se refugien en Ceuta, Melilla, Peñón y Alhucemas».

3. El 25 de agosto de 1844 se firma el Acuerdo satisfaciendo varias reclamaciones entre el Gobierno Español y el Rey de Marruecos, en el que por el Rey de Marruecos se considera a la población rifeña «hombres sin ley que deben mirarse muchas veces mucho menos que súbditos comunes, como bandidos salvajes, que están fuera del dominio de la Ley y no sujetos actualmente a su autoridad.

4. El Convenio de Larache de 6 de mayo de 1845, nuevamente viene en su artículo 2 a regular el problema fronterizo y manifiesta: «El Sultán de Marruecos dará sus órdenes y prevendrá eficazmente a los moros fronterizos de Melilla, Alhucemas y Peñón de la Gomera a conducirse como corresponde con los habitantes de dichas plazas y con los buques que se aproximen a sus costas».

5. Convenio ampliando los términos jurisdiccionales de Melilla y pactando la adopción de las medidas de seguridad necesarias para la seguridad de los presidios españoles en la costa de Africa, firmado en Tetuán el 24 de agosto de 1859.

En su artículo 6 se preservaba la seguridad de los peñones para lo que el rey de Marruecos dispondría el establecimiento de «un Caid con las tropas suficientes, a fin de hacer respetar los derechos de España» Finalizaba el Convenio manifestando que las tropas a destacar en las proximidades tanto de Melilla como de los Peñones, serían del ejército marroquí «sin que pueda encomendarse este encargo ni a jefes ni a tropas del Rif.»

6. Tratado de Paz y Amistad, firmado en Tetuán el 26 de abril de 1860, que confirma las cesiones territoriales de ampliación del territorio de Melilla y confirma las garantías privilegios y guardias moras del Rey a favor del Peñón de Vélez y Alhucemas, tal y como manifestaba el artículo 6 del Convenio citado.

Estos son los textos que a nivel internacional reconocen la españolidad de los tres destacamentos militares citados. Junto a ellos otros textos establecen la españolidad de Ceuta y Melilla pero exceden al presupuesto de este estudio. Además de ello es importante hacer referencia a las resolu-

ciones de Naciones Unidas en materia de descolonización y a las reivindicaciones marroquíes en la materia.

## 2. REGULACION INTERNA DE LOS TERRITORIOS NORTEAFRICANOS.

Hemos visto hasta este momento la regulación sobre las islas y Peñones, en el ámbito internacional así como su problemática reivindicatoria conforme a los dictados de la resolución 1514 y 1541 de Naciones Unidas. Ahora bien, ¿cuál es el carácter que la regulación española ha dado a los territorios norteafricanos?.

Respecto de la regulación de las islas y peñones hay que decir que sobre ellos ha predominado el régimen castrense. Dicha situación se mantuvo hasta la promulgación de la Ley Provincial de 1882, en que los dos peñones y las islas Chafarinas, junto con Melilla, pasaron a integrarse en la provincia de Málaga.

A partir de 1912 y con la instauración del Protectorado, por los avatares militares de la época, pasaron a depender del Alto Comisario en Marruecos, autoridad que, si bien solía recaer en un militar en activo dependía administrativamente del Ministro de Estado.

Dicho Alto Comisario actuó con una cierta indefinición administrativa hasta 1927, en que producida la pacificación por Ley de 31 de octubre de 1927, se creó una circunscripción única en la que el Alto Comisario tenía las funciones de Gobernador Civil de los territorios. Normalmente la figura del Alto Comisario fue utilizada por éstos para ejercer su jurisdicción y toma de decisiones sobre las dos autoridades militares máximas del Protectorado que eran los Comandantes Generales de Ceuta y Melilla, si bien durante los años anteriores al desastre de 1921 la figura de Comandante General de Ceuta y Alto Comisario recayó en la misma persona por cuanto el Alto Comisario tenía su residencia en Tetuán.

La Ley de 17 de mayo de 1952, por la que se regulaba el régimen jurídico de las Corporaciones Locales, preveía la constitución en los destacamentos de corporaciones locales.

Esta situación venía determinada por el hecho de la existencia de población civil en dichos destacamentos. Así en el censo de 1960:

### VÉLEZ DE LA GOMERA

Población de derecho: 39 habitantes.

Población de hecho: 152 habitantes.



## ALHUCEMAS

Población de derecho: 20 habitantes.

Población de hecho: 139 habitantes.

## ISLAS CHAFARINAS

Población de derecho: 90 habitantes.

Población de hecho: 239 habitantes.

La diferencia entre una y otras cifras como manifiesta el Doctor García Flórez (5), se debe a que en la población de hecho se incluía la guarnición militar.

Si bien esta situación se produce a partir de la pacificación y la fundación a primeros de los años treinta de la ciudad de Villa Sanjurjo (Alhucemas) que despobló el peñón de alhucemas y Torres de Alcalá que hoy mantiene pese a la independencia dicha denominación y que despobló el cercano peñón de Vélez.

Anteriormente a dicha situación según autores, la población de los peñones estuvo entre las trescientas y las quinientas personas y la de las Islas Chafarinas llegó a las tres mil quinientas. Población que conociendo las condiciones de vida existente es a todas luces desproporcionada.

La Ley de 22 de diciembre de 1955 sobre régimen económico y financiero de Ceuta y Melilla proclama en su base primera la «soberanía y nacionalidad plena e inalienable de estos territorios y sus dependencias». Según su base tercera serán a efectos aduaneros puertos francos.

En el Decreto de 21 de marzo de 1958 se ampliaban las disposiciones relativas a la limitación de adquisición de propiedades por extranjeros en Vélez de la Gomera, Alhucemas y Chafarinas.

El Decreto nº 487, de 25 de febrero de 1965 divide el litoral español en provincias y distritos marítimos, incluyendo el litoral de las islas y peñones en la región sur mediterránea: «el litoral de los territorios de soberanía correspondientes a ... Islas Chafarinas, Peñones de Vélez de la Gomera y Alhucemas». Este Decreto venía a sustituir al Decreto de 22 de marzo de 1946 dictado por el Ministerio de Marina y al Dahir de 25 de abril de 1946, dictado por la Administración Pública del Protectorado, en el que se hacía la división del litoral de dicho Protectorado en Intervenciones y distritos militares de Marina.

---

(5) Dionisio García Flórez. Ceuta y Melilla: Cuestión de estado. Ciudad Autónoma de Melilla. Ciudad Autónoma de Ceuta. 1999.

El Decreto de 1965 fue sufriendo diversas modificaciones, por Decreto de 14 de diciembre de 1973 y por Real Decreto de 3 de mayo de 1977 y 4 de noviembre de 1988, pero que no han afectado al litoral de las Islas y Peñones. En particular, en el Decreto de 1973 se recoge como integrantes de la provincia marítima de Melilla, el litoral de Melilla, así como el de los peñones de Vélez de la Gomera, Alhucemas y Chafarinas. Dicho Decreto debe ser puesto en consonancia con la Ley 10/1977 de 4 de enero de Reglamentación española sobre su mar territorial.

La Constitución española de 1978, en su artículo 69, señala que el Senado es la Cámara de representación territorial. En su número 3 hace referencia a la representación de las provincias insulares y en el número 4 a las poblaciones de Ceuta y Melilla. Así pues, no se hace mención alguna a las Islas y peñones de soberanía, toda vez que en las mismas no existe censo de población y más aun actualmente no hay población permanente en las mismas ni civiles ni militares.

El artículo 137 de la misma Carta señala que el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y las Comunidades Autónomas que se constituyan.

El artículo 141.4 señala que en los archipiélagos las Islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos o Consejos.

Ninguno de estos principios es aplicable a los territorios objeto de nuestro estudio.

¿Quiere esto decir que se encuentran fuera de la Constitución?.

Parece que no por cuanto el artículo 8 de la misma establece como una de las misiones de las Fuerzas Armadas el defender la integridad territorial del Estado, artículo que se debe poner en relación con el Capítulo III del Título III «De los Tratados Internacionales», y en particular, el artículo 96, según el cual «Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.

La disposición transitoria Quinta de la Constitución española establece que las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán constituirse en Comunidades Autónomas si así lo deciden sus respectivos ayuntamientos, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros y si así lo autorizan las Cortes Generales, mediante una ley orgánica en los términos previstos en el artículo 144.

Como consecuencia de ello a partir de mediados de los años 80, se empezaron a esbozar proyectos de estatuto de autonomía para ambas ciudades. En el proyecto de ley de estatuto de autonomía de Ceuta se establecía que: «el territorio de la Ciudad de Ceuta, es junto con el Peñón de

Vélez de la Gomera y la isla del Perejil, el comprendido en la delimitación actual de su territorio municipal».

En el proyecto de estatuto de autonomía de Melilla en su artículo 3.1 se establecía como ámbito de aplicación: «se extiende el territorio de la Comunidad al peñón de Alhucemas, al peñón de Vélez de la Gomera y al archipiélago de las Chafarinas, formado por las islas del Congreso, de Isabel II y del Rey Francisco».

No obstante ello ni en el estatuto de Autonomía de la Ciudad de Ceuta, aprobado por Ley Orgánica 1/1995, ni en el estatuto de autonomía de la Ciudad de Melilla, aprobado por Ley Orgánica 2/1995, se incluyen los territorios de soberanía. Así en el artículo 2 de ambos Estatutos se establece que el territorio de la Ciudad de Ceuta y Melilla es el comprendido en la delimitación actual de su territorio municipal, que en el caso de Melilla es el concertado en el Tratado de 1859 ampliado en 1862 con Marruecos, por lo cual los territorios de soberanía han quedado fuera de la organización territorial del estado español, no pudiendo considerarse como inclusión las referencias que a ellos se hacen en las delimitaciones marítimas o en algún Real Decreto que más adelante citaremos respecto a Medio Ambiente.

Curiosamente la única regulación que se hace de estas islas y peñones es la recogida por la organización militar a quien corresponde su defensa.

No por ello deben abrazarse las tesis abandonistas de los territorios de soberanía si nos ceñimos al artículo 2 de la Constitución en virtud del cual la propia Constitución se basa en la «indisoluble unidad de la Nación española».

No existen pues competencias municipales o autonómicas sobre dichos territorios, lo que se debería extender a la autoridad de los Delegados del Gobierno, como representantes del Gobierno en el Territorio de la Ciudad Autónoma de Melilla.

Así esta Institución viene regulada en el Capítulo II del Título II de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Según el artículo 22 de dicha norma corresponden a los Delegados del Gobierno las funciones de representación del Gobierno en el territorio de la Comunidad Autónoma y de coordinación entre los órganos territoriales de la Administración General.

En cumplimiento de la disposición final segunda de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, el Real Decreto 1330/1997, de 1 de agosto, procedió a la integración orgánica en las Delegaciones del Gobierno de los servicios

periféricos de los Ministerios de Fomento, Educación y Cultura, Industria y Energía, Agricultura, Pesca y Alimentación y Sanidad y Consumo, suprimiéndose simultáneamente las Direcciones Provinciales aún existentes en los citados Departamentos, por lo que expresamente se excluían de esta integración las Delegaciones de Defensa.

La disposición adicional primera de la citada norma excluye la organización militar y las Delegaciones de Defensa de la integración en la estructura periférica general del Estado como dependiente de las Delegaciones del Gobierno:

Disposición adicional primera. La organización militar y las Delegaciones de Defensa.

1. La organización militar se rige, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Orgánica 6/1980, reformada por la Ley Orgánica 1/1984, por su legislación peculiar.

2. Las Delegaciones de Defensa permanecerán integradas en el Ministerio de Defensa y se regirán por su normativa específica.

Como decíamos será la regulación militar la que vendrá a integrar en su organización el territorio de estos destacamentos. La Zona Militar de Melilla, abarca, además del término municipal de la ciudad, tres destacamentos militares de soberanía. Los citados destacamentos militares, están adscritos a la guarnición de Melilla, conforme al Real Decreto 1132/1997 de 11 de julio, por el que se Reestructura la organización militar del territorio nacional. Dicha norma en su artículo 3 establece:

Artículo 3. Zonas Militares.

Las Zonas Militares extrapeninsulares tendrán una denominación geográfica propia, quedando definidas como se expresa a continuación:

4. Zona Militar de Melilla, con Mando y Cuartel General en Melilla; comprende la Ciudad de Melilla, los peñones de Vélez de la Gomera y de Alhucemas y las islas Chafarinas.

No cabe duda sobre el carácter militar de estos destacamentos, al margen de que puedan albergar en su caso otros organismos, tal y como se recoge en la Instrucción 302/98 del Jefe de Estado Mayor del Ejército que en su Anexo B «Organización Territorial del Ejército», cataloga dichos Destacamentos como Acuartelamientos.

A mayor abundamiento el territorio comprensivo de las Islas y Peñones de soberanía dependientes de la Comandancia General de Melilla se encuentran inscritos en el Registro de la Propiedad de Melilla como Propiedad del Estado, obtenida por derecho de conquista afectos al Ramo Ejército, en el caso de las tres Islas comprensivas del Archipiélago de las Chafarinas y la Isla de Alhucemas, la Isla de Tierra y la Isla de Mar. Por

otro lado consta que el Peñón de Vélez de la Gomera está inscrito de igual manera en el Registro de la Propiedad de Ceuta.

Únicamente el Real Decreto 1115/82 de 17 de abril creó el Refugio nacional de Caza de las Islas Chafarinas, quedando delimitado en este refugio la totalidad del archipiélago.

#### IV. PROBLEMÁTICA PLANTEADA SOBRE LAS ISLAS Y PEÑONES.

##### 1. LA PROBLEMÁTICA DE LAS REIVINDICACIONES MARROQUÍES SOBRE LAS ISLAS Y PEÑONES.

Las reivindicaciones marroquíes sobre las posesiones españolas en el Norte de Africa siempre han ido unidas a situaciones desestabilizadoras en el interior de Marruecos. La reivindicación marroquí tiene su origen tal y como manifiesta Dionisio García Florez (6) en los postulados del Gran Magreb, elaborados en 1944 por Allal El Fassi, fundador del partido Istiqlal, según el cual Marruecos abarcaría parte de Mali, Mauritania, el Sahara, parte de Argelia y el actual Marruecos incluyendo los territorios españoles y asumidos por la corona alauita tras la independencia.

La declaración conjunta Hispano marroquí por la que se pone fin al Protectorado de España sobre Marruecos, el día 7 de abril de 1956 dice: «En consecuencia el Gobierno español reconoce la independencia de Marruecos...renueva la voluntad de respetar la unidad territorial del imperio que garantizan los tratados internacionales».

Esta última frase es en la que se basa España para no ceder los actuales territorios de soberanía, toda vez que los Tratados citados y suscritos por ambas naciones, reconocen la soberanía española sobre los mismos. Sin embargo el campo de actuación de las reivindicaciones marroquíes ha sido fundamentalmente el internacional hasta el llamado espíritu de Barajas, a partir del cual y ante las nulas expectativas, Marruecos comenzó a reivindicar las posesiones en el ámbito bilateral. A fuer de ser sinceros debemos manifestar que ni tan siquiera la postura española ha dejado de ser ambigua respecto a la españolidad de las islas y destacamentos.

En 1958 Naciones Unidas interesa de España la relación de territorios no autónomos, esto es, Colonias, a lo que España responde que no tiene

---

(6) Dionisio García Flórez. Obra citada.

ninguna mediante la conversión en provincias el 10 de enero de 1958, de las hasta entonces colonias de Ifni y Sahara, que se unían a la ya anterior provincia española de Río Muni y Fernando Poo.

El 24 de noviembre de 1959, ante la XIV Asamblea General de Naciones Unidas, entonces con posturas muy anticolonialistas, Marruecos reclama el entendimiento con España para la devolución de los territorios reclamados.

El 11 de noviembre de 1960, en la IV Comisión de Naciones Unidas, España reconoce que administra territorios no autónomos, incluyendo como tales a Ifni, Sahara y Guinea Ecuatorial, pero excluyendo Ceuta y Melilla, como pretendía el delegado marroquí. Votada una enmienda para incluir en la lista de territorios no autónomos a Ceuta, Melilla y las Islas canarias, fue desestimada, quedando excluidos los citados territorios de la resolución 1514 y de la 1541 de 14 y 15 de diciembre de 1960, que abren el proceso descolonizador.

Dicha resolución 1541 establecía cuales eran los requisitos para considerar un territorio como susceptible de ser considerado no autónomo o colonia: separación geográfica, diferencias étnicas y culturales, de carácter administrativo, político, jurídico, económico o histórico.

En 1961, el Rey Hassan II, en su intervención ante la Conferencia de Países No Alineados de Belgrado reclamó la «devolución» de los «enclaves españoles», para acallar las críticas en su país derivadas del levantamiento popular que con origen de su visita a la villa de Alhucemas, se produjo en la provincia rifeña.

El 31 de agosto de 1961, las últimas banderas de la legión que continuaban estacionadas en territorio marroquí se retiran a Ceuta y Melilla, lo que Marruecos consideró una provocación al estimar ambas ciudades como de su soberanía.

Asentada en su política exterior y asegurado su poder en el interior, la política del monarca alauita hacia Ceuta y Melilla sufre un giro de distensión.

A lo largo de los siguientes años, Marruecos propone la bilateralización del conflicto, sacándolo de los foros internacionales, llegando a ser propuesta por España la cesión de Ifni y las posesiones menores a cambio del reconocimiento marroquí de la soberanía española de Ceuta y Melilla.

Más tarde en plena crisis por el estado de salud del General Franco, el embajador de Marruecos ante Naciones Unidas solicitó el 30 de enero de 1975, mediante carta al Comité especial para la descolonización (Comité de los veinticuatro) la inclusión de Ceuta, Melilla, Velez, Alhucemas e Islas Chafarinas, entre la lista de Colonias objeto de descolonización, al igual que se debía considerar Gibraltar una colonia.

La reacción española fue dura y así, mediante carta del embajador ante Naciones Unidas al mismo comité, España manifiesta que las gestiones del gobierno marroquí «constituyen una tentativa destinada a quebrantar la unidad nacional e integridad territorial de España, e incompatibles, por tanto, con los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas».

La actitud de Marruecos no pretendía otra cosa que el abandono por España del Sahara como así se produjo y su partición entre Marruecos y Mauritania.

El resto de las posesiones han ido sufriendo reiteradas reclamaciones hasta nuestros días si bien la cuestión desde la diplomacia marroquí se ha equiparado a la situación del peñón de Gibraltar. La última de dichas reivindicaciones se ha producido hace unos meses en el marco del enfriamiento de las relaciones diplomáticas entre ambos países con la retirada del embajador marroquí y la creación de una oficina marroquí para la «recuperación de los territorios ocupados»

El planteamiento desde el punto de vista español es diferente, ya que los territorios mencionados no se consideran colonias por no cumplir los requisitos delimitados por Naciones Unidas para ser considerados como tal. Desde la óptica española como señala REMIRO BROTONS (7) el gobierno español sostiene que Ceuta, Melilla y los enclaves de Vélez y Alhucemas forman parte de España desde su constitución y antes de la existencia como tal del reino de Marruecos.

Por otro lado las Islas Chafarinas fueron ocupadas en 1847, cuando se encontraban desocupadas y abandonadas. A esto se añade el reconocimiento de la soberanía española que sobre dichas posesiones hacen los tratados bilaterales suscritos entre España y Marruecos a lo largo del siglo XVIII y XIX.

Para el Doctor REMIRO la existencia de esos tratados se basa en un sustrato microimperialista que ha tenido la política española en el Norte de Africa, toda vez que los mismos siempre han pretendido asegurar su defensa mediante la ampliación de sus territorios y la desmilitarización del campo circundante. Para el profesor citado la propia legislación española no ha compartido siempre el carácter nacional de estos territorios.

A mi juicio esta tesis es solo parcialmente cierta. Si analizamos los textos convencionales citados veremos que todos tienen fundamentalmente un componente comercial derivado del importante intercambio de mercancías que se producía entre España y Africa, desde donde se recibían las materias primas que a través de la ruta de Tombuctú a Erfoud cruzaban el

---

(7) Antonio Remiro Brotons. Obra citada.

desierto del Sahara y llegaban a España desde donde derivaban hacia Europa y a través de España se satisfacía el reino de Marruecos de los productos manufacturados que precisaba.

Dicho comercio que era fundamental para España, no tenía otra ruta de entrada que a través del Mediterráneo, toda vez que la ruta atlántica por el Tratado de Sintra estaba en manos de los portugueses que también dispusieron de diversas factorías en el Marruecos occidental como Mogador, (actualmente Essaouira) o El Jadida.

La necesidad del establecimiento de bases defensivas fue la única manera de luchar contra los corsarios berberiscos que durante siglos asolaron las costas españolas de Andalucía y Levante, siendo testigos mudos de ello las múltiples torres defensivas que jalonan la costa malagueña y almeriense. Es decir que el cariz imperialista solo podría reconocerse en España tras la Carta de Algeciras y el establecimiento del protectorado entre 1912 y 1956. De esa época guarda España probablemente más que otra cosa un resquemor hacia lo magrebí probablemente derivado del conflicto de 1921 con el derrumbamiento de la Comandancia General de Melilla y la muerte de una cifra nunca aclarada de militares españoles que se cifra según los autores entre ocho y veinte mil, martirizados en la desbandada producida tras la caída de Annual.

Tampoco podemos compartir el criterio sostenido por el Doctor Remiro de la expulsión de los territorios norte africanos de la población autóctona a lo largo del siglo XIX y su sustitución por comerciantes y funcionarios llegados de la península. Dejando de lado precisamente la situación de las islas y peñones, las ciudades de Ceuta y Melilla no sufrieron expulsiones en masa de ningún tipo de población por cuanto la población autóctona nunca residió en los territorios de las ciudades al no estar autorizados a ello y en particular la ciudad de Melilla, la antigua Rusadir se encontraba abandonada y en ruinas con la llegada del conquistador Pedro de Estopiñán el 17 de septiembre de 1497, siendo colonizada por población europea y no es sino a partir de la paz de 1896, tras la Guerra de Margallo, cuando la presión de la población obligó a salir de los recintos defensivos hacia el campo exterior pese a que desde 1859 se encontraban los lindes de la ciudad tal y como hoy existen.

Todo ello no ha impedido que en la actualidad aproximadamente el 30% de la población de ambas ciudades profese la religión musulmana.

Por otro lado en las islas y peñones la población siempre fue europea y conformada por los presidiarios, guarnición y comerciantes con sus familiares que negociaban con la costa adyacente.



¿Cuál es pues el fundamento de la españolidad de los destacamentos militares?. Indudablemente la soberanía de los mismos va íntimamente ligada a la del resto de las Plazas norteafricanas.

Tras la entrada de España en la Organización atlántica y el desmembramiento del bloque soviético la principal amenaza al mundo occidental procede precisamente de la inestabilidad del magreb y de los países árabes en general. A ello hay que unir la presión demográfica de los países africanos hacia Europa. En este contexto el mantenimiento de la soberanía de cualquier posesión en el Norte de África es vital para España.

En 1987 Marruecos propone a España la creación de una célula de reflexión como marco sobre el que resolver el conflicto planteado por Ceuta y Melilla.

Dicha célula fue rechazada por España y al contrario se iniciaron los proyectos para la concesión de estatuto de autonomía a Ceuta y Melilla. Marruecos consideraba que la concesión de estatuto de autonomía era un gesto inamistoso de España.

El 29 de septiembre de 1994, Marruecos ante la 49 Asamblea General de Naciones Unidas vuelve a reclamar la entrega de Ceuta y Melilla, pero pidiendo ahora un proceso similar al de Hong Kong y Macao.

## 2. AGUAS JURISDICCIONALES.

El principal problema planteado en torno a la españolidad de las islas y peñones es el de sus aguas jurisdiccionales, que ha dado lugar a no pocos incidentes entre patrulleras de la Armada marroquí y buques de bandera española, así como entre la Armada española y la marroquí.

Marruecos nunca ha reconocido mar territorial a Ceuta, Melilla y los tres destacamentos militares, pese al hecho de reconocer la soberanía española por los Tratados Internacionales ya citados, inclumpliendo taxativamente con ello la Convención de Naciones Unidas sobre el derecho del mar de 1982, firmada en Montego Bay. El motivo de ello son sus reclamaciones anexionistas, unida a la política tibia del gobierno español en la materia.

El artículo 2 de la citada Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, y que fue firmada por España y Marruecos junto con 133 estados más, señala que «La soberanía del estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores... a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial».

El artículo 3 de la misma Convención determina que la anchura del mar territorial tendrá «un límite que no exceda de doce millas marinas medidas a partir de las líneas de base», quedando estas líneas de base definidas en los artículos 5 y 7, según se trate de líneas de base normal, esto es, la línea de bajamar a lo largo de la costa o líneas de base recta, como líneas que unen los puntos señalados en las costas que tengan profundas aberturas y escotaduras o una franja de islas.

La determinación del mar territorial que no debería plantear mayores problemas, ante la asunción de las indicaciones de la Convención por parte de España y Marruecos, debido al trasfondo político de las reivindicaciones soberanistas de los magrebíes, ha determinado el no reconocimiento de aguas territoriales, no solo a las islas y peñones, sino también a las dos ciudades autónomas, lo que además ha venido avalado por la errática política española en esta materia.

El artículo 15 de la Convención señala que cuando las costas de dos estados sean adyacentes o se hallen situadas frente a frente, ninguno de dichos estados tendrá derecho, salvo acuerdo en contrario, a extender su mar territorial más allá de una línea media cuyos puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mida la anchura del mar territorial de cada uno de esos Estados». Dicho artículo refiere la posibilidad de utilización de otros criterios delimitadores en el caso de derechos históricos u otras circunstancias especiales, pero siempre respetando el derecho al mar territorial.

Esta disposición fue asumida por la ley interna española, mediante la Ley de 4 de enero de 1977 reglamentadora del mar territorial, la cual en su artículo 4 establece la equidistancia como forma de delimitar el mar territorial español frente a los países vecinos, cuyas costas se encuentren frente a las españolas, una vez realizada la proclamación sobre la soberanía del Estado español, que «se extiende, fuera de su territorio y de sus aguas interiores, al mar territorial adyacente a sus costas».

Es decir que la Convención de derecho del Mar reconoce el derecho de delimitación del mar territorial a todos los estados costeros.

A mayor abundamiento el artículo 121.2 señala que «salvo lo dispuesto en el epígrafe 3 (rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia), el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental de una isla serán determinados de conformidad con las disposiciones de esta Convención». Es decir que se podría plantear que los destacamentos militares objeto de este estudio, no serían considerados islas sino que estarían incluidas en el concepto de roca del epígrafe 3, lo que de cualquier forma, si bien no los autorizaría a poseer

zona económica exclusiva o plataforma continental no les impediría tener mar territorial.

Pese a ello, como hemos dicho Marruecos no reconoce a los territorios de soberanía situados en su costa, mar territorial, por cuanto, contraviniendo lo establecido en la Convención firmada, por Decreto de 21 de julio de 1975, fijó las líneas de base recta delimitadoras de su mar territorial, incluyendo en las mismas las aguas de los territorios de soberanía española e incluso utiliza cotas de soberanía española para fijar los puntos sobre los que trazar las líneas de base.

En este sentido encierra dentro de la línea de base recta que parte de Punta Almina, en las inmediaciones de Ceuta, hasta Cabo Negro las aguas territoriales de Ceuta. En segundo lugar encierra en sus aguas jurisdiccionales el peñón de Vélez de la Gomera al trazar una segunda línea desde la desembocadura del Oued Laou hasta la desembocadura del Oued Bades. Así mismo traza otra línea encerrando el peñón de Alhucemas y las islas de tierra y de mar dentro de la Bahía de Alhucemas y por último traza una línea tomando como referencia los llamados farallones en la punta del Cabo Tres Forcas hasta la punta de Kariat Arkemane, encerrando Melilla y de allí a la isla del Congreso, de soberanía española terminando en la playa de Saidia, frontera con Argelia.

Esta medida contraviene lo dispuesto en el artículo 7.6 de la Convención en virtud del cual «El sistema de líneas de base rectas no puede ser aplicado por un estado de forma que aisle el mar territorial de otro estado de la alta mar o de una zona económica exclusiva.

En el caso de las islas Chafarinas, a mayor abundamiento, le sería de aplicación la definición de archipiélago que da el artículo 46.b) de la Convención y el reconocimiento que a los mismos hace dicha Convención de mar territorial.

Pero es que la regulación española, poco ayuda a mejorar la situación por cuanto es el Decreto 2510/1977 de 5 de agosto, el que fijó las líneas de base recta en la costa española, olvidando delimitar dichas líneas en Ceuta y Melilla y sus destacamentos, por lo que la postura marroquí encuentra un inesperado apoyo en la propia legislación interna española.

Constan en las Normas de Régimen Interior de los tres destacamentos y aprobadas por el General Jefe de la Zona Militar de Melilla, la adscripción de una guarnición de la Compañía de Mar de Melilla, unidad heredera de los «38 hombres de mar», que arribaron con Pedro de Estopiñan a la conquista de Melilla. Dicha guarnición tiene como misiones, además de las propias de realizar las labores propias de desembarco de materiales a los destacamentos, la de articular el uso de los botes adscritos a los desta-

camentos y finalmente la expulsión de aquel personal o embarcaciones no autorizado que penetre en una distancia de 500 metros de los mismos o por el mar interior de las Islas Chafarinas. Esta postura no encuentra un apoyo en la normativa interna, si bien se podría apoyar en la ley 10/77 citada o en la ley 8/1975 de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional y su reglamento desarrollador, aprobado por Real Decreto 689/1978 de 10 de febrero. Sin embargo, la medida de ese supuesto mar territorial no parece encontrar acomodo legal toda vez que en el caso de los destacamentos se podría hacer una interpretación extensiva de la consideración de zona de seguridad de los acuartelamientos para referirnos al mar territorial. Así el artículo 1 del Reglamento citado señala: «Para salvaguardar los intereses de la Defensa Nacional y la seguridad y eficacia de sus organizaciones e instalaciones, quedarán sujetos a las limitaciones previstas en la Ley los derechos sobre bienes situados en aquellas zonas del territorio nacional que en la misma, desarrollada por el presente Reglamento de ejecución, se configuran, con arreglo a la siguiente clasificación:

1. De interés para la Defensa Nacional.
2. De seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar.
3. De acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros.

Conforme a ello el artículo 2 define que son zonas de interés para la Defensa Nacional como «las extensiones de terreno, mar o espacio aéreo que así se declaren en atención a que constituyan o puedan constituir una base permanente o un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para tal fin».

El artículo 5 del citado reglamento establece que la declaración de zona de interés para la Defensa Nacional, lo debía ser por Decreto aprobado en el Consejo de Ministros. Por supuesto dicha declaración en el caso de los destacamentos del norte de Africa no ha sido realizada, por lo que para la aplicación de la normativa contenida en este Decreto se aplicaba extensivamente la declaración que en tal sentido hacía el Decreto de 1933 de Costas y Fronteras, conforme al cual eran zona de interés todas las posesiones españolas del Norte de Africa.

Conforme al mencionado reglamento toda instalación militar y como ya hemos aclarado así hay que entender las islas y peñones, gozan de una zona de seguridad dividida en dos apéndices próxima y lejana.

A los efectos del Reglamento objeto de nuestro estudio, deben ser entendidas como instalaciones militares del grupo primero enumeradas en el epígrafe primero del artículo 8.1: «Bases terrestres, navales y aéreas y estaciones navales; puertos, dársenas y aeródromos militares; acuartela-

mientos permanentes para unidades de las fuerzas armadas; academias y centros de enseñanza e instrucción; polígonos de experiencias de armas y municiones; asentamiento de armas o de sistemas de armas; obras de fortificación, puestos de mando, de observación, detección o señalización; direcciones de tiro; sistemas de defensas portuarias y estaciones de calibración magnética y, en general, todas las organizaciones e instalaciones castrenses directamente relacionadas con la ejecución de operaciones militares para la defensa terrestre, marítima o aérea de la nación».

Cuál es la medida de dicha zona de seguridad que nos puede arrojar luz sobre la delimitación de un mar territorial conforme a la ley interna española, toda vez que la Ley de 1977, no fijaba esas líneas de base que permitieran señalar el mar territorial.

El artículo 10 del reglamento la establece: «La zona próxima de seguridad abarcará los espacios terrestres y marítimos correspondientes y tendrá como norma general una anchura de 300 metros, contada desde el límite exterior o líneas principales que definen el perímetro más avanzado de la instalación.

3. En los puertos militares, la zona próxima de seguridad comprenderá, no sólo su interior y canal de acceso, sino también un sector marítimo que con un radio mínimo de una milla abarque el frente y ambos costados, computándose esta distancia a partir de los puntos más avanzados de su obra de infraestructura, boca o balizamiento».

Pueden ser considerados los puertos de los destacamentos como puertos militares. Para ello hay que acudir a la Ley 27/1992 de 24 de noviembre de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, conforme a la cual, precisamente excluye del ámbito de aplicación de la misma los puertos, bases, estaciones, arsenales e instalaciones navales de carácter militar y zonas militares portuarias.

### 3. ACTUACION ADMINISTRATIVA

Como ya hemos apuntado la legislación interna española post constitucional nada apunta sobre la actuación de la administración pública en los territorios de soberanía. A mi modo de entender el motivo no es otro que la ausencia de población civil estable en los mismos y la ausencia de actividad económica que precise el establecimiento de cualquier tipo de administración, salvo la militar, en los mismos.

Como apuntábamos la administración militar por medio del Real Decreto de 11-7-1997, núm. 1132/1997, por el que se Reestructura la orga-

nización militar del territorio nacional, estableció que la Zona Militar de Melilla, con Mando y Cuartel General en Melilla; comprende la Ciudad de Melilla, los peñones de Vélez de la Gomera y de Alhucemas y las islas Chafarinas.

A mayor abundamiento, la Instrucción 302/98 del Jefe de Estado Mayor del Ejército en su Anexo B «Organización Territorial del Ejército», cataloga dichos Destacamentos como Acuartelamientos. Pero el resto de la administración pública al amparo de lo establecido en el Estatuto de Autonomía de la Ciudad Autónoma de Melilla, el Capítulo II del Título II de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (artículo 22), la disposición final segunda y el Real Decreto 1330/1997, de 1 de agosto, excede de su ámbito territorial las islas y peñones de soberanía.

No obstante todo ello el ámbito de actuación de la administración militar es el que le otorga la Constitución española en su artículo 8 y la Ley Orgánica de Criterios básicos de la Defensa Nacional. Por ello, ¿Cómo manifiesta su actuación la administración pública en los territorios de soberanía?. Para responder a esta pregunta debemos acudir a la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común.

El ámbito de actuación de la norma es el de la actuación de las administraciones públicas. El artículo 2 de la misma define las administraciones públicas a efecto de su aplicación, quedando incluidas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

El artículo 3.1 establece como principio de actuación de las administraciones públicas entre otros el de coordinación, continuando el epígrafe 2 que las administraciones públicas, en sus relaciones, se rigen por los principios de cooperación y colaboración. El desarrollo de este principio de actuación se recoge en el artículo 4.d), conforme al cual las Administraciones Públicas, en el desarrollo de su actividad y en sus relaciones recíprocas, deberán «prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias». En el número 4 del mismo artículo se reitera que: «La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local deberán colaborar y auxiliarse para aquellas ejecuciones de sus actos que hayan de realizarse fuera de sus respectivos ámbitos de competencias».

Esto viene a significar que pese al vacío normativo respecto a los destacamentos militares, si exceptuamos la declaración de reserva de caza y

el Decreto e Instrucción citados afectos a la Administración Militar, la vía de colaboración entre Administración del Estado y Autonómica o entre los órganos de la propia Administración estatal es la adecuada para solventar la falta de competencias de Defensa fuera de su ámbito de actuación.

Ahora bien los mecanismos dispuestos en los artículos 6 y 7, Convenios de colaboración o planes y programas conjuntos de actuación se muestran del todo inútiles para resolver las controversias de la actuación administrativa diaria.

Estos deben ser aprobados por los ministros del ramo, con el largo proceso que ello conlleva, lo que ha determinado la utilización de esos mismos programas conjuntos pero dotándoles de otra terminología como Acuerdo, etc que permita una más fluida relación entre administraciones locales y autonómicas con la administración central.

#### 4. COMPETENCIA TERRITORIAL JURISDICCIONAL

Respecto de la competencia de la jurisdicción militar no se plantea problema alguno cuando un hecho competencia de dicha jurisdicción tiene su lugar de comisión en cualquiera de los destacamentos militares. Para ello se ha venido aplicando lo dispuesto en la regla sexta del artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal Militar, conforme a la cual «cuando una unidad se desplace temporalmente para la realización de ejercicios militares dentro del suelo nacional, la competencia para conocer de los delitos cometidos entre el personal de dicha unidad, corresponderá al órgano judicial de la demarcación o territorio donde dicha unidad tenga su acuartelamiento permanente.

Solución bien distinta se plantea en el caso de los órdenes jurisdiccionales civil, penal, social y contencioso administrativo.

Según el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes. Para el ejercicio de esta jurisdicción conforme al artículo 30 El Estado se organiza territorialmente, a efectos judiciales, en municipios, partidos, provincias y Comunidades Autónomas.

El artículo 32 continúa diciendo: «El partido es la unidad territorial integrada por uno o más municipios limítrofes, pertenecientes a una misma provincia».

De acuerdo a la Ley 37/1999 de 28 de octubre que modifica la redacción originaria del artículo 1 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de

Demarcación y de Planta Judicial, el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Juzgados Centrales de Instrucción, los Juzgados Centrales de lo Penal y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo tienen jurisdicción en toda España, por lo que se incluyen los hechos de su competencia acaecidos en las islas y destacamentos. Quizá no parezca que se pueden producir hechos de relevancia en los mismos pero sirva de muestra un botón como fue la aparición hace apenas unos meses de fardos ocultos en la Isla del Congreso en Chafarinas que contenían 7.000 kilogramos de hachis, cantidad a todas luces excesiva para ser considerada como de consumo personal de alguno de los miembros del destacamento y que parecía responder a una trama narcotraficante internacional.

Pero la asignación de competencia territorial nacional acaba ahí siendo el ámbito normal de la demarcación judicial el partido judicial. En el caso de Ceuta y Melilla, ya que la ley citada no habla por supuesto de las islas y peñones, como si en esos territorios no se pudieran cometer delitos o controversias civiles o de otra índole, el artículo 3.4 dice que los órganos judiciales que tienen su sede en Ceuta y Melilla tienen la jurisdicción limitada al respectivo partido judicial. ¿a qué partido judicial se extiende?.

Por que como hemos manifestado las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla están delimitadas por el territorio de sus respectivos términos municipales. Parece ser que este artículo viene redactado conforme a la antigua ley provincial de 1882, en la que los peñones y las Islas Chafarinas y Melilla, quedaban integradas en la provincia de Málaga.

Es decir que únicamente una aplicación extensiva de una ley no en vigor sería la única posibilidad que permitiría a los órganos jurisdiccionales ordinarios de Melilla, ser competentes para la resolución de las controversias surgidas en los destacamentos. La cuestión no es baladí toda vez que el fuero del lugar del nacimiento de la obligación o el de la situación de la cosa litigiosa en el ámbito civil dejaría sin competencia a los juzgados de primera instancia para entrar a entender de las controversias en que dicho fuero se localizase en los destacamentos militares.

En el ámbito contencioso administrativo, todavía nos encontraríamos ante una sinrazón mayor derivada del olvido del legislador por cuanto la competencia se atribuye normalmente en el ámbito provincial que según la antigua ley provincial, correspondería a los juzgados de lo contencioso administrativo de Málaga obviando la existencia de un juzgado de este orden en Melilla. No obstante y a fuer de ser prácticos, las resoluciones administrativas, susceptibles de recurso contencioso, normalmente serán dadas por autoridad administrativa con sede en la propia ciudad de Melilla, por lo que es al juzgado radicado en dicha ciudad al que normalmente



(salvo el fuero de la Audiencia nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia) correspondería la competencia por razón del territorio.



## EL TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA

Miguel Alía Plana

*Capitán Auditor*

*Doctor en Periodismo y en Filosofía*

### *SUMARIO*

1. La guerra civil. 2. Los crímenes durante la guerra: drogas, mutilaciones, abusos sexuales y niños soldados. 3. Creación, competencia y estructura del Tribunal

#### 1. LA GUERRA CIVIL

La *Special Court for Sierra Leona* (SCSL, Tribunal Especial para Sierra Leona), con sede en Freetown, es una institución judicial regulada por un tratado suscrito entre Sierra Leona y Naciones Unidas, cuyas competencias quedan referidas persecución de los crímenes perpetrados en este país, durante su última guerra civil (1991-2002), tanto contra el Derecho Humanitario como contra el Derecho nacional sierraleonés.

Este país africano, antigua colonia británica y apostadero esclavista, está absolutamente asolado por la última guerra civil sufrida, y permanece sumido en una profunda crisis. Desde 1991, la ruina es total; el Estado, prácticamente inexistente; la situación económica y social, desastrosa. A principios de la década de los ochenta del siglo XX, según los informes del

PNUD, era el país más pobre del mundo (1): ocupaba el último puesto, el 162, en el índice de desarrollo humano, además de registrar los menores ingresos por persona, a pesar de sus riquísimos yacimientos de diamantes. La guerra eliminó la producción agrícola, colapsó la Administración, que llegó físicamente a desaparecer frente al empuje de las bandas y las guerrillas; destruyó el escaso tejido industrial, las escuelas, los centros sanitarios y las vías de comunicación. Más de la mitad de la población, estimada en 4,5 millones, se ha visto obligada a desplazarse, unas 75.000 personas han sido asesinadas y varios millares mutilados, al tiempo que el índice de alfabetización apenas llega un 20 %.

Sierra Leona (2), bajo dominio británico desde el siglo XIX hasta su independencia, en 1960, no ha tenido un período continuado de estabilidad y paz en su corta vida de Estado libre. Se han sucedido las revueltas campesinas, los golpes y los movimientos de insurgencia. En 1991 empezaría el camino hacia el desastre en lo que sería una de las mayores tragedias de la historia contemporánea.

El inicio de la guerra civil se remonta al desarrollo de la guerra en Liberia. Charles Taylor, señor de la guerra y comandante del *Frente Patriótico Nacional* liberiano, fomentó la guerra en la vecina Sierra Leona, que era utilizada como base logística por la misión de paz de la Comunidad Económica de Estados Africanos Occidentales (*Economic Community of*

---

(1) Los 71.740 km<sup>2</sup> de Sierra Leona acogen a una población de 4.717.000 habitantes, principalmente de las etnias *temne* y *mende*, con una esperanza de vida de 37,3 años.

(2) Se cree que los primeros habitantes de Sierra Leona fueron los *bulom* que habitaban en la costa, y los *kirm* y los *gola* que aparecieron alrededor del 1400. Durante el siglo XV llegaron los *mende* y *temne* y un poco más tarde, desde Senegal, los *fulani*, que se instalaron en el norte. En 1462 los portugueses exploraron las tierras bautizadas por Pedro de Cintra como Sierra Leona, y construyeron un fuerte en el actual emplazamiento de Freetown. En 1787, la península de Sierra Leona se transformó, por iniciativa del Imperio Británico, en «province of freedom», un refugio para esclavos liberados. Sierra Leona pasó a ser colonia británica en 1807 y protectorado en 1896. La población criolla actual de Freetown y del Area Occidental, tiene sus orígenes en los esclavos africanos de regiones como Nigeria y Angola, liberados antes de cruzar el Atlántico. Cf. «Sierra Leona», Monografía de la Oficina de Información Diplomática, Ministerio de Asuntos Exteriores español, n° 110/2003, en [www.mae.es/documento/0/000/000/608/SierraLeona.pdf](http://www.mae.es/documento/0/000/000/608/SierraLeona.pdf). El país ha tenido cinco elecciones generales y ha sufrido cinco golpes de estado desde su independencia. La fuente de inestabilidad no residía en la rivalidad étnica, como en otros países africanos, sino que surgía de su fuente principal de riqueza: los diamantes. Tras las elecciones de marzo de 1967, el ejército dio un golpe de estado y estableció un Consejo Nacional de Reforma, expulsando del país al gobernador general nombrado por la corona británica. En diciembre, una comisión de investigación declaró que el Congreso Popular (*All People's Congress-APC*) había ganado las elecciones de marzo. En abril de 1968, se produjo el segundo golpe militar, que trasladó el poder a un gobierno civil presidido por Siaka Stevens, líder del APC, que fue elegido Primer ministro. En abril de 1971 Stevens fue proclamado pre-

*West African States*, ECOWAS (3), el ECOMOG (4) (*Economic Community Military Observer Group, Grupo de Observadores Militares de la Comunidad Económica*). Charles Taylor subvencionó, armó e incitó a la guerra al Frente de Unión Revolucionaria (RUF) de Sierra Leona, bajo mando del *comandante* Foday Sankoh, antiguo sargento sierraleonés, con el fin de crear, en la retaguardia y bases logísticas del ECOMOG, contra el que combatía en Liberia, un segundo frente que impidiera el desarrollo de sus operaciones. Además, si accedía a los yacimientos diamantíferos de Sierra Leona, podría sufragar sus deudas con otro tercer Estado implicado en la guerra de Liberia, Burkina Faso, en especial las contraídas a cambio de la ayuda de mercenarios burkinabes. Las únicas fuerzas que se opusieron al RUF fueron las milicias del *Partido del Pueblo*, bajo mando de Ahmed Tejan Kabbah y un muy débil ejército regular, bajo mando de la autoridad gubernamental de Joseph Monoh.

El gobierno de Monoh solicitó ayuda al Reino Unido, apoyándose en los viejos vínculos coloniales y en la cooperación prestada durante la guerra de Malvinas, cuando la capital de Freetown fue un puerto importante

---

sidente, después de haberse aprobado una Constitución republicana. En 1976, Stevens, único candidato a las elecciones presidenciales, fue reelegido por un nuevo mandato de cinco años. En mayo de 1977, el APC volvió a ganar las legislativas, a las que también se presentaba el SLPP. En julio la Cámara de Representantes declaró al SLPP incapaz para gobernar y lo descalificó como oposición oficial. La nueva Constitución de mayo de 1978, aprobada por referéndum, contemplaba un sistema político de partido único y el APC era el único partido legal. El 14 de junio de 1978, Stevens era nombrado presidente por otros siete años. En 1981 creció la oposición al Gobierno al conocerse un escándalo sobre apropiación indebida de fondos que alcanzaba a algunos ministros y en las elecciones legislativas de mayo de 1982 se produjeron incidentes violentos. En 1983 también se dieron disturbios tribales en el distrito de Pujehun, a raíz de los comicios locales. Los desórdenes continuaron durante 1984 y 1985. En 1985, Stevens se retiró voluntariamente de la presidencia al vencer su mandato. El 28 de noviembre, fue nombrado presidente el capitán del Ejército y ex ministro Joseph Momoh, candidato único del único partido legal, APC, que había ganado el 99% de los votos. Momoh compuso su gabinete con civiles. En mayo de 1986 se celebraron las elecciones legislativas. La mala situación de la economía del país rebajó la popularidad de Momoh. En marzo de 1987 el gobierno declaró haber abortado un golpe de estado, con la detención de varias decenas de personas, el vicepresidente Francis Minah entre ellas, que fueron condenadas a muerte por conspiración para asesinar al presidente y derrocar al gobierno. En octubre de 1989 sería ejecutado Minah junto a otros condenados. En 1987 Momoh quiso acabar con la malversación de caudales en el sector público, la corrupción fue tipificada como delito penal y también introdujo la censura de prensa. El estallido de la guerra civil en Liberia en diciembre de 1989 atrajo a unos cien mil refugiados liberianos al país. *Ibid.*

(3) *ECOWAS Official Site*, en <http://www.ecowas.int>.

(4) MAGYAR, K., *Peacekeeping in Africa: Ecomog in Liberia*. Nueva York: Conteh-Morgan, 2000.

para las fuerzas británicas, pero se le negó. En mayo de 1992, se produjo una asonada militar y Monoh fue reemplazado por el capitán Valentine Strasser, de 26 años. El apoyo del rebelde liberiano Taylor a los rebeldes del RUF se incrementó, a la vez que Strasser obtuvo el de tropas nigerianas, también enemigas de Taylor: el aeropuerto de Freetown fue utilizado por la aviación nigeriana para bombardear posiciones de Taylor en Liberia (5). En 1995, y frente a la situación cada vez más desesperada de Strasser, el gobierno del Reino Unido envió 58 gurkhas para participar en la lucha, pero sufrieron bajas importantes y pronto se vieron forzados a retirarse. En ese año, los rebeldes llegaron a las afueras de Freetown, a punto de consumir su asalto final al poder. Fue entonces cuando se contrató a la empresa de mercenarios *Executive Outcomes* (EO) (6), para recuperar el control sobre territorio minero dominado por los rebeldes. EO permanecería en zona de operaciones hasta 1997.

En 1995, Naciones Unidas nombró *enviado espacial* a Berhanu Dinka, en un intento de llegar a un acuerdo de paz. El 16 de enero de 1996, el Presidente Strasser fue depuesto en un sangriento golpe por el brigadier Juliuo Maada Bio, jefe de las Fuerzas Armadas de Sierra Leona. Al frente del Partido Popular de Sierra Leona (SLPP), llevó a cabo una reforma interna la cual le permitió constituirse un vez más en el principal grupo político del país, con un 36,1% de votos en las elecciones legislativas. Sin embargo, el poder alcanzado no le permitió obtener la mayoría en las presidenciales, lo cual obligó a su candidato, Ahmed Tejan Kabbah, a enfrentarse en una segunda vuelta con John Karefa, del Partido Popular Nacional Unido (UNPP). Finalmente el regreso al poder del SLPP quedó consolidado el 29 de marzo de 1996, día en que tomó posesión el electo Presidente Ahmed Tejan Cava. La presión internacional hizo que se llegara a un acuerdo, el *Abidjan Accord*, que no pudo ejecutarse. Mientras, la guerra continuaba con la presencia activa del ECOMOG en zona de operaciones, al que se autorizó el uso de la fuerza el 8 de octubre de 1997, fecha en la que Naciones Unidas acordó también el embargo de armas, petróleo y diamantes para Sierra Leona, en un intento de estrangular los apoyos exteriores de los rebeldes. Inmediatamente, Foday Sankoh líder del RUF, anunció el interés de su organización en establecer negociaciones de paz y en reconocer al nuevo gobierno, siempre que los mercena-

---

(5) «Chronology of Sierra Leone: How Diamonds Fueled the Conflict», *Africa Confidential*, Londres.

(6) Cf. MILTON, T. J., «Los nuevos mercenarios: ejércitos para alquilar», *Military Review*, en [www-cgsc.army.mil/milrev/Spanish/MarApr98/milt.html](http://www-cgsc.army.mil/milrev/Spanish/MarApr98/milt.html).

rios de EO abandonaran el país. El gobierno de Sierra Leona comprendió la importancia de haber logrado establecer nuevamente negociaciones de paz con los rebeldes y de tratar, en lo posible, de cumplir sus peticiones. Por tal motivo, en enero de 1997, ordenó la salida del país de todos los miembros pertenecientes a Executive Outcomes. Sin embargo, el panorama se oscureció nuevamente en febrero de 1997: Foday Sankoh, líder del RUF, fue detenido por el ejército de Nigeria cuando se encontraba en dicho país.

Una vez Kabbah en el poder, el país regresó al sendero hacia la paz. Durante los primeros meses de su gobierno, logró que Foday Sankoh fuera trasladado de su arresto domiciliario en Nigeria a una detención a Freetown. Inmediatamente después de su llegada al país, y como muestra de sus intenciones de paz, Sankoh realizó, con autorización del gobierno, una aparición en televisión durante la cual solicitó a sus seguidores suspender los actos de terrorismo en contra de la población civil. De otra parte, y debido a la detención del líder del RUF, el *comandante* Sam Bockarie (alias *General Mosquito*), número dos de la organización, asumió la dirección del movimiento en las conversaciones de paz (7), que se llevaron en un ambiente enrarecido por culpa de las acusaciones mutuas. En febrero de 1999, el Gobierno de Nigeria denunció que algunos países miembros de ECOWAS, y algunos de la OUA, estaban brindando apoyo activo a los rebeldes de Sierra Leona. De otra parte, solicitó a la comunidad internacional que no prestara ayuda humanitaria al país. Además de lo anterior, el Secretario General de las Naciones Unidas entregó un informe al Consejo de Seguridad, el 11 de febrero de 1999, en el cual se acusaba a las tropas de ECOMOG de cometer en contra de la población civil los mismos abusos y actos de barbarie cometidos por el RUF (8-9).

Fruto de estos esfuerzos, se suscribió el *Acuerdo Paz e Lome*, de 17 de julio de 1999, por el que cesaron los combates, bajo el control de la recién creada UNAMSIL (*United Nations Misión in Sierra Leone*), *field misión*

---

(7) RODRIGUEZ RUBIANO, Daniel, «El conflicto en Sierra Leona», *Grupo de Estudios Africanos*, en [cursos.uexternado.edu.co/africa/articulodrrssierraleona.htm](http://cursos.uexternado.edu.co/africa/articulodrrssierraleona.htm).

(8) «UN Report 01/29'96», y CARVER, Richard, «Sierra Leone after the ECOMOG intervention: Update february 1997-april 1999», *REFWORLD, WRITENET Country Papers*, en [www.unhcr.ch/refworld/country/writenet/wrisle02.htm](http://www.unhcr.ch/refworld/country/writenet/wrisle02.htm).

(9) «Asamblea General, Quincuagésimo segundo período de sesiones, Tema 10 del programa, Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización, Las causas de los conflictos y el fomento de la paz duradera y el desarrollo sostenible en África, Informe del Secretario General», en [www.un.org/spanish/docs/report98/s1998318.htm](http://www.un.org/spanish/docs/report98/s1998318.htm).

constituida bajo los parámetros del *traditional peackeeping* (10). Finalmente, la UNAMSIL, anunció el 13 de enero de 2002 que la guerra civil había terminado.

## 2. LOS CRÍMENES DURANTE LA GUERRA: DROGAS, MUTILACIONES, ABUSOS SEXUALES Y NIÑOS SOLDADOS

El comportamiento de los guerrilleros del RUF, que actuaban bajo efectos de la heroína, la cocaína y el éxtasis, ha sido, probablemente, de los más horribles y abominables de la historia de las guerras pos-coloniales. Las decapitaciones de sus enemigos, cuyas cabezas eran frecuentemente exhibidas en estacas a la prensa; el secuestro, las violaciones, las mutilaciones de ambas manos y pies al tiempo (dejando vivas a las víctimas, absolutamente inválidas, hasta un número estimado de 10.000), fueron prácticas cotidianas. Otra de las monstruosidades llevadas a cabo fue el reclutamiento forzado de niños (11). Nume-

---

(10) Naciones Unidas nos informa de su estructura en la página web dedicada a sus misiones de paz: *On 7 February 2000, the Security Council, by its resolution 1289, decided to revise the mandate of UNAMSIL to include a number of additional tasks. It decided to expand the military component to a maximum of 11,100 military personnel, including the 260 military observers already deployed. The Council also authorized increases in the civil affairs, civilian police, administrative and technical components of UNAMSIL, as proposed by the Secretary-General. The Security Council again increased the authorized strength of UNAMSIL, to 13,000 military personnel, including the 260 military observers by its resolution 1299 of 19 May 2000. On 30 March 2001, a further increase was authorized to 17,500 military personnel, including the 260 military observers. The Council took this decision by its resolution 1346, and, by the same resolution, approved a revised concept of operations.* Cf. «Sierra Leone — UNAMSIL — Background», en [www.un.org/Depts/dpko/missions/unamsil/background.html](http://www.un.org/Depts/dpko/missions/unamsil/background.html). Su mandato se define como sigue: *The main objectives of UNAMSIL in Sierra Leone remain to assist the efforts of the Government of Sierra Leone to extend its authority, restore law and order and stabilize the situation progressively throughout the entire country, and to assist in the promotion of a political process which should lead to a renewed disarmament, demobilization and reintegration programme and the holding, in due course, of free and fair elections.* Cf. «Sierra Leone — UNAMSIL — Mandate», en [www.un.org/Depts/dpko/missions/unamsil/mandate.html](http://www.un.org/Depts/dpko/missions/unamsil/mandate.html). En marzo de 2002, 1 UNAMSIL, cuya composición máxima estaba fijada en 17.500, tenía 17.368 efectivos entre los que se contaban 259 observadores militares. Cf. «Sierra Leona», Monografía de la Oficina de Información Diplomática, Ministerio de Asuntos Exteriores español, n° 110/2003, op. cit.

(11) La «Coalición para Acabar con la Utilización de Niños Soldados», una organización de origen español, ha denunciado en los últimos años que existen cerca de medio millón de menores enrolados en ejércitos, grupos guerrilleros y paramilitares, que participen activamente en combates. 87 países permiten el reclutamiento de menores de edad en fuerzas armadas gubernamentales, paramilitares, milicias civiles y grupos armados no



rosos informes sobre derechos humanos señalan que una de las técnicas de terror utilizadas para inculcar a los niños lealtad, consistía en matar a sus padres y vecinos como rito de iniciación, en el que además debían violar menores, que eran, entre otras, sus propias hermanas. Pero además, y quizás ha sido el dato más difundido por los medios de comunicación, el FUR llevó a cabo una campaña de terror, cuyas piedras de toque eran la amputación de miembros, sacar ojos, cortar los labios, obligar a los hombres a violar a sus hijas, y realizar asesinatos masivos. Un informe de 2003, de la ONG *Partnership Africa Canada*,

---

estatales. Tres países africanos, Sierra Leona, Angola y Níger, ocupan los primeros puestos por mortalidad infantil a nivel mundial (respectivamente 182, 170 y 166 niños de cada mil). Diez países africanos poseen la más baja esperanza de vida: Sierra Leona (38 años de vida media), Malawi (39), Uganda (40), Zambia (40), Ruanda (41), Burundi (43), Etiopía (43), Mozambique (44), Zimbabwe (44) y Burkina Faso (45). Tres países africanos guían la clasificación con el mayor porcentaje de analfabetismo: Níger (14,3% de los adultos), Burkina Faso (20,7%) y Gambia (33,1%). Tres ciudades africanas, Brazzaville, Pointe Noire y Jartum, ocupan los tres primeros puestos por la peor calidad de vida urbana del mundo. Entre las plagas que afectan de manera más específica a la infancia hacemos notar que existen más de 120.000 los niños soldados en África. Los países que tienen más son Argelia, Angola, Burundi, Congo Brazzaville, República Democrática del Congo, Liberia, Ruanda, Sierra Leona, Sudán y Uganda; 80 millones los niños africanos, entre 5 y 14 años, son obligados a trabajar en condiciones infrahumanas; 12 millones han quedado huérfanos a causa del SIDA y de los 22 millones de enfermos que hay en toda África, muchos son niños que contrajeron la enfermedad en el seno materno; el 56% de los 3,6 millones de refugiados en África está constituido por niños, la mayor parte de ellos en Angola (69% de los refugiados), Togo (64%), Guinea (63%), Burundi (62%), Ruanda (61%), República Democrática del Congo (61%) y Sudán (60%). El reclutamiento forzoso implica, en muchos casos, el abuso sexual. Al respecto, leemos lo siguiente: *la violación de mujeres y niñas es común. «Miriam» (no es su nombre real), de veinte años, que todavía amamanta a su hijo de cinco meses, fue violada delante de su esposo al poco tiempo de ser capturados cerca de Masiaka el día 21 de mayo. Ella explicó a Human Rights Watch que fue violada casi continuamente durante tres días por siete guerrilleros del RUF, incluyendo a algunos de alrededor de catorce años. Algunas de las niñas son violadas tras ser capturadas son muy jóvenes. «Malika,» que dijo a Human Rights Watch que tenía diez años pero parecía mucho menor, contó a Human Rights Watch que ella fue violada por un guerrillero del RUF después de ser capturada, y vio morir a su hermana de veinte años, Mawa Kamara, después de que guerrilleros del RUF le amputaran las dos manos y un pie. Recientemente, Human Rights Watch presentó el informe «Te mataremos si lloras: Violencia sexual en el conflicto de Sierra Leona», que presenta evidencias de los abusos cometidos contra mujeres de todas las edades. El informe está basado en cientos de entrevistas con víctimas, testigos y oficiales, y detalla los crímenes de violencia sexual cometidos, sobre todo, por miembros de las fuerzas rebeldes (RUF y los milicianos *West Side Boys*); pero también los cometidos por las fuerzas armadas gubernamentales. Cf. Human Rights Watch, «Guerrilleros de Sierra Leona reclutan niños a la fuerza para ser soldados», en [www.hrw.org/spanish/press/2000/sierra\\_leona\\_ninos.html](http://www.hrw.org/spanish/press/2000/sierra_leona_ninos.html); y «Medio millón de menores en combate», en [www.consolata.org/dimensionmisionera/revista/2001/settembre/panorama.htm](http://www.consolata.org/dimensionmisionera/revista/2001/settembre/panorama.htm).*

sobre la conexión entre el contrabando de diamantes, la guerra y el reclutamiento de niños (12), decía así:

*...solamente una pequeña parte de la gente joven de Sierra Leona participó en la formación del RUF por su propia voluntad. La extensa mayoría fueron los niños secuestrados, drogados, y forzados a cometer atrocidades. (13)*

### 3. CREACIÓN, COMPETENCIA Y ESTRUCTURA DEL TRIBUNAL

En este marco de guerra brutal (14), el 16 de enero de 2002 se firmaba, en Freetown, el acuerdo internacional entre Naciones Unidas y el gobierno sierraleonés, para la creación de este Tribunal, en el convencimiento que la reconstrucción moral del país pasaba por evitar la impunidad de los principales genocidas sierraleoneses y, lógicamente, por el establecimiento enjuiciamiento de las violaciones masivas cometidas contra el Derecho de la Guerra, el Humanitario y el sierraleonés. Se denomina

---

(12) Diversas organizaciones de derechos humanos y el Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados han denunciado estas prácticas. Francis Kai-Kai, de la «Comisión para el Desarme y la Reintegración del gobierno», precisa que muchos niños secuestrados hace ya mucho tiempo y que han luchado tanto, ahora ya no recuerdan ni de dónde vienen ni por qué luchan. Entre ellos, muchos de los «oficiales» del RUF fueron algunos de estos niños secuestrados. Incluso los comandantes mayores del RUF rondan solamente los 20 y pocos más años.

(13) Cf. «Guerra Civil en Sierra Leona», en [www.afrol.com/es/Paises/ Sierra Leona/esp-guerracivil.htm](http://www.afrol.com/es/Paises/Sierra%20Leona/esp-guerracivil.htm); Human Rights Watch, «Sexual Violence within the Sierra Leone Conflict», en [www.hrw.org/background/africa/sl-bck0226.htm](http://www.hrw.org/background/africa/sl-bck0226.htm); Centro de Investigación para la Paz, «Diamantes y terror en Sierra Leona» (1 de mayo de 1999), en [www.reliefweb.int/w/rwb.nsf](http://www.reliefweb.int/w/rwb.nsf); TUCK, Christopher, «Every car on moving object gone. The ECOMOG intervention in Liberia», en [web. Africa.ufl.edu/asq/v4/v4i1a1.htm](http://web.Africa.ufl.edu/asq/v4/v4i1a1.htm); Naciones Unidas, «Cuarto informe del Secretario General sobre la situación en Sierra Leona, S/1998/249 (18 de marzo de 1998), en [www.un.org/spanish/docs/report98/s1998249.htm](http://www.un.org/spanish/docs/report98/s1998249.htm); y N'DIAYE, T.M., «Conflict prevention and conflict resolution in the african context: peacekeeping in Liberia», *Issue: a journal of opinion* (1993), ps. 70-73.

(14) BREHUM, L., *Liberia: war of horror*, Accra: Africa Book Publishing Record, 1993, en [www.citadel.edu/citadel/otherserv/psci/mays.htm](http://www.citadel.edu/citadel/otherserv/psci/mays.htm); «UN Report 01/29'96», y CARVER, Richard, «Sierra Leone after the ECOMOG intervention: Update february 1997-april 1999», *REFWORLD, WRITENET Country Papers*, en [www.unhcr.ch/refworld/country/writenet/wrisle02.htm](http://www.unhcr.ch/refworld/country/writenet/wrisle02.htm); Naciones Unidas, «Asamblea General, Quincuagésimo segundo período de sesiones, Tema 10 del programa, Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización, Las causas de los conflictos y el fomento de la paz duradera y el desarrollo sostenible en África, Informe del Secretario General», en [www.un.org/spanish/docs/report98/s1998318.htm](http://www.un.org/spanish/docs/report98/s1998318.htm).

«Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of a Special Court for Sierra Leone» (15). Ya su primer artículo nos revela el fin de la institución:

*Article 1: Establishment of the Special Court: 1. There is hereby established a Special Court for Sierra Leone to prosecute persons who bear the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law committed in the territory of Sierra Leone since 30 November 1996. (16)*

Por su parte, el Estatuto del Tribunal («*Statute of the Special Court for Sierra Leone*») establece un régimen competencial prácticamente igual:

*1. The Special Court shall, except as provided in subparagraph (2), have the power to prosecute persons who bear the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law committed in the territory of Sierra Leone since 30 November 1996, including those leaders who, in committing such crimes, have threatened the establishment of and implementation of the peace process in Sierra Leone. (17)*

La *Special Court for Sierra Leone* (SCSL) no posee la misma naturaleza jurídica que el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia o el de Ruanda, establecidos ambos por Resoluciones de Naciones Unidas que hacía de ellos dos órganos subsidiarios de la Organización. En este caso, nos encontramos ante un acuerdo suscrito entre Naciones Unidas y Sierra Leona, que sirve de fundamento para la creación de una jurisdicción mixta, nacional e internacional, que imprime un carácter especial también a la composición y funcionamiento del Tribunal (18).

---

(15) Cf. la página web del Tribunal, en [www.sc-sl.org](http://www.sc-sl.org).

(16) *Ibid.*

(17) *Ibid.*

(18) *The legal nature of the Special Court, like that of any other legal entity, is determined by its constitutive instrument. Unlike either the International Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda, which were established by resolutions of the Security Council and constituted as subsidiary organs of the United Nations, or national courts established by law, the Special Court, as foreseen, is established by an Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone and is therefore a treaty —based sui generis court of mixed jurisdiction and composition. Cf. «Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone (II, Nature and specificity of the Special Court)», Security Council, Doc. S/2000/915 (4 October 2000), en [www.sc-sl.org/](http://www.sc-sl.org/).*

Las competencias se refieren a los autores de crímenes *especialmente relevantes* (19), recogidos con la siguiente expresión inglesa en el Estatuto: *greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law*. Estos crímenes especialmente relevantes son los siguientes:

1. Crímenes contra la Humanidad (art. 2 del Estatuto) (20):
  - Asesinato.
  - Exterminio.
  - Esclavitud.
  - Deportación.
  - Prisión.
  - Tortura.
  - Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y cualquier otra forma de violencia sexual.

---

(19) *In its resolution 1315 (2000), the Security Council recommended that the personal jurisdiction of the Special Court should extend to those «who bear the greatest responsibility for the commission of the crimes», which is understood as an indication of a limitation on the number of accused by reference to their command authority and the gravity and scale of the crime. I propose, however, that the more general term «persons most responsible» should be used. 30. While those «most responsible» obviously include the political or military leadership, others in command authority down the chain of command may also be regarded «most responsible» judging by the severity of the crime or its massive scale. «Most responsible», therefore, denotes both a leadership or authority position of the accused, and a sense of the gravity, seriousness or massive scale of the crime. It must be seen, however, not as a test criterion or a distinct jurisdictional threshold, but as a guidance to the Prosecutor in the adoption of a prosecution strategy and in making decisions to prosecute in individual cases. 31. Within the meaning attributed to it in the present Statute, the term «most responsible» would not necessarily exclude children between 15 and 18 years of age. While it is inconceivable that children could be in a political or military leadership position (although in Sierra Leone the rank of «Brigadier» was often granted to children as young as 11 years), the gravity and seriousness of the crimes they have allegedly committed would allow for their inclusion within the jurisdiction of the Court., Cf. «C.-Personal jurisdiction. 1. Persons «most responsible», Ibid.*

(20) *Article 2: Crimes against humanity. The Special Court shall have the power to prosecute persons who committed the following crimes as part of a widespread or systematic attack against any civilian population:*

- a. Murder;
- b. Extermination;
- c. Enslavement;
- d. Deportation;
- e. Imprisonment;
- f. Torture;
- g. Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy and any other form of sexual violence;
- h. Persecution on political, racial, ethnic or religious grounds;
- i. Other inhumane acts.

- Persecución en los campos políticos, raciales, étnicos y religiosos.
  - Otros actos inhumanos.
2. Violaciones al artículo 3, común Convenciones de Ginebra y al Protocolo Adicional II (art. 3) (21), en especial:
- Violencia contra la vida, la salud física y mental de las personas, en especial la muerte, así como los tratos crueles como la tortura, la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal.
  - Castigos colectivos.
  - La toma de rehenes.
  - Atentados contra la dignidad personal, en particular tratos inhumanos y degradantes, violación, prostitución forzada y cualquier otra forma de asalto indecente.
  - Pillaje.
  - Dictar sentencias y llevar a cabo ejecuciones sin juicio previo, emitido por una corte constituida regularmente, de acuerdo con todas las garantías judiciales que son reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
  - Amenazas de cometer cualquiera de los actos anteriores.
3. Otras violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario (art. 4) (22), como son:

---

(21) *Article 3: Violations of Article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II. The Special Court shall have the power to prosecute persons who committed or ordered the commission of serious violations of article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, and of Additional Protocol II thereto of 8*

*June 1977. These violations shall include:*

- a. Violence to life, health and physical or mental well-being of persons, in particular murder as well as cruel treatment such as torture, mutilation or any form of corporal punishment;*
- b. Collective punishments;*
- c. Taking of hostages;*
- d. Acts of terrorism;*
- e. Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault;*
- f. Pillage;*
- g. The passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples;*
- h. Threats to commit any of the foregoing acts.*

(22) *Article 4: Other serious violations of international humanitarian law. The Special Court shall have the power to prosecute persons who committed the following serious violations of international humanitarian law:*

- a. Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities;*

- Ataques directos e intencionales contra la población civil o contra personas civiles que no tomen parte directa en las hostilidades
- Ataques directos e intencionales contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos implicados en asistencia humanitaria o una misión de paz, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas
- Recluta o alistamiento de niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos, que los apliquen en la participación activa en las hostilidades.

4. Crímenes cometidos según la legislación sierraleonesa (23):

- Abuso de niñas, de acuerdo con el *Acta para la Prevención de la Crueldad a los Niños*, de 1926 (los abusos se tipifican en tres categorías: menores de 13 años, entre 13 y 14) y el secuestro de una niña con *propósitos inmorales*.

- Destrucción dolosa de la propiedad, de acuerdo con el *Acta de Daños Maliciosos*, de 1861, en especial, el incendio de inmuebles con personas en su interior y de edificios oficiales.

Como podemos ver, el espectro de crímenes difiere de los recogidos para los Tribunales de la Antigua Yugoslavia y Ruanda, en la medida en que se mezcla el Derecho Internacional con el sierraleonés. La incriminación del reclutamiento forzoso de niños se ha criticado, por lo arbitrario de la edad señalada.

El Estatuto recoge expresamente (artículo 6) el principio de responsabilidad penal personal, en concepto de autor material, inductor, encubridor, cooperador necesario y cómplice de los crímenes reseñados. La obe-

---

*b. Intentionally directing attacks against personnel, installations, material, units or vehicles involved in a humanitarian assistance or peacekeeping mission in accordance with the Charter of the United Nations, as long as they are entitled to the protection given to civilians or civilian objects under the international law of armed conflict;*

*c. Conscripting or enlisting children under the age of 15 years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities.*

(23) Article 5: Crimes under Sierra Leonean law. The Special Court shall have the power to prosecute persons who have committed the following crimes under Sierra Leonean law:

*a. Offences relating to the abuse of girls under the Prevention of Cruelty to Children Act, 1926 (Cap. 31):*

*i. Abusing a girl under 13 years of age, contrary to section 6;*

*ii. Abusing a girl between 13 and 14 years of age, contrary to section 7;*

*iii. Abduction of a girl for immoral purposes, contrary to section 12.*

*b. Offences relating to the wanton destruction of property under the Malicious Damage Act, 1861:*

*i. Setting fire to dwelling - houses, any person being therein, contrary to section 2;*

*ii. Setting fire to public buildings, contrary to sections 5 and 6;*

*iii. Setting fire to other buildings, contrary to section 6.*

diencia debida no excluye la responsabilidad (24). La mayoría de edad, a los efectos penales, queda establecida en 15 años (artículo 7). La jurisdicción del tribunal es concurrente con las de los tribunales sierraleoneses, pero será preferente el Tribunal Especial cuando exista un conflicto entre él y cualquier otro tribunal nacional (artículo 8).

En cuanto a su estructura (artículo 12), tiene una Sala de Primera Instancia y otra de Apelaciones. La primera está formada por tres magistrados, que ejercen sus funciones por un plazo de tres años, uno nombrado por Sierra Leona y dos por Naciones Unidas. La de Apelaciones, por cinco, nombrados dos a tres, por las mismas autoridades. El presidente de la Sala de Apelaciones lo es también del Tribunal, que es nombrado por Naciones Unidas. La investigación de los crímenes e instrucción de las causas, de acuerdo con un modelo anglosajón, es competencia del Fiscal, nombrado por el Secretario General de Naciones Unidas. El Tribunal posee, además, personal de administración y servicios. Tanto sus magistrados, como el fiscal y sus auxiliares, gozan de inmunidad judicial.

El funcionamiento procesal queda regulado en sus «*Reglas de Procedimiento y Prueba*», («*Rules of Procedure and Evidence*»). A finales de 2003, se habían abierto actuaciones a instancia del Ministerio Fiscal (*Indictments*) contra trece personas (25). Todavía no se ha dictado ninguna sentencia.

---

(24). *Article 6: Individual criminal responsibility*

1. *A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 4 of the present Statute shall be individually responsible for the crime.*

2. *The official position of any accused persons, whether as Head of State or Government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.*

3. *The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 4 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his or her superior of criminal responsibility if he or she knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior had failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.*

4. *The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him or her of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Special Court determines that justice so requires.*

5. *Individual criminal responsibility for the crimes referred to in article 5 shall be determined in accordance with the respective laws of Sierra Leone.*

(25) La documentación al respecto es la siguiente: *Taylor Indictment, SCSL-2003-01-I; Sankoh Indictment, SCSL-2003-02-I; Koroma Indictment, SCSL-2003-03-I; Bockarie Indictment, SCSL-2003-04-I; Sesay Indictment, SCSL-2003-05-I; Brima Indictment, SCSL-2003-06-I; Kallon Indictment, SCSL-2003-07-I; Norman Indictment, SCSL-2003-08-I; Gbao Indictment, SCSL-2003-09-I; Kamara Indictment, SCSL-2003-10-I; Fofana Indictment, SCSL-2003-11-I; Kondewa Indictment, SCSL-2003-12-I; Kanu Indictment, SCSL-2003-13-I*; en «Public Information», <http://www.sc-sl.org/>.





## **II. TEXTOS**



# **1. LEGISLACIÓN**



## LEGISLACIÓN

María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera  
*Documentalista*

### JEFATURA DE ESTADO

INSTRUMENTO de Ratificación de la Enmienda al artículo 1 de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (con Protocolos I, II y III) (publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 14 de abril de 1994), hecho en Ginebra el 21 de diciembre de 2001.

(BOE nº 65, de 16 de marzo de 2004), corrección de errores, BOE nº 99, de 23 de abril de 2004).

INSTRUMENTO de Ratificación del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Cultu-

rales en caso de Conflicto Armado, hecho en La Haya el 26 de marzo de 1999.

(BOE nº 77, de 30-3-2004)

### MINISTERIO DE DEFENSA

REAL DECRETO 47/2004, de 19 de enero, por el que se establece la composición y competencias de los Consejos Superiores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire y de las Juntas Superiores de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.

(BOE nº 17, de 20 de enero de 2004, corrección de errata, BOE nº 37, de 12 de febrero de 2004).

REAL DECRETO 327/2004, de 27 de febrero, por el que se modifica el Estatuto del personal del Centro Nacional de Inteligencia, aprobado por el Real Decreto 1324/1995, de 28 de julio.  
(BOE nº 51, de 28 de febrero de 2004. Corrección de errores BOE nº 81, de 3 de abril de 2004).

REAL DECRETO 492/2004, de 1 de abril, por el que se designan las autoridades del Ministerio de Defensa facultadas para dirigirse a los órganos de la Fiscalía Jurídico Militar.  
(BOE nº 92, de 16-4-2004).

#### **PRESIDENCIA DEL GOBIERNO**

REAL DECRETO 1194/2004, de 14 de mayo, por el que se determina la composición de las Comisiones Delegadas del Gobierno.  
(BOE nº 120, de 18-5-2004).

#### **MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

REAL DECRETO 1551/2004, de 25 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.  
(BOE nº 154, de 26-6-2004).

#### **MINISTERIO DE EDUCACION, CULTURA Y DEPORTE**

ORDEN ECD/3869/2003, de 18 de diciembre, por la que se establecen equivalencias entre los títulos de Técnico Militar y los títulos de Técnico correspondientes a la Formación Profesional Específica.  
(BOE nº 23, de 27-1-2004).

#### **MINISTERIO DE DEFENSA**

ORDEN MINISTERIAL núm. 51/2004, de 18 de marzo, por la que se aprueban las normas de evaluación del sistema de enseñanza militar.  
(BOD nº 63, de 31-3-2004).

ORDEN DEF/ 1445/2004, de 16 de mayo, por la que se establece el procedimiento para que los españoles puedan solicitar y realizar el juramento o promesa ante la Bandera de España.  
(BOE nº 126, de 25-5-2004).

ORDEN DEF/1612/2004, de 1 de junio, sobre delegación de competencias en autoridades del Ministerio de Defensa en relación con determinadas materias administrativas.  
(BOD nº 108, de 3-6-2004).

## **2. JURISPRUDENCIA**





## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Luis B. Alvarez Roldán  
*General Auditor (R)*

=====

Como anunciábamos en el número anterior, aquí completamos la Jurisprudencia Constitucional del año 2003, con una sola Sentencia que afecte a nuestra pretendida selección de lo que atañe al Derecho Militar tanto en sus facetas administrativas como penales o disciplinarias.

=====

### **Sentencia Tribunal Constitucional núm. 159/2003 (Sala Primera), de 15 septiembre.**

Recurso de Amparo núm. 2980/2000.

**Ponente:** D. María Emilia Casas Baamonde

Recurso de amparo contra Resoluciones, de 31-07-1998 y de, 11-12-1998, del ministro de Defensa, imponiendo al recurrente en amparo sanción de separación de servicio como autor de una falta muy grave, y contra Sentencia, de 10-04-2000, de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, desestimatorio del recurso contencioso-disciplinario militar interpuesto frente a aquéllas. Vulneración de los derechos fundamentales a un proceso público con todas las garantías, a no padecer indefensión y a la legalidad penal: inexistencia: desestimación del amparo.

## I. ANTECEDENTES DE HECHO (RESUMEN)

Los hechos y circunstancias relevantes para la resolución del presente amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) A raíz de un incidente que tuvo lugar el 14 de julio de 1996 en la vía pública en Fuenlabrada (Madrid), en el que discutieron varias personas e intervino el recurrente Cabo Primero de la Guardia Civil, y tras someterse éste a una prueba de alcoholemia, se inició contra el mismo expediente disciplinario núm. 377/1996, que finalizó con la Resolución del General Jefe de la Primera Zona de 9 de enero de 1997 mediante la cual se impuso al recurrente la sanción de dos meses de arresto en establecimiento disciplinario militar como autor de una falta grave del art. 8.22 de la Ley Orgánica 11/1991, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, consistente en «embriagarse fuera de servicio cuando afecte a la imagen de la institución». Dicha sanción comenzó a ejecutarse el 17 de enero de 1997. Contra dicha Resolución interpuso el sancionado recurso de alzada el 18 de enero de 1997 y en escrito separado de idéntica fecha solicitó la suspensión de la sanción impuesta mientras se tramitaba el recurso en atención a los perjuicios que dicho arresto le produciría dada la grave depresión que sufría.

b) En Resolución del Director General de la Guardia Civil de 27 de enero de 1997 se ordenó instruir expediente gubernativo núm. 9/1997, acumular las actuaciones del expediente núm. 377/1996, dejar sin resolver el recurso de alzada y suspender la parte no extinguida de la sanción de arresto impuesta, a la vista del informe de la asesoría jurídica de la Guardia Civil de la misma fecha. En el citado informe, emitido en el expediente núm. 377/1996, se sostiene, tras constatar que en la documentación militar del sancionado aparecen anotadas, entre otras, dos sanciones impuestas por hechos realizados en estado de embriaguez, que los hechos objeto del expediente disciplinario núm. 377/1996 pudieran ser constitutivos de la falta muy grave prevista en el art. 9.7 de la Ley Orgánica 11/1991, por lo que se interesa, de conformidad con lo previsto en el art. 37 de dicha Ley y dado que no habían transcurrido los quince días previstos en el mismo, la incoación de expediente gubernativo por la autoridad disciplinaria superior a la que acordó la sanción inicial. Asimismo se sostiene que no era necesaria la resolución del recurso de alzada interpuesto en el expediente núm. 377/1996, pues el citado expediente se acumularía al nuevo que se incoara. Finalmente, se interesa la suspensión del cumplimiento de la parte no extinguida del arresto hasta tanto se adoptase resolución en el nuevo expediente gubernativo, puesto que si el mismo finalizase con sanción, se

anularía la sanción previa de arresto en virtud de lo dispuesto en el art. 37.3 de la Ley Orgánica 11/1991.

c) Por Resolución del Ministro de Defensa de 31 de julio de 1998 se acordó sancionar al expedientado con la separación del servicio al apreciarse la autoría de la falta muy grave prevista en el art. 9.7 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil. Asimismo y de conformidad con lo previsto en el art. 37.3 de dicha Ley se decretó la nulidad de la sanción de dos meses de arresto, impuesta el 9 de enero de 1997 en el expediente disciplinario núm. 377/1996.

d) Contra dicha Resolución interpuso el sancionado recurso de reposición que fue desestimado en Resolución del Ministro de Defensa de 11 de diciembre de 1998, de conformidad con el informe de la asesoría jurídica al que se remite.

e) El sancionado interpuso recurso contencioso disciplinario militar ordinario contra la misma, siendo desestimado por Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2000.

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (RESUMEN)

En los términos que han sido recogidos en los antecedentes, el demandante alega la vulneración del principio de legalidad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras de amparo desfavorables (art. 9.3 CE), de los derechos a no padecer indefensión (art. 24.1 CE), a un procedimiento sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), a la igualdad de armas en el proceso (art. 24.2 CE), a la imparcialidad (art. 24.2 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y del principio «non bis in idem» (art. 25.1 CE).

...Como afirman el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado en sus respectivos escritos de alegaciones, algunas de las pretensiones de amparo no fueron invocadas en la vía judicial previa (art. 44.1.c LOTC), por lo que deben ser también desestimadas al no haberse respetado el carácter subsidiario del recurso de amparo y, por consiguiente, no haberse dado oportunidad al órgano judicial para reparar dicha vulneración.

...Pues bien, hemos de convenir con el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado que el recurrente señor G. M. no invocó en el recurso contencioso disciplinario militar interpuesto las objeciones que dirige al procedimiento administrativo y que, a su juicio, le habían producido indefensión por no habersele informado de las pruebas testificales practicadas y no habersele dejado intervenir en el desarrollo de las mismas. Y, con independencia de la irrelevancia constitucional de la cuestión, la tacha de

parcialidad atribuida a un testigo del procedimiento quien había sido el instructor del primer expediente tampoco se invocó ante el Tribunal Supremo.

...Tampoco se invocaron en el recurso contencioso disciplinario militar ordinario ante el Tribunal Supremo la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ni la relativa a la prohibición constitucional de ser sancionado dos veces por los mismos hechos como consecuencia de la imposición de dos sanciones arresto y separación del servicio por los hechos acaecidos el 14 de julio de 1996. El recurrente denunció en el recurso contencioso la vulneración del principio «non bis in idem» con una confusa argumentación folios 23, 24, 25, 26 y 27 del rollo de actuaciones del recurso contencioso disciplinario militar ordinario de la que sólo cabe inferir el cuestionamiento de la prohibición de doble sanción en su aspecto o vertiente relativo a la calificación de la embriaguez como habitual a partir de la toma en consideración dos anotaciones de sanciones que constaban en su hoja de servicios sanciones de 21 de marzo de 1994 y de 19 de julio de 1995, en cuyas resoluciones consta como hecho la embriaguez, que, se queja el recurrente, debieron ser canceladas y no lo habían sido.

...Las irregularidades formales que se dicen cometidas en la primera fase del procedimiento sancionador, que dio lugar a la imposición de la sanción de arresto de dos meses, no pueden considerarse causantes de indefensión alguna en el recurrente dado que dicha sanción fue anulada con posterioridad, instruyéndose y sustanciándose un nuevo procedimiento sancionador conforme a las reglas procedimentales establecidas por la Ley Orgánica 11/1991 para las faltas muy graves. Por tanto, la queja ha de ser desestimada con base en la reiterada doctrina de este Tribunal (entre otras muchas, SSTC 161/1985, de 29 de noviembre, F. 5; 48/1986, de 23 de abril, F. 1; 41/1998, de 24 de febrero, F. 27; 14/1999, de 22 de febrero, F. 6; 87/2001, de 2 de abril, F. 3; 174/2001, de 26 de julio, F. 4), según la cual los defectos procedimentales sólo son constitutivos de vulneración de la indefensión constitucionalmente proscrita cuando son causantes de un perjuicio real y efectivo, esto es, de una merma definitiva de la posibilidad de alegar, contradecir y probar.

En aplicación de esta misma razón de decidir se han de desestimar las restantes quejas que el recurrente aduce como vulneradoras de la prohibición de indefensión. Ciertamente, el tener que estudiar el expediente en las dependencias oficiales y en horario de oficina al negársele las fotocopias del mismo pudo ocasionar al recurrente alguna incomodidad (STC 85/2003, de 8 de mayo, F. 11), pero ni la demanda de amparo

alega ni este Tribunal aprecia que no pudiera conocer el expediente, específicamente los cargos que se le imputaron, ni de qué forma se le limitó su derecho de defensa. Por otra parte, del hecho de que no se le notificaran de forma simultánea los dos acuerdos tomados en la Resolución de 27 de enero de 1997 tampoco resulta ninguna limitación del derecho de defensa, pues se le notificó con posterioridad el acuerdo de incoación del expediente y tuvo conocimiento, como deriva de las actuaciones, de la tramitación del mismo, pudiendo ejercer sin limitación aquel derecho fundamental.

Tampoco se alega ni se observa en qué forma ha afectado al derecho de defensa del recurrente el eventual incumplimiento de los plazos procesales por parte de la autoridad gubernativa. Por su parte, la hipótesis sostenida por el recurrente de que el acuerdo de incoación del expediente se había efectuado una vez transcurridos los quince días previstos al efecto en el art. 37.1 Ley Orgánica 11/1991 no puede ser objeto de análisis, ya que no se aduce la vulneración de ningún derecho fundamental, sino la mera cuestión fáctica de la falsedad de la fecha del acuerdo de incoación del expediente, cuestión en la que este Tribunal no puede entrar.

...La última pretensión de la demanda que se dirige frente a las resoluciones administrativas radica en la vulneración del derecho a no padecer dos sanciones por los mismos hechos, sustentada en el hecho de que para considerar concurrente el elemento «habitualidad» de la falta muy grave del art. 9.7 Ley Orgánica 11/1991, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, se tomaron en consideración dos anotaciones que constaban en su hoja de servicios respecto de dos faltas anteriores que debieron haber sido canceladas y no lo fueron. En concreto, la demanda de amparo afirma que «se han utilizado antecedentes caducos y por tanto de efectos nulos para la configuración del tipo disciplinario que se ha aplicado». Durante todo el procedimiento el señor G. M. adujo que las anotaciones debieron haberse cancelado y que la denegación de la cancelación permitió tenerlas en cuenta para la falta muy grave del art. 9.7 de la Ley Orgánica 11/1991.

La Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2000, en su fundamento jurídico quinto, argumenta, de un lado, que no se daban los requisitos para la cancelación de tales notas desfavorables, y, de otro, añade que «el hecho de que esas anotaciones o algunas de ellas pudieran haber sido canceladas es una circunstancia ajena al presente procedimiento, que no es de acumulación de faltas, sino que el segundo inciso del apartado 7 del art. 9 de la Ley Disciplinaria de la Guar-

dia Civil determina que existe habitualidad cuando se tuviere constancia por cualquier medio de dos o más episodios de embriaguez y tal tipo disciplinario es el que se ha tenido en cuenta a la hora de imponer la sanción al recurrente independientemente de la posible cancelación de las notas desfavorables, que insistimos en este caso no pudo producirse se tenía constancia de los dos episodios anteriores de embriaguez» [sic].

Desde la perspectiva constitucional del derecho invocado nada se puede oponer a la fundamentación del Tribunal Supremo. Este Tribunal carece de competencia para analizar la cuestión relativa a si dichas anotaciones debieron ser canceladas o no. Por lo demás, la cuestión de la «caducidad» de los antecedentes o de la «indebida no cancelación» de las anotaciones desfavorables por las sanciones precedentes en la hoja de servicios carece de relación con el derecho invocado, pues lo que éste prohíbe es ser sancionado dos veces por los mismos hechos (por todas, STC 2/2003, de 16 de enero) con independencia de los efectos que las sanciones hayan tenido en la hoja de servicios del sancionado.

La cuestión que podría tener relevancia respecto del derecho invocado es la relativa a si pueden ser tenidos en cuenta hechos ya sancionados con independencia de si se han cancelado o no las anotaciones o antecedentes en relación con dichas sanciones para integrar un nuevo tipo sancionador más grave. Pero esta cuestión no ha sido planteada ni en el recurso contencioso disciplinario militar ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ni en la demanda de amparo. Relevancia constitucional podría tener también, desde la perspectiva del derecho a no ser sancionado por los mismos hechos, la cuestión relativa al efectivo padecimiento de dos sanciones parte del arresto impuesto y separación del servicio por los sucedidos el 14 de julio de 1996, como consecuencia de la revisión de la calificación de la sanción en un nuevo procedimiento punitivo; sin embargo, como ya hemos expuesto en el fundamento jurídico 4, tampoco ha sido invocada dicha vulneración en el recurso contencioso disciplinario militar previo.

...Finalmente, la vulneración de la prohibición de indefensión (art. 24.1 CE) que el recurrente señor G. M. imputa a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo al admitir la contestación a la demanda de la Abogacía del Estado según el recurrente fuera de plazo y, según razona el Tribunal Supremo, admitida legalmente, también ha de ser desestimada, pues dicha admisión no limitó en modo alguno su derecho de defensa, dado que el recurrente tuvo conocimiento de la misma y pudo alegar frente a ella lo que a su derecho convino.

En atención a cuanto antecede ha de desestimarse la demanda de amparo en su integridad.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la nación española,

Ha decidido

Desestimar la presente demanda de amparo de don Lorenzo G. M.

## COMENTARIO

Aquí, el T.C., constata la impecable aplicación de la doctrina constitucional, respecto a los derechos fundamentales y libertades públicas, en la actuación administrativa de la Guardia Civil y Ministerio de Defensa.

La tutela judicial efectiva sin indefensión no se conculca por irregularidades denunciadas que no producen indefensión al no haberle producido perjuicio real y afectivo, amén de no haberse denunciado en vía administrativa.

La legalidad sancionadora, con prescripción del *non bis in idem*, ha sido repetada, pues además de ser cuestionable la cancelación, no pedida, de los antecedentes sancionadores, la «habitualidad» estaba acreditada por otros medios de prueba.





## **3. DOCUMENTACIÓN**



## DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

Por José-Leandro Martínez-Cardos Ruiz  
*Letrado del Consejo de Estado*

### SUMARIO:

I. Comentario general de doctrina legal. II. Doctrina legal del Consejo de Estado.-

#### I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO JUEZ

La función jurídica del Estado comprende diversas actividades, entre las que sobresale la de policía (García Oviedo y Martínez Useros, *Derecho Administrativo*, tomo II, Murcia, 1958, pág. 30). Por policía administrativa se entiende el conjunto de medidas de intervención utilizadas por la Administración sobre la libertad del particular para que éste ajuste su actividad a un fin de utilidad pública (Garrido Falla, *La evolución del concepto jurídico de policía administrativa*, en *Revista de Administración Pública*, número 11, 1953). La policía es pues un título, en sus orígenes, político y, hoy, jurídico, de intervención (Jordana de Pozas, *El problema de los fines de la actividad administrativa*, en *Revista de Administración Pública*, número 4, pág. 11 y ss), que actúa directamente sobre la libertad, sujetándola y, de ordinario, menoscabándola (FOIGNET, *Histoire de Droit administratif français*, París, 1904, pág. 89).

Cuando la intervención sobre la libertad personal afecta a las competencias propias de las Entidades Locales, se habla de policía administrati-

va local (IRURETAGOYENA ALDAZ, *La actividad administrativa de policía y la policía municipal*, en Administración Local de Navarra, Pamplona, 1987).

No es este el lugar adecuado ni para dar cumplida cuenta del proceso de formación de la noción de policía administrativa (por todos, FISCHER, *La police*, Leyde, 1958; una exposición de conjunto, en MAILLET, *Précis d'Histoire des institutions*, Madrid, 1956); ni para poner de manifiesto de manera pormenorizada que se trata de un concepto genérico, del que se han ido desgajando otros títulos políticos y técnicos de intervención, y, a la vez, referencial, en el sentido de que existe y se define en función de su arquetipo, el orden público (por todos, CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, *Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública*, Madrid, 1995 y NIETO, *Algunas precisiones sobre el concepto de policía*, en Revista de Administración Pública, número 76); ni, en fin, para exponer la situación de sumisión de los particulares frente a la Administración en virtud de los poderes generales y especiales de policía que ésta ostenta (*relaciones generales y especiales de supremacía*) (por todos, GALLEGO ANABITARTE, *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración*, en Revista de Administración Pública, núm. 34, págs. 11 y ss.). Basta con algunos retazos recordatorios.

La doctrina (por todos, VILLAR PALASI, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1968, pág. 145) ha puesto de manifiesto que el primitivo título de intervención del poder regio era la *pax publica*, correlato del canónico *pax Dei*. La *pax Dei* atribuía a las autoridades eclesiásticas la conservación de la paz en los lugares sagrados, aunque pertenecieran a otros. El Monarca, desde los tiempos visigóticos, tenían análogo poder respecto al lugar donde se encontraba: era el *bannus*. Pues bien, los Monarcas asturianos, primero, y leoneses, después, se sirvieron del concepto de *pax publica* para atribuirse las facultades de conservación del orden en un primer instante y la titularidad de los caminos ulteriormente por donde discurría la ruta jacobea. Esa concepción, limitada inicialmente al Camino de Santiago, se expandirá ulteriormente. La custodia de los caminos y su titularidad correspondía al Rey.

A partir de entonces, la historia se precipitó y es mejor conocida. La *pax publica* cristalizó en el *dominium publicum*; ulteriormente, el Monarca se vió en la obligación de mantener el orden no sólo en los caminos sino en todo el Reino y surgió la noción de *policía*. El anhelo de bienestar impulsó al gobernante a mejorar las condiciones del pueblo y para ello se invocó un nuevo título: el *fomento*. A partir de entonces, la *obra pública* y

el *servicio público* fueron el corolario de un técnica que, en España, hundía sus raíces en el Medioevo.

En la evolución jurídica europea, la policía era originariamente sinónimo de actividad pública, de la que fueron desgajándose sucesivamente las atinentes a la religión (siglo XVI), al Ejército y a la Hacienda (siglo XVII) y al bienestar público (*fomento*) (siglo XVIII), para quedar ceñida a la noción de libertad y de seguridad pública (siglo XIX).

Con posterioridad, la noción de policía —sustituido el término por el intervención— sufre un proceso inverso en el sentido de comprender las actividades reguladoras en cualquier ámbito económico y social, proceso consecuencia del fortalecimiento del Estado amparado por las doctrinas socialistas en todas sus formas. Esta ampliación del concepto ha dado lugar a los conceptos de policía general y policías especiales.

Los medios de policía, esto es, los instrumentos para el desarrollo y la ejecución de la actividad policial, son múltiples; unos, personales; otros, materiales y, por último, otros también jurídicos. Medios jurídicos de policía son las autorizaciones, las órdenes, las prohibiciones y las sanciones. Los conceptos de todos ellos pertenecen a la teoría general del Derecho y, más propiamente, del Derecho Administrativo, razón por la cual procede remitirse a ella.

La técnica de la autorización se utiliza en numerosísimas actividades objeto de control por parte de la Administración Local. Es baldío todo esfuerzo de enumeración. Baste señalar espigar algunos casos de los muchos previstos en la legislación y analizar alguno en concreto.

La autorización municipal es precisa para el transporte de mercancías peligrosas en los cascos urbanos (*Real Decreto 74/1992, de 31 de enero*); para la ejecución de obras y apertura de establecimientos industriales y mercantiles; para la ocupación de la vía pública (Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, artículo 75); para la venta ambulante en puestos o en camiones-tienda (*Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, artículos 51, 61 y 71*); para el establecimiento de mercadillos y mercados ocasionales o periódicos; para el ejercicio de la actividad de autotaxi o transporte de vehículos ligeros (*Real Decreto 763/1979, de 16 de marzo, modificado por Reales Decretos 236/1983, de 9 de febrero, y 1080/1989, de 1 de septiembre*); para la instalación de máquinas expendedoras (*Ley 7/1996, de 15 de enero*); para la celebración de espectáculos y actividades recreativas (*Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto*); para la fijación de horarios especiales; para la celebración de espectáculos taurinos (*Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos*); para la celebración de

espectáculos de fuegos artificiales (Orden de 20 de octubre de 1988); para la apertura de establecimientos hosteleros; para el establecimiento de carteles anunciadores.

La técnica de las órdenes y prohibiciones, que al fin y al cabo no son sino órdenes de abstenerse, se prevén en análogas materias a las antes consignadas para las autorizaciones, aunque, claro está, con sentido contrario. Así, en materia de el transporte de mercancías peligrosas en los cascos urbanos (*Real Decreto 74/1992, de 31 de enero*); de la ejecución de obras y apertura de establecimientos industriales y mercantiles; de la ocupación de la vía pública (Reglamento de Bienes de las Entidades locales, artículo 75); de interdicción de la venta ambulante en puestos o en camiones-tienda (Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, artículos 51, 61 y 71); de establecimiento de mercadillos y mercados ocasionales o periódicos; de instalación de máquinas expendedoras (Ley 7/1996, de 15 de enero); de la celebración de espectáculos y actividades recreativas (Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto); de la celebración de espectáculos taurinos (Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos); de la celebración de espectáculos de fuegos artificiales (Orden de 20 de octubre de 1988); de la apertura de establecimientos hosteleros; de el establecimiento de carteles anunciadores; de realización de actividades de riesgo para la producción de incendios forestales (Ley 81/1968, de 5 de diciembre, de Incendios Forestales); de reparación y rehabilitación de edificios; de horarios; de defensa de los consumidores y usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Consumidores y Usuarios); de ordenación de costas (baños), etc.

La técnica de la sanción se utiliza en todos los ámbitos en los que están presentes las otras —autorizaciones, órdenes y prohibiciones— como instrumento represor. En el ámbito local, no presenta particularidades respecto a la legislación general.

Arquetipo de licencias municipales exclusivas y compartidas son las de obras, primera ocupación y apertura, de una parte, y de autorización de apertura de actividades clasificadas, de otra. Conviene dar sucinta cuenta de alguna de ellas, habida cuenta la imposibilidad de pasar revista a las enumeradas anteriormente.

La licencia de obras está regulada por la legislación autonómica; la legislación estatal, contenida primordialmente en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, modificada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, y en el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio; y, en fin, en las ordenanzas municipales.

La licencia de obras es un acto de intervención de la Administración en la actividad de edificación y uso por el que se remueve el obstáculo jurídico que impide el ejercicio del derecho a edificar. Frente a concepciones disparatadas recogidas en la legislación anterior —Ley 8/1990, de 25 de julio— (una correcta crítica en DELGADO-IRIBARREN NEGRAO, *Comentarios a la Ley sobre Reforma de Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo*, Granada, 1990), conforme a la vigente, la licencia no es constitutiva del derecho, pues su contenido y extensión vienen determinados por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que la Administración se ciñe a verificar la conformidad del acto de edificación y dicho ordenamiento (*Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1999*).

Se requiere licencia de obras para todo acto de edificación (Texto Refundido de la Ley del Suelo, artículo 242.1). Quedan pues comprendidas las de nueva planta, las de ampliación, modificación de aspecto exterior y disposición interior de los edificios, de los usos y las provisionales (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 1999*); las que comporten transformación material del suelo por cambio del destino atribuido, como en el caso de los cerramientos de terrazas (*Sentencia de Tribunal Supremo, de 26 de noviembre de 1998*); las obras mayores y menores, entendiéndose por éstas últimas «las de sencillez técnica, escasa entidad constructiva y económica que no alteran el volumen ni afectan a la estructura, diseño exterior y condiciones de habitabilidad o seguridad de un inmueble» (Ley balear 10/1990, artículo 7.2); las que se ejecuten excepcionalmente en suelo no urbanizable y las hechas en edificaciones fuera de ordenación (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 1999*) y, en principio, las realizadas por las Administraciones públicas, salvo casos de urgencia o excepcionalidad (Texto Refundido de la Ley del Suelo, artículo 244.1) o previsión autonómica en tal sentido (Decreto Legislativo canario 1/2000, artículo 166.4, para las municipales).

Es preciso obtener licencia aunque el interesado sea titular de un derecho civil habilitante para edificar o de un derecho de superficie (*Sentencia de 30 de julio de 1999*)

Con carácter general, la solicitud de licencia de obras exige la previa elaboración de un proyecto, si bien el Tribunal Supremo ha matizado tal exigencia, ciñendola, de una parte, a las obras mayores y de legalización (*Sentencia de 21 de diciembre de 1993*) y excluyendola en el caso de las obras menores (*Sentencia de 9 de julio de 1986*). El proyecto, que puede ser principal o parcial y está definido en el artículo 4.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, ha de ser elaborado y suscrito por técnico competente; ha de contener las determinaciones

reglamentariamente establecidas (Decreto 462/1971, de 11 de marzo, artículo 1.B), adecuarse a las previsiones de las normas técnicas de edificación —futuro código técnico de la edificación, superar las condiciones de calidad exigidas (en algunas Comunidades Autónomas; v. gr., Ley de Madrid 2/1999, artículo 5.5), incluir los estudios relativos a la seguridad e higiene en las obras (Ley 38/1999, artículo 1.3 en relación con Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre) y estar visado por el correspondiente Colegio Profesional (Ley 2/1974, de 24 de febrero, artículo 5.q), constituyendo la falta de éste un defecto subsanable (*Sentencia de 14 de noviembre de 1990*) (sobre la cuestión, AROZAMENA SIERRA, *El visado de los proyectos técnicos por los Colegios profesionales*, en *Revista de Derecho Urbanístico*, 48, pág. 29 y ss.).

La competencia para otorgar la licencia de obras es del Ayuntamiento; en concreto, al Alcalde (Ley 7/1985, de 2 de abril, artículo 21.1, en la redacción dada por la Ley 11/1999), salvo atribución expresa al Pleno o a la Comisión de Gobierno. El carácter municipal de la licencia no se ve empañado, ni por la exigencia legal del previo informe de otras Administraciones (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de octubre de 1995*), ni por su otorgamiento, en virtud de subrogación, por la Comisión Provincial de Urbanismo (*Sentencia de 23 de junio de 1998*).

El otorgamiento de la licencia de obras puede estar supeditada a la obtención previa de autorizaciones especiales o a la emisión de informes por otras Administraciones u Órganos. Tales casos se dan en materia de costas (Ley 22/1988, de 28 de julio, artículos 25, 42, 51, 64, entre otros), de edificaciones turísticas (Ley canaria 7/1995, artículo 24, entre otras), de patrimonio histórico (Ley 16/1985, de 25 de junio, artículos 19, 22.1 y 39.1), de instalaciones nucleares y radioactivas (Real Decreto 1836/1998, artículo 14) de carreteras (Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, artículo 21.1), de impacto ambiental (Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio), de zonas de interés para la defensa (Ley de 12 de marzo de 1975) (CARRASCO PERERA Y CORDERO LOBATO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid, 2000, pág. 126).

La solicitud de licencia de obras se sujeta al régimen general del silencio administrativo contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En consecuencia, opera el silencio positivo, salvo que una norma de rango legal establezca lo contrario, y no es precisa la denuncia de mora. Las previsiones en contrario contenidas en la legislación (caso de los artículos 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y 5.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística) han de entenderse modificadas por la legislación de procedimiento administrativo.



El otorgamiento de la licencia de obras es un acto reglado, no discrecional, de tal suerte que sólo puede denegarse por infracción del ordenamiento jurídico (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1990*). La licencia está sujeta a los presupuestos y requisitos exigibles para su otorgamiento; además, puede someterse a condiciones de naturaleza jurídica, no fácticas (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de mayo de 1989*) y no afecta a las situaciones jurídico privadas existentes entre su titular y los terceros.

La demora en el otorgamiento de la licencia puede generar la obligación pública de indemnizar los daños causados (Ley 6/1998, de 13 de abril, artículo 44.2).

La licencia de obra produce efectos desde su otorgamiento, aún a falta del abono de las correspondientes tasas por el interesado (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de enero de 1991*), legitimando la actividad de construcción realizada en la forma y en los plazos de iniciación, interrupción máxima y terminación de los trabajos.

La licencia de obras es transmisible, si bien ha de comunicarse a la Administración la transmisión operada (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, artículo 13.1); y necesaria para practicar la declaración de obra nueva (Ley 6/1998, de 13 de abril, artículo 22), para contratar provisionalmente los suministros de aguas, gas, electricidad y teléfono en algunas Comunidades Autónomas (Ley 5/1999, de Castilla y León, artículo 101).

La licencia se extingue por caducidad; por cambio de plan, si la obra no se ha iniciado o, en fin, por anulación.

La ejecución de obras sin licencia o sin ajustarse a la otorgada faculta al Ayuntamiento para ordenar la suspensión de las obras y, caso de no ser legalizables, su demolición (Reglamento de Disciplina Urbanística, artículo 29.4). Las obras ilegales terminadas pueden ser legalizadas por la Administración y, caso de no proceder, demolidas (Reglamento de Disciplina Urbanística, artículo 31). En todo caso, son exigibles las responsabilidades administrativas apreciadas e, incluso, las conductas pueden ser constitutivas de delito (Código Penal, artículo 319).

El otorgamiento de la licencia devenga una tasa municipal, compatible con el Impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras (Ley 39/1988, artículo 60) y sin perjuicio de la bonificación prevista para las empresas de urbanización (Ley 39/1988, artículo 74.1).

La licencia de primera ocupación es un acto de intervención de la Administración que tiene por objeto verificar el cumplimiento de las condiciones establecidas en la licencia de obras y comprobar si el edificio

puede destinarse al uso pretendido por reunir las condiciones exigidas legalmente (*Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado, de 10 de abril de 1995*).

Está sujeta a la obtención de la licencia de primera ocupación la de edificios; la de viviendas de protección oficial, la de ocupación de un edificio tras la modificación de su uso, la de obras provisionales (ORTEGA BERNARDO, *Las licencias urbanísticas*, en *Revista de Derecho Urbanístico*, 154, pág. 687 y ss.).

El otorgamiento de la licencia de primera ocupación es competencia municipal (Texto Refundido de la Ley del Suelo, artículo 243.1). Precisa que la obra se haya terminado al amparo de una licencia de edificación no caducada y conforme a las previsiones de ésta (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de junio de 1981*), lo que se acredita con el certificado final de obra suscrito por técnico competente y visado por el correspondiente Colegio Profesional. Tiene como presupuesto que el edificio y la urbanización estén totalmente completadas, de tal suerte que uno y otra cuenten con suministro de agua, luz y alcantarillado. Requiere, además, la aportación del certificado de adaptación de la infraestructura a las condiciones técnicas contenidas en el proyecto (Orden de 26 de octubre de 1999).

Solicitada una licencia de primera ocupación y no existiendo resolución expresa por la Administración, se entenderá concedida por silencio administrativo, en análogos términos a los de la licencia de obras.

El otorgamiento de la licencia de primera ocupación habilita para el uso de la edificación; sustituye a la certificación final de obras a los efectos de la declaración de obra nueva (*Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 10 de abril de 1995*) y a la cédula de habitabilidad y debe ser facilitada a los adquirentes de viviendas (Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, de protección de los consumidores).

La licencia de primera ocupación es transmisible y devenga la correspondiente tasa, de manera análoga a la de obras.

El otorgamiento de la licencia de primera ocupación es un acto reglado de tal suerte que sólo puede ser denegada por falta de condiciones de la vivienda o edificación para el uso previsto; por inadecuación de la edificación al proyecto que sirvió de base para el otorgamiento de la licencia de obras o por incumplimiento del deber de urbanizar. No puede denegarse por cuestiones de relativas a cesiones, reparcelaciones, errores cometidos con ocasión del otorgamiento de la licencia de obras o falta de liquidación de la correspondiente tasa (*Sentencias del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1980, 30 de abril de 1984 y 10 de marzo de 1999*, entre otras).

Conforme al artículo 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, se sujetan a licencia la apertura y traslado de establecimientos industriales y comerciales. Se solicita después de ejecutada la edificación, si bien cabe pedirla antes de la licencia de obras cuando aquélla vaya a destinarse a «establecimiento de características determinadas» (Reglamento de Servicios, artículo 23).

Se trata de una licencia municipal que tiene un régimen jurídico análogo a la de obras, razón por la cual no procede reiterarlo.

Debe señalarse en todo caso que la exigencia de licencia de apertura es independiente de las licencias precisas con arreglo a las normas sectoriales aplicables. Ello ocurre en el caso de apertura de edificaciones turísticas (Ley canaria 7/1995, entre otras), de instalaciones nucleares y radioactivas (Real Decreto 1836/1998, artículo 14) y de locales destinados a actividades recreativas (Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto).

Arquetipo de licencia articulada en un procedimiento de intervención por otra Administración es la de actividades clasificadas. En efecto, la apertura de establecimientos mercantiles o industriales destinados a la realización de actividades clasificadas se sujeta a la obtención de la correspondiente licencia, que absorbe la prevista en el artículo 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

El estado que presenta la legislación aplicable a las actividades clasificadas es marañoso y casi caótico. Inciden en la materia la regulación del Estado (Decreto 2424/1961, Orden Ministerial de 15 de marzo de 1963, Decreto 840/1966, Decreto 2231/1966, Orden Ministerial de 20 de julio de 1967, Ley 38/1972, Decreto 833/1975 y Decreto 2183/1968), que conserva carácter supletorio; la ingente legislación autonómica sobre la materia y las ordenanzas municipales.

El elenco de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas contenido en las normas estatales y autonómicas no constituye un *numerus clausus*, de tal suerte que ha de estarse a las calificaciones generales (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 1998*).

El desarrollo de actividades clasificadas sólo puede exigir dos licencias, la de instalación y la de funcionamiento (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 1993*). La finalidad de la primera es comprobar que la ubicación de la actividad pretendida es conforme con el planeamiento y si reúne las condiciones técnicas suficientes para impedir la producción de daños en las personas, en los bienes o en el medio ambiente (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de marzo de 1999*); no habilita para el funcionamiento de la actividad. La finalidad de la segunda es la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la de instala-

ción (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1998*). Ambas licencias son independientes de las de obras y primera ocupación.

El otorgamiento de la licencia de instalación es competencia municipal (Decreto 2414/1961, artículo 6), si bien existe un control técnico del órgano autonómico correspondiente, concretado en un informe vinculante para el Ayuntamiento.

La solicitud de licencia de instalación debe ir acompañada del correspondiente proyecto técnico y memoria de la actividad y se prevé la existencia de sendos trámites de información pública y notificación personal a los vecinos afectados en el procedimiento, cuya omisión determina la nulidad de la licencia.

La licencia de funcionamiento tiene por objeto la comprobación de que lo exigido en la licencia de instalación se ha cumplido. El título legítima indefinidamente la actividad autorizada y es condición imprescindible para la contratación de determinados servicios y suministros (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2000*).

## II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

### 1. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

«El expediente sometido a consulta plantea en primer término la naturaleza de la solicitud formulada por Doña Josefina. Esta la presentó como reclamación previa a la vía civil y la Administración la recalificó como reclamación de responsabilidad patrimonial fundada en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Dicha recalificación no fue notificada específicamente a la interesada, pero ésta tuvo conocimiento de ello con ocasión del primer trámite de audiencia que se le concedió y la aceptó, *facta concludentia*, tras percatarse de ello según se deduce del texto de su escrito de 11 de marzo de 1998, formulando alegaciones, solicitando el abono de una indemnización e invocando expresamente la Ley 30/1992 y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Así las cosas, el Consejo de Estado considera que, al haberse recalificado materialmente por la Administración el escrito de la peticionaria de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración y haberlo aceptado, procede considerarlo como tal.

Respecto al fondo, el Consejo de Estado considera que la solicitud de indemnización de daños y perjuicios debe considerarse presentada fuera del plazo de un año legalmente establecido en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En efecto, la reclamante presentó su petición el 1 de febrero de 1996, cuando las obras de desdoblamiento de la CN-340 habían terminado en diciembre de 1990, fecha que debe tomarse como *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad; es decir, la solicitud de indemnización fue deducida cuando ya habían transcurrido con creces el término del año establecido en el mencionado artículo 142 de la Ley 30/1992. (Dictamen número 1424/2004).

## 2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. «El Consejo de Estado considera que procede estimar la reclamación de la unión temporal de empresas adjudicataria de los trabajos «Autovía A-49. V Centenario. Tramo: San Juan del Puerto-Aljaraque» por los daños sufridos con ocasión de las lluvias caídas en diciembre de 2000.

Ha quedado acreditado que las obras sufrieron diversos daños, consistentes en aterramientos, derrumbes y desperfectos en los terraplenes a consecuencia de la mayor avenida del río Odiel, hecho debido a las lluvias torrenciales habidas entre el 21 y 26 de diciembre de 2000. Estas tuvieron un carácter tan importante que pueden calificarse correctamente como constitutivas de fuerza mayor, con arreglo al artículo 144 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Y es que, a los efectos de la aplicación del mencionado artículo 144 lo relevante no son los efectos producidos por las lluvias, sino que éstas sean calificables de fuerza mayor.

En efecto, con arreglo al artículo 144 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicable al caso por el momento de celebración del contrato y de la producción del daño que se reclama,

*«En los casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido.»*

*Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:*

*.../...*

*b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes»*

A falta de otras previsiones específicas en el artículo 144 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, en el artículo 132 del Reglamento General de Contratación y el cláusula 14 del Pliego de Cláusulas Generales, para la interpretación del primero de los citados, ha de acudirse al Código Civil. En este cuerpo legal, el artículo 1105, se prevé que *«nadie responderá de aquéllos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables»*. Con base en el transcrito precepto y al aplicar el artículo 46 de la Ley de 8 de abril de 1965, correlativo al 144 de la vigente, este Consejo de Estado ha señalado en reiteradas ocasiones, que son causas de fuerza mayor aquellas, legalmente tasadas, que constituyen acontecimientos realmente insólitos y extraordinarios por su magnitud. Se trata de hechos que están fuera del círculo de actuación del obligado; de hechos que exceden visiblemente los accidentes propios del curso normal de los acontecimientos y de la vida por la importancia de su manifestación; de hechos ajenos e independientes de quienes los alegan; de hechos, en fin, que, aún siendo previsibles, tienen el carácter de inevitables; en especial, en lo tocante a la previsibilidad del acontecimiento y siendo éste un concepto de límite imprecisos, hay que entender la fuerza mayor, en su aplicación legal y práctica, como excluyente de los acontecimientos extraordinarios que, aunque no imposibles físicamente y, por tanto, previsibles en teoría, no son de los que se puede calcular con una conducta prudente, atenta a los acontecimientos que el curso de la vida depara ordinariamente.

En relación con las inundaciones, en cuanto causa de fuerza mayor y por tanto como determinante de la obligación pública de indemnizar los daños a ellas debidos, la referencia legal a su carácter de «catastróficas» ha de entenderse, como ha señalado este Consejo de Estado, en el sentido ordinario y común del adjetivo empleado, lo que comporta una alteración grave del orden regular de las cosas. Su determinación ha de hacerse en cada caso concreto, al no poderse admitir una teoría unitaria sobre su alcance y contenido, atendándose especialmente, bien a lo insólito en cuanto a la periodicidad histórica; bien a su importancia cuantitativa; bien a las circunstancias cualitativas del caso, tales como la torrencialidad de las lluvias —lo que ha de apreciarse en atención a las circunstancias del lugar, como señalara ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1971—, la duración y permanencia de las

precipitaciones, la descarga con carácter de tromba, la cantidad de agua caída en un corto período o, incluso, la afección de los bienes. Circunstancias todas ellas que han de tenerse en cuenta en atención a la realidad social y a la exigencia de hacer efectivo el principio de solidaridad. Así las cosas, la noción de inundación catastrófica, en cuanto supuesto de fuerza mayor, se configura como un concepto jurídico indeterminado diacrónico que lo acerca, a los denominados por la jurisprudencia foránea, *transformative torts*.

Pues bien, la aplicación de lo expuesto tiene consecuencias claras en el caso sometido a consulta. Las lluvias habidas pueden calificarse de catastróficas a la vista de su caudal, pues su importancia superó los límites normales, excediendo lo que comúnmente puede llamarse lluvias copiosas o abundantes, según se deduce de los datos facilitados por el Instituto Nacional de Meteorología.

Al ser calificables las lluvias de fuerza mayor, el contratista tiene derecho a ser indemnizado por los daños sufridos con arreglo al precepto antes citado, de tal suerte que procede estimar la reclamación sometida a consulta.»

(*Dictamen 64/2004*).

2 «La cuestión suscitada en el presente expediente se ciñe a determinar si procede o no la indemnización de daños y perjuicios solicitada por la empresa reclamante.

Los contratos originan una relación jurídica entre las partes, que les vincula y es, como regla general, inalterable y obligatoria (Código Civil, artículos 1254, 1256 y 1258).

En el caso del contrato de obras, uno de los elementos esenciales de la relación jurídica que liga a las partes es el de que la ejecución de los trabajos se hace a riesgo y ventura del contratista, sin que a la Administración «le importe para nada el desarrollo de su ejecución y las incidencias que pudieren surgir», por utilizar las palabras del artículo 26 de la Real Orden de 14 de abril de 1836. La única excepción a la vigencia del principio de riesgo y ventura es la fuerza mayor.

En otros términos, el contratista está obligado a construir la obra pública, asumiendo los eventuales riesgos derivados de su ejecución y pérdida, salvo en el caso de fuerza mayor. La referida regla de la construcción de la obra a riesgo y ventura del contratista comporta que éste se beneficia de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudica con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la

gestión de la labor pública o de interés público que tiene encomendada. La Administración permanece, pues, ajena a la suerte o desventura del contratista. Lo que sí hace la Administración es garantizar la indemnidad de las prestaciones económicas a que se obliga en virtud de la relación contractual mediante la técnica de la revisión de precios que no es sino una cláusula de estabilización, de las llamadas de índice, directamente encaminada a proteger contra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Lo expuesto no significa que la regla de riesgo y ventura del concesionario no tenga sus naturales límites, determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero.

El contrato de obras está sujeto, como se ha indicado, al criterio general de la obligatoriedad. Y la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta tal punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula *rebus sic stantibus*). Debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual (*boulevardissement*, decía el Consejo de Estado francés en su arrêt de 27 de junio de 1919). La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración (*factum principis*) bien en circunstancias ajenas a ésta, bien en la fuerza mayor. El Consejo de Estado no ha sido ajeno en nuestra patria a la construcción de la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en los contratos cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista. Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta el dictamen de 14 de mayo de 1987 (expediente número 50.226), el Consejo de Estado ha señalado que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello sólo es posible cuando, además de no tener adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios, el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado, de tal suerte que los desbarata completamente.

La apreciación de dicha alteración sustancial ha de hacerse en cada caso concreto, atendiendo a las concretas circunstancias de la relación contractual ponderada. En otros términos, el reconocimiento del derecho del contratista a percibir una indemnización por alteración del equilibrio económico financiero del contrato no es consecuencia indefectible y automática derivado del incremento de los costes de su ejecución en



cuantía superior a un determinado porcentaje de su precio. Cuando el Consejo de Estado ha señalado en ocasiones un porcentaje en tal sentido, no lo ha hecho de manera rígida y absoluta, sino, antes al contrario, como simple pauta para valorar las circunstancias concretas que puedan concurrir.

Así las cosas, el Consejo de Estado considera que, en el caso sometido a consulta, no procede reconocer indemnización alguna al contratista. Los incrementos de precios de los productos derivados del petróleo habidos desde marzo de 1998 hasta noviembre de 2000 deben ser soportados por la empresa contratista, pues entran dentro de su riesgo y ventura. En efecto, aunque, es cierto que, como ha señalado el Consejo de Obras Públicas, dichos sobrecostes no tienen una compensación plenamente satisfactoria mediante el mecanismo de la revisión de precios, no desbaratan gravemente la economía del contrato hasta tal punto de hacerlo excesivamente oneroso. Como ha señalado un Consejero de Obras Públicas, si se atiende a la totalidad de las compensaciones económicas percibidas por el contratista por la ejecución de la prestación debida es claro que la adjudicataria quizás no haya obtenido el beneficio que esperara, pero, también resulta indubitado, que no ha visto alterado gravemente la economía del contrato, desbaratándolo de manera completa.

En consecuencia, faltando el presupuesto de alteración grave de la economía del contrato, no procede adoptar ninguna de las medidas compensatorias excepcionales que el derecho ofrece.»

*(Dictamen 661/2004)*

### 3. MODIFICACIÓN DE ZONAS VERDES

«El Consejo de Estado ciñe su consulta a lo que la modificación proyectada afecta a zonas verdes.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 161.1 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico y el artículo 83.1 de la Ley 3/2002, de 19 de abril, de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana del Principado de Asturias, la modificación de planes de ordenación urbana se sujetará a las mismas normas que se establecen para su formación. Con arreglo a éstas, corresponde al Pleno Municipal la aprobación inicial de la modificación, debiendo someterse la misma a información pública, insertándose los correspondientes anuncios en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma y en un

periódico de gran circulación. Una vez cumplido el mencionado trámite de información pública, el mismo Pleno municipal debe aprobar provisionalmente la modificación.

La aprobación definitiva corresponde al Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, de conformidad con lo establecido en el artículo 84.3 de la citada Ley 3/2002, de 19 de abril, del Principado de Asturias.

En cuanto al fondo, el Consejo de Estado no formula objeción alguna a la modificación proyectada. Tiene esta por objeto la relocalización de una zona verde a fin de adecuar el planeamiento a la situación real derivada de la ejecución de las obras de urbanización. La modificación tiene por objeto asegurar la configuración y la función prevista para la zona verde que ve modificada su ubicación y su extensión se ve incrementada. Por todo ello, habida cuenta además que se respetan los estándares exigidos por la Ley 3/2002, de 19 de abril, el Consejo de Estado informa favorablemente la modificación proyectada.»

*(Dictamen 685/2004)*

3.2. ESTADOS PARTES EN LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. CONVENIOS DE GINEBRA (GC), PROTOCOLOS ADICIONALES (AP I Y AP II), DERECHOS DEL NIÑO (CRC Y CRC 2000), CORTE PENAL INTERNACIONAL (ICC), BIENES CULTURALES (HAGUE 1954, 1954 Y 1999), MEDIO AMBIENTE (EN M MOD), PROTOCOLO GASES (PROT. 1925), ARMAS BIOLÓGICAS (1972), ARMAS CONVENCIONALES (1980, 1980, 1980, 1995, 1996, 2001 Y 2003), ARMAS QUÍMICAS (1993) Y MINAS ANTIPERSONAS (OTTAWA, 1997)\*

Country	Protection of victims of armed conflicts					International Criminal Court		Protection of Cultural Property		Environment		Weapons											
	GC HW 1949	AP I 1977 Declaration art. 9)	AP I 1977	AP II 1977	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. IV 1985	CCW Prot. a 1996	CCW Amdt. 2001	CCW Prod. V 2003	CWC 1993	Osawa Treaty 1997
Afghanistan	26/9/86				26/3/84	24/9/03	10/2/06				22/10/85	9/12/86	26/8/75	28/8/02	28/8/02	28/8/02	28/8/02	28/8/02	28/8/02			28/9/03	11/9/02
Albania	27/5/57		16/7/83	16/7/83	27/2/92		31/1/03	20/12/60	20/12/60		20/12/89	11/8/92	11/8/92	28/8/02	28/8/02	28/8/02	28/8/02	28/8/02	28/8/02			11/5/94	29/2/00
Algeria	20/6/60	16/8/89	16/8/89	16/8/89	16/4/93	30/4/01					19/12/91	27/1/92	22/7/01	14/8/95	14/8/95	14/8/95	14/8/95	14/8/95	14/8/95			14/8/95	9/10/01
Andorra	17/9/83				21/8/86		30/4/01							27/2/03	27/2/03							27/2/03	29/6/98
Angola	20/9/84	20/9/84			5/12/90						25/10/88	27/4/89	29/1/03	21/10/95	21/10/98	21/10/98	21/10/98	21/10/98	21/10/98	25/2/04		21/0/95	3/5/99
Antigua and Barbuda	6/10/86	6/10/86			5/12/90		18/6/01			7/1/02	20/3/87	12/5/89	5/12/79	29/9/85	29/9/85	29/9/85	29/9/85	29/9/85	29/9/85			27/1/85	14/9/99
Argentina	18/9/56	26/11/86	11/10/96		4/12/90	10/9/02	8/2/01	22/3/89	5/9/93		15/5/02	7/6/94	7/6/94	29/9/83	29/9/83	29/9/83	29/9/83	29/9/83	29/9/83			27/1/85	6/5/94
Armenia	7/6/93	7/6/93			23/6/93		17/02	19/9/84	5/9/93		7/9/84	24/5/30	5/10/77	29/9/83	29/9/83	29/9/83	29/9/83	29/9/83	29/9/83			17/8/95	29/6/98
Australia	14/10/88	2/16/91	23/9/92		17/12/90		17/02	25/6/64	25/6/64	13/02	17/1/90	9/5/28	10/6/73	14/3/83	14/3/83	14/3/83	14/3/83	14/3/83	14/3/83			29/2/00	
Austria	27/8/53	13/6/82	13/6/82		13/6/82	12/02	28/12/00	20/9/93	20/9/93	17/4/01													
Azerbaijan	1/6/98				13/8/82	3/7/02																	
Bahamas	11/7/75	10/4/80			20/2/91						9/12/88	26/11/86	26/11/86	69/00	69/00	69/00	69/00	69/00	69/00			28/4/87	31/7/88
Bahrain	30/11/71	30/10/86			20/2/91	21/9/04					31/0/79	20/5/89	13/3/85	69/00	69/00	69/00	69/00	69/00	69/00			25/4/87	69/00
Bangladesh	4/4/72	8/9/80			3/8/80	6/9/00					3/10/79	20/5/89	13/3/85	69/00	69/00	69/00	69/00	69/00	69/00			25/4/87	69/00
Barbados	10/9/68	19/2/90			9/10/90	6/9/00					16/7/76	16/2/73	16/2/73	23/6/82	23/6/82	23/6/82	23/6/82	23/6/82	23/6/82			11/7/86	3/9/03
Belarus	3/8/54	23/10/89	23/10/89		11/0/90		10/12/02	9/4/02	9/4/02	13/12/00	7/8/88	4/12/28	15/3/79	7/2/95	7/2/95	7/2/95	7/2/95	7/2/95	7/2/95			27/1/87	4/9/98
Belgium	3/9/52	20/5/66	27/3/87		16/12/91	6/5/02	28/6/00	7/5/57	7/5/57	13/12/00	12/7/82	4/12/28	15/3/79	7/2/95	7/2/95	7/2/95	7/2/95	7/2/95	7/2/95			1/12/03	23/4/88
Belize	23/6/84	29/6/84			2/5/90	1/12/03	5/4/00	16/9/60	16/9/60		30/6/86	9/12/86	25/4/75	27/3/89	27/3/89	27/3/89	27/3/89	27/3/89	27/3/89			14/5/88	25/9/98
Benin	14/12/61	28/5/66			3/8/90		22/1/02																
Bhutan	10/1/91				1/8/90							19/2/79	8/6/78	27/3/89	27/3/89	27/3/89	27/3/89	27/3/89	27/3/89				
Bolivia	10/12/76	8/12/83	10/8/82		8/12/83	26/6/80	27/6/02					13/8/85	30/10/75	21/9/01	21/9/01	21/9/01	21/9/01	21/9/01	21/9/01			14/8/88	9/6/88
Bosnia-Herzegovina	31/12/92	31/12/92	31/12/92		1/9/93	10/10/03	11/4/02	12/7/93	12/7/93					21/9/01	21/9/01	21/9/01	21/9/01	21/9/01	21/9/01			25/2/87	8/9/88
Boswana	23/9/88	23/5/79			14/3/95	4/10/04	8/9/00	31/02	31/02			15/6/94	5/8/92	19/93	19/93	19/93	19/93	19/93	19/93			31/8/88	13/00
Brazil	23/6/57	5/5/92	23/11/83		24/9/90	27/1/04	20/6/02	12/9/58	12/9/58		12/10/84	28/8/70	27/2/73	31/0/95	31/0/95	31/0/95	31/0/95	31/0/95	31/0/95			13/3/86	30/4/99
Bunei Darussalam	14/10/91	14/10/91			27/12/95								31/11/81										28/7/87

\* INFORMACIÓN FACILITADA POR EL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. FUENTE: CICR.

Country	Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court			Protection of Cultural Property				Environment		Weapons						
	GC-IV 1949	AP I 1977	AP I Declaration art. 90	AP II 1977	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	EMODConv. 1976	Genava Gas Prot. 1925	BMC 1972	CCW 1980	CCW Prot. 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amst. 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993
Bulgaria	22/7/54	26/9/89	9/5/94	26/9/89	3/6/91	12/2/02	11/4/02	7/6/56	9/10/58	14/6/00	31/5/78	7/3/54	2/8/72	15/10/82	15/10/82	15/10/82	3/12/98	3/12/98	28/2/03	10/8/84	4/9/98	
Burkina Faso	7/11/61	20/10/87	24/5/04	20/10/87	31/8/90		16/4/04	18/12/69	4/2/87			3/3/71	17/4/91	26/11/03	26/11/03	26/11/03	26/11/03	26/11/03	26/11/03		8/7/97	16/9/98
Burundi	27/12/71	10/6/93		10/6/93	19/10/90		21/9/04					15/3/83	9/9/83	25/3/97	25/3/97	25/3/97	25/3/97	25/3/97	25/3/97		4/9/98	28/7/99
Cambodia	8/1/58	14/1/98		14/1/98	15/10/92	16/7/04	11/4/02	4/4/62	4/4/62	12/10/61		20/7/89	18/9/72	24/6/94	24/6/94	24/6/94	5/1/98	5/1/98	22/7/02		16/9/96	19/9/02
Cameroon	16/9/63	16/3/84		16/3/84	11/7/83		7/7/00	12/10/61	12/10/61			11/6/81	3/10/79	15/10/81	15/10/81	15/10/81	16/9/97	16/9/97			26/9/95	3/12/97
Canada	14/5/65	20/11/90	16/3/95	20/11/90	13/2/91	7/7/00	7/7/00	11/12/98			3/10/79	15/10/81	20/10/77	16/9/97	16/9/97	16/9/97	16/9/97	16/9/97			10/10/03	14/5/01
Cape Verde	11/5/94	16/3/95		16/3/95	4/6/92	10/5/02						3/10/79	20/10/77									8/11/02
Central African Republic	18/6/66	17/7/84		17/7/84	23/4/92		4/10/01					3/10/79										13/2/04
Chad	5/8/70	17/1/87		17/1/87	2/10/90	28/8/02					26/4/94											6/5/99
Chile	12/10/50	24/4/91	24/4/91	24/4/91	13/8/90	3/17/03						27/75	22/4/80	15/10/03	15/10/03	15/10/03	15/10/03	15/10/03			12/2/04	6/5/99
China	28/12/56	14/9/83		14/9/83	23/9/92		5/10/00	5/10/00	5/10/00			13/7/52	15/11/84	7/4/82	7/4/82	7/4/82	4/11/98	4/11/98	11/8/03		25/4/87	10/9/01
Colombia	8/11/61	1/9/93	17/4/96	14/8/95	28/1/91		5/8/02	18/6/98	18/6/98				19/12/83	6/3/00	6/3/00	6/3/00	6/3/00	6/3/00			5/4/00	6/9/00
Comoros	21/11/85	21/11/85		21/11/85	22/6/93		3/5/04						23/10/78	6/3/00	6/3/00	6/3/00	6/3/00	6/3/00				19/9/02
Congo	4/2/67	10/11/83		10/11/83	14/10/93		11/4/02	18/4/61	18/4/61				23/10/78	17/12/98	17/12/98	17/12/98	17/12/98	17/12/98				4/5/01
Congo (Dem Rep)	24/2/61	3/6/82	12/12/02	12/12/02	27/9/90	11/11/01					7/2/96		17/12/73	17/12/98	17/12/98	17/12/98	17/12/98	17/12/98			15/7/94	17/3/99
Cook Islands	11/6/01	7/5/02		7/5/02	6/6/97		7/6/01	3/6/98	3/6/98	9/12/03		27/7/70									31/5/96	17/3/99
Costa Rica	15/10/99	15/12/83	21/2/99	15/12/83	21/8/90	24/1/03		3/6/98	3/6/98												18/12/95	30/6/00
Cote d'Ivoire	28/12/61	20/9/89		20/9/89	4/2/91		21/5/01	24/1/80	24/1/80												23/5/85	20/5/98
Croatia	11/5/92	11/5/92	11/5/92	11/5/92	12/10/92	1/11/02		6/7/92	6/7/92					21/2/83	21/2/83	21/2/83	25/4/02	25/4/02	27/5/03		29/4/97	
Cuba	15/4/54	25/11/82		23/6/99	21/8/91		21/5/01	26/11/57	26/11/57					23/87	23/87	23/87	25/4/02	25/4/02			18/12/95	30/6/00
Cyprus	23/5/62	1/6/79	14/10/02	18/3/96	7/2/91		7/9/02	9/9/64	9/9/64	16/5/01				12/12/88	12/12/88	12/12/88	22/7/03	22/7/03			29/4/97	
Czech Republic	5/2/93	5/2/93	25/9/95	5/2/93	22/2/93	30/11/01		26/3/93	26/3/93					22/2/93	22/2/93	22/2/93	10/6/98	10/6/98			63/86	26/10/99
Denmark	27/6/51	17/6/82	17/6/82	17/6/82	19/7/91	27/8/02	21/6/01	26/3/03	26/3/03					7/7/82	7/7/82	7/7/82	30/4/97	30/4/97			13/7/95	8/6/98
Djibouti	6/3/78	8/4/91		8/4/91	6/12/90		5/11/02							29/7/96	29/7/96	29/7/96					18/5/98	26/3/99
Dominica	28/9/81	25/4/96		25/4/96	13/3/91	20/8/02	12/2/01				9/11/82			8/11/78	8/11/78	8/11/78					12/2/01	18/5/98
Dominican Republic	22/1/58	26/5/94		26/5/94	11/6/91		5/2/02	5/1/60	21/3/02					8/12/70	8/12/70	8/12/70	16/12/03	16/12/03			30/6/00	30/6/00
Dominican Republic	11/8/54	10/4/79		10/4/79	23/3/90	7/6/04		21/0/56	8/2/61					16/9/70	16/9/70	16/9/70	4/5/82	4/5/82	14/8/00		6/9/95	29/4/99
Ecuador	10/11/52	9/10/92		9/10/92	6/7/90		5/2/02	17/8/55	17/8/55					31/12/91	26/11/00	26/11/00	26/11/00	26/11/00			30/10/95	27/1/99
Egypt	17/6/53	23/11/78		23/11/78	10/7/90	18/4/02		19/7/01	27/3/02	27/3/02				16/1/89	16/1/89	16/1/89					25/4/97	16/9/98
El Salvador	24/7/86	24/7/86		24/7/86	15/6/92		30/1/02	19/11/03	19/11/03					20/5/89	20/5/89	20/5/89					30/10/95	27/1/99
Equatorial Guinea	14/8/00				3/8/94			6/6/04	6/6/04					21/6/93	21/6/93	21/6/93	20/4/00	20/4/00	12/5/03		25/4/97	16/9/98
Eritrea	18/1/93	18/1/93		18/1/93	21/10/91		30/1/02	4/4/95	4/4/95					7/10/35	7/10/35	7/10/35	20/4/00	20/4/00	20/4/00		14/2/00	27/8/01
Estonia	21/0/68	8/4/94		8/4/94	14/5/91									21/3/73	21/3/73	21/3/73					26/5/99	12/5/04
Ethiopia	9/8/71	7/8/80		7/8/80	13/8/93		29/11/99	16/9/94	16/9/94					11/0/73	11/0/73	11/0/73					13/5/96	20/1/83
Finland	22/2/55	7/8/60	7/8/60	7/8/60	20/6/91	10/4/02		16/9/94	16/9/94					8/5/82	8/5/82	8/5/82	11/1/96	11/1/96	22/6/04		7/2/93	10/6/98

Country	Protection of victims of armed conflicts					International Criminal Court		Protection of Cultural Property			Environment	Weapons									
	GC IIV 1949	API 1977	API Declaration art. 90	API 1977	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1978	Geneva Gas Prot. 1925	BMC 1972	CCW 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995 a 1996	CCW Prot. III CVW Amnd. 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
France	28/651	11/201		24/284	7/890	5/203	9/600	7/657	7/657			10/526	4/388	4/388	4/388	4/388	23/798	23/798	23/95	23/798	
Gabon	26/265	8/480		84/80	9/294		20/900	4/1261	4/1261	29/803		5/1166	29/496	29/496	29/496	29/496	29/496	29/496	29/496	89/00	89/00
Gambia	20/1066	12/189		12/189	88/90		28/602					2/25/96	29/496	29/496	29/496	29/496	29/496	29/496	29/496	19/598	19/598
Georgia	14/993	14/993		14/993	26/94		5/903	4/1192	4/1192			7/483	25/1192	25/1192	25/1192	25/1192	25/1192	25/1192	25/1192	27/11/95	27/11/95
Germany	3/954	14/291		14/291	6/392		11/1200	11/867	11/867			24/583	25/1192	25/1192	25/1192	25/1192	25/1192	25/1192	25/1192	12/284	12/284
Ghana	28/568	28/278		28/278	5/290		20/1299	25/760	25/760			22/678	3/567	3/567	3/567	3/567	3/567	3/567	3/567	9/797	9/797
Greece	5/656	31/389		32/393	11/593	22/1003	15/502	9/281	9/281			23/683	30/561	28/192	28/192	28/192	28/192	28/192	28/192	22/1294	25/903
Grenada	13/481	23/998		23/998	5/1190							31/89	22/1086							19/898	19/898
Guatemala	14/652	19/1087		19/1087	6/690	9/502	21/085	19/594	19/594			21/388	3/583	21/783	21/783	21/783	30/802	29/1001	12/203	26/399	
Guinea	11/784	11/784		11/784	13/790		14/703	20/960	11/261			21/388	3/583	21/783	21/783	21/783	30/802	29/1001	9/697	8/1098	
Guinea-Bissau	21/274	21/10/86		21/10/86	20/890							21/388	3/583	21/783	21/783	21/783	30/802	29/1001	22/501	22/501	
Guyana	22/768	18/188		18/188	14/191		24/904					20/589	208/76						12/997	12/997	5/803
Haiti	11/457				8/695							20/589	208/76						12/997	12/997	5/803
Holy See	22/251	21/11/85		21/11/85	20/490	24/1001	24/258	24/258	24/258			18/1066	4/102	22/797	22/797	22/797	22/797	22/797	12/599	12/599	17/298
Honduras	31/1265	16/295		16/295	10/890	14/802	17/702	25/1002	25/1002	28/103		18/1066	4/102	22/797	22/797	22/797	22/797	22/797	12/599	12/599	17/298
Hungary	3/854	12/489		12/489	7/1091		30/1101	17/556	16/856			19/478	11/1052	30/1003	30/1003	30/1003	30/1003	30/1003	31/10/96	31/10/96	6/498
Iceland	10/865	10/487		10/487	28/1092	1/1001	25/500					21/167	15/273	14/682	14/682	14/682	14/682	14/682	31/10/96	31/10/96	6/498
India	9/1150				11/1292							21/167	15/273	14/682	14/682	14/682	14/682	14/682	28/497	28/497	5/599
Indonesia	30/958				5/990							94/30	15/774	1/384	1/384	1/384	2/999	2/999	3/996	3/996	
Iran (Islamic Rep)	20/257				13/794							5/1129	228/73						12/11/98	12/11/98	
Iraq	14/256				15/694							89/31	19/691						31/11/97	31/11/97	
Ireland	27/992	19/599		19/599	28/992	18/1102	11/402	31/057	14/458			16/1282	29/890	27/1072	13/395	13/395	27/997	27/997	24/696	24/696	31/297
Israel	6/751				31/091							20/269	27/1072	13/395	13/395	13/395	27/997	27/997	24/696	24/696	31/297
Italy	17/1251	27/886		27/886	5/991	9/502	26/799	9/558	9/558			20/269	27/1072	13/395	13/395	13/395	27/997	27/997	81/285	81/285	23/499
Jamaica	20/764	29/786		29/786	14/581	9/502	26/799	9/558	9/558			34/28	30/575	20/195	20/195	20/195	13/199	13/199	81/285	81/285	23/499
Japan	21/453	1/904		31/804	22/494	28/04						28/770	138/75	20/195	20/195	20/195	13/199	13/199	81/285	81/285	23/499
Jordan	29/551	1/579		1/579	24/591		11/402	21/057	21/057			9/682	21/570	19/1095	19/1095	19/1095	10/697	10/697	29/1097	29/1097	13/1198
Kazakhstan	5/592	5/592		5/592	12/894	10/403		14/397	14/397			20/177	27/875	19/1095	19/1095	19/1095	10/697	10/697	29/1097	29/1097	13/1198
Kenya	20/966	23/299		23/299	30/790	28/102						6/770	7/176						23/300	23/300	
Kimballi	5/189				11/1285							6/770	7/176						25/497	25/497	
Korea (D.Pe. Rep.)	27/857	9/888		9/888	21/890							81/184	4/189	13/387	13/387	13/387	9/501	9/501	28/497	28/497	
Korea (Republic of)	16/866	15/182		15/182	20/1191	24/904	13/1102	6/669	6/669			21/286	4/189	25/887	25/887	25/887	9/501	9/501	28/497	28/497	
Kuwait	29/67	17/185		17/185	21/1091	26/804						21/80	15/1271	26/772	26/772	26/772			29/903	29/903	
Kyrgyzstan	18/992	18/992		18/992	71/094	13/803		37/95	37/95			51/078	20/589	25/473	25/473	25/473			29/903	29/903	
Laos (People's Dem.)	29/1056	18/1180		18/1180	8/591							51/078	20/589	25/473	25/473	25/473			25/297	25/297	



Country	Protection of victims of armed conflicts									International Criminal Court			Protection of Cultural Property			Environment		Weapons							
	GC IAW 1949	AP I 1977	AP I Declaration art. 91	AP II 1977	CRC 1989	Opt. Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976	Geneva Gas Prot. 1925	BMC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. III a 1996	CCW Amnd. 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997		
Norway	385/1	14/12/81	14/12/81	14/12/81	81/191	23/9/03	16/200	19/9/61	19/9/61	15/2/79	27/7/02	18/7/3	7/6/83	7/6/83	7/6/83	7/6/83	20/4/98	20/4/98	18/11/03		7/4/94	9/7/98			
Oman	31/1/74	29/3/84	29/3/84	29/3/84	91/2/86	17/9/04	26/10/77	27/3/59	27/3/59	27/2/86	15/4/60	31/3/92	1/4/85	1/4/85	1/4/85	1/4/85	5/12/00	9/3/99			28/10/97	8/2/95			
Pakistan	12/6/51	25/6/96	25/6/96	25/6/96	48/95		27/3/59	27/3/59	27/3/59	27/2/86	15/4/60	3/20/3	3/10/74	3/10/74	3/10/74	3/10/74	5/12/00	9/3/99			32/03	28/10/97			
Palestine	25/6/96	25/6/96	25/6/96	25/6/96	48/95		27/3/59	27/3/59	27/3/59	27/2/86	15/4/60	3/20/3	3/10/74	3/10/74	3/10/74	3/10/74	5/12/00	9/3/99			32/03	28/10/97			
Panama	10/2/56	18/9/95	18/9/95	18/9/95	121/2/90	8/8/01	21/3/02	17/7/62	8/3/01	135/03	4/12/70	20/3/74	28/3/97	28/3/97	28/3/97	28/3/97	26/3/97	31/0/99	16/8/04		7/10/98	7/10/98			
Papua New Guinea	26/5/76	30/11/90	30/11/90	30/11/90	25/9/90	27/9/02	14/5/01	21/7/89	8/3/01	28/10/80	29/8/0	27/10/80	22/9/04	22/9/04	22/9/04	22/9/04	26/3/97	31/0/99	16/8/04		7/10/98	7/10/98			
Paraguay	23/10/61	30/11/90	30/11/90	30/11/90	25/9/90	27/9/02	14/5/01	21/7/89	8/3/01	28/10/80	29/8/0	27/10/80	22/9/04	22/9/04	22/9/04	22/9/04	26/3/97	31/0/99	16/8/04		7/10/98	7/10/98			
Peru	6/10/52	14/7/89	14/7/89	14/7/89	49/90	9/5/02	10/11/01	21/7/89	8/3/01	135/03	4/12/70	20/3/74	28/3/97	28/3/97	28/3/97	28/3/97	26/3/97	31/0/99	16/8/04		7/10/98	7/10/98			
Philippines	26/11/54	23/10/91	23/10/91	23/10/91	7/6/91	25/7/02	12/11/01	6/8/56	8/6/56	8/6/78	4/2/29	25/11/73	15/7/96	15/7/96	15/7/96	15/7/96	12/6/97	12/6/97			11/2/96	15/2/00			
Poland	14/3/61	27/5/92	27/5/92	27/5/92	21/9/90	19/8/03	5/2/02	31/7/73	4/9/00	6/6/63	23/8/29	26/7/79	26/7/95	26/7/95	26/7/95	26/7/95	25/8/03	25/8/03			11/2/96	15/2/00			
Portugal	15/10/75	5/4/88	5/4/88	5/4/88	34/95	25/7/02	11/4/02	31/7/73	4/9/00	6/6/63	23/8/29	26/7/79	26/7/95	26/7/95	26/7/95	26/7/95	25/8/03	25/8/03			11/2/96	15/2/00			
Qatar	10/5/54	29/9/89	29/9/89	29/9/89	16/8/90		28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			10/9/96	19/2/99			
Romania	10/5/54	29/9/89	29/9/89	29/9/89	16/8/90		28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			10/9/96	19/2/99			
Russian Federation	5/5/64	19/11/84	19/11/84	19/11/84	24/1/91	23/4/02	28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			10/9/96	19/2/99			
Rwanda	14/2/86	14/2/86	14/2/86	14/2/86	24/7/90		28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			10/9/96	19/2/99			
Saint Kitts and Nevis	18/9/81	7/10/82	7/10/82	7/10/82	16/6/83		28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			10/9/96	19/2/99			
Saint Lucia	18/9/81	7/10/82	7/10/82	7/10/82	16/6/83		28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			10/9/96	19/2/99			
Saint Vincent & Grenadine	1/4/81	8/4/83	8/4/83	8/4/83	26/10/83	31/2/02	28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			10/9/96	19/2/99			
Samoa	23/8/84	23/8/84	23/8/84	23/8/84	29/11/84	16/8/02	28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			10/9/96	19/2/99			
San Marino	29/8/53	5/4/94	5/4/94	5/4/94	25/11/91	13/5/99	28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			10/9/96	19/2/99			
Sao Tome and Principe	21/5/76	5/7/96	5/7/96	5/7/96	14/5/91		28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			10/9/96	19/2/99			
Saudi Arabia	18/5/63	21/8/87	21/8/87	21/8/87	26/1/86		28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			10/9/96	19/2/99			
Senegal	18/5/63	21/8/87	21/8/87	21/8/87	26/1/86		28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			10/9/96	19/2/99			
Serbia y Montenegro	16/10/01	16/10/01	16/10/01	16/10/01	12/3/01	31/1/03	6/9/01	11/9/01	11/9/01	27/5/93	21/12/88	26/11/86	27/5/93	27/5/93	27/5/93	27/5/93	26/7/95	26/7/95			21/5/97	20/7/98			
Seychelles	8/11/84	8/11/84	8/11/84	8/11/84	7/9/90		28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			21/5/97	20/7/98			
Sierra Leone	10/6/55	21/10/86	21/10/86	21/10/86	18/6/90	15/5/02	15/9/00	31/3/93	11/2/04	28/5/93	16/8/88	17/6/93	28/5/93	28/5/93	28/5/93	28/5/93	30/11/99	30/11/99	11/2/04		27/10/95	25/2/99			
Singapore	27/4/73	2/4/93	2/4/93	2/4/93	28/5/93		28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			27/10/95	25/2/99			
Slovakia	24/93	2/4/93	2/4/93	2/4/93	28/5/93		28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			27/10/95	25/2/99			
Slovenia	26/3/92	26/3/92	26/3/92	26/3/92	23/9/04		28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			27/10/95	25/2/99			
Solomon Islands	6/7/61	19/9/88	19/9/88	19/9/88	10/4/95		28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			27/10/95	25/2/99			
Somalia	12/7/62	21/4/89	21/4/89	21/4/89	16/6/95		28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			27/10/95	25/2/99			
South Africa	31/3/52	21/4/89	21/4/89	21/4/89	16/6/95	8/3/02	24/10/00	7/7/60	6/7/01	19/7/78	22/8/29	20/6/79	29/12/93	29/12/93	29/12/93	29/12/93	19/1/98	27/1/98	9/2/04		27/10/95	27/10/98			
Spain	4/8/52	21/4/89	21/4/89	21/4/89	16/6/95	8/3/02	24/10/00	7/7/60	6/7/01	19/7/78	22/8/29	20/6/79	29/12/93	29/12/93	29/12/93	29/12/93	19/1/98	27/1/98	9/2/04		27/10/95	27/10/98			
Sri Lanka	28/2/59	6/12/90	6/12/90	6/12/90	8/9/00		28/12/00	4/1/57	4/1/57	30/5/78	5/4/28	26/6/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99	9/9/99			27/10/95	27/10/98			

Country	Protection of victims of armed conflicts										International Criminal Court					Protection of Cultural Property					Environment	Weapons							
	GC IAW 1949	AP I 1977	AP I Declaration art. 91	AP II 1977	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976	Geneva Gas Prot. 1925	BMC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amnd. 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Osawa Treaty 1997							
Sudan	23/9/57				38/50		23/7/70				17/12/80	17/10/03									24/5/99	13/10/03							
Suriname	13/10/76	18/12/85		16/12/85	13/83						27/4/84	6/1/83									28/4/87	23/5/02							
Swaziland	28/6/73	2/1/95		2/11/95	7/9/95						23/7/81	18/6/91									20/9/96	22/12/98							
Sweden	28/12/53	31/8/79		31/8/79	29/6/90	20/2/03	22/1/85	22/1/85			27/4/84	5/2/76									17/6/83	30/11/98							
Switzerland	31/3/50	17/2/82		17/2/82	24/2/97	26/6/02	15/5/62	15/5/62	7/9/04		5/6/88	4/5/76									10/3/95	24/3/98							
Syrian Arab Republic	2/1/53	14/1/83			15/7/83	17/10/03	6/6/58	6/6/58			17/12/88																		
Tajikistan	13/1/83	13/1/83		10/9/97	13/1/83	26/10/83	5/8/02	28/8/82			12/10/99										11/1/95	12/10/99							
Tanzania (Unl. Repof)	12/12/62	15/2/83		15/2/83	10/6/91	20/8/02	23/9/71	28/8/92			22/4/63										25/6/98	13/11/00							
Thailand	29/12/54				27/3/92		2/5/58	2/5/58			6/6/61	28/5/75									10/12/02	27/11/98							
Timor-Leste	8/5/03				16/4/03	24/04	6/9/02				6/6/61	7/5/03									7/5/03	7/5/03							
Togo	6/1/62	2/1/64		2/11/91	18/5/90						5/4/71	10/11/76									23/4/97	9/3/00							
Tonga	13/4/78	20/1/03		20/1/03	6/11/95		6/4/99				19/7/71	28/9/76									29/5/03	27/4/98							
Trinidad and Tobago	24/9/63	20/7/01		20/7/01	5/12/91						31/8/62										15/4/97	9/7/99							
Tunisia	4/5/57	9/8/79		9/8/79	30/1/82	2/1/03	28/1/81	28/1/81			11/5/78	6/6/73									12/5/97	25/9/03							
Turkey	10/2/54				4/4/95	4/5/04	15/12/65	15/12/65			5/10/29	4/11/74									29/9/94	19/1/98							
Turkmenistan	10/4/92	10/4/92		10/4/92	20/9/93							11/1/96									19/1/04								
Tuvalu	19/2/81				22/9/95																30/11/01	25/2/99							
Uganda	18/5/64	13/9/91		13/9/91	17/8/90	6/5/02	14/6/02				24/5/65	12/5/92									16/10/98								
Ukraine	3/8/54	25/1/90		25/1/90	28/8/91						13/6/78	26/8/75									28/11/00								
United Arab Emirates	10/5/72	9/3/83		9/3/83	3/1/97						6/5/78	9/4/80									31/7/98								
United Kingdom	23/9/57	28/1/98		28/1/98	16/12/91	24/6/03	4/10/01				17/1/80	10/4/75									25/4/97								
United S. of America	28/5/5				23/12/02	28/6/02	24/9/99	24/9/99			16/5/78	26/3/75									6/10/94	7/6/01							
Uruguay	5/3/69	13/12/85		13/12/85	20/11/80	9/9/03	2/12/96				6/4/81	6/10/94									6/10/94								
Uzbekistan	8/10/93	8/10/93		8/10/93	23/6/94						26/5/93	11/1/96									23/7/96								
Vanuatu	27/10/82	28/2/85		28/2/85	7/7/83						8/2/28	12/10/90									30/12/97	14/4/99							
Venezuela	13/2/56	23/7/98		23/7/98	13/9/90	23/9/03	7/6/00				26/6/80	15/12/80									30/9/98								
Viet Nam	28/6/57	19/10/81		17/4/90	15/9/91						20/7/77	17/3/71									2/10/00	19/98							
Yemen	16/7/70	17/4/90		17/4/90	1/5/91		13/11/02														9/2/01	23/2/01							
Zambia	19/10/66	4/5/95		4/5/95	6/12/91							5/11/90									25/4/97	18/6/98							
Zimbabwe	7/3/63	19/10/92		19/10/92	11/9/90		9/6/88				6/9	15/1									166	143							
Total	192	162	68	157	192	85	111	88	23	69	133	151	97	95	85	91	79	80	35	166	3								



### **III. BIBLIOGRAFIA**



# **1. RECENSIÓN DE LIBROS**



**Hector Olásolo, «Corte Penal Internacional ¿Donde investigar?.**  
**Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación», Cruz**  
**Roja Española y Tirant Lo Blanch, Valencia 2003,**  
**645 páginas**

Entre las actividades más relevantes del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (CEDIH) se encuentra la promoción de la investigación científica del Derecho de los Conflictos Armados o Derecho Internacional Humanitario, lo que conlleva el apoyo decidido para la publicación de aquellas obras que suponen una aportación destacada a esta rama del Derecho Internacional Público.

En la actualidad, los Estados han asumido la obligación de establecer en sus normas penales internas el castigo de los crímenes de guerra y, por ello, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional destaca en su Preámbulo que *«...es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales»*. Pero también es exigencia de la comunidad internacional acabar con la escandalosa impunidad de quienes violan el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos, como forma eficaz para prevenir nuevos crímenes. Y de esta forma la Corte Penal Internacional, complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, se constituye en el último reducto de la protección penal de las víctimas de *«los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto»*.

En consecuencia, la monografía que se presenta bajo el título *«La Corte Penal Internacional: ¿donde investigar?. Especial referencia al papel de la Fiscalía en el proceso de activación»*, encuentra su más adecuado lugar en esta colección de monografías relativas al Derecho Inter-

nacional Humanitario, completando uno de los aspectos de mayor relevancia teórica y práctica.

La obra que se presenta es una aportación fundamental al estudio del Derecho Procesal Penal Internacional. En primer lugar porque se trata, sin duda, de una publicación que refleja la experiencia de su autor el Doctor Don Héctor Olásolo Alonso y es el fruto de una investigación rigurosa que, bajo la experta mano de la Doctora Doña María del Carmen Calvo Sánchez, Catedrática de Derecho Procesal, se convirtió en la Tesis Doctoral merecedora de la máxima calificación académica en la Universidad de Salamanca, bajo el preciso título *«La activación de la jurisdicción abstracta de la Corte Penal Internacional: Especial referencia a la Fiscalía»*.

Asimismo, es de justicia reconocer el extraordinario trabajo del autor dentro la Delegación española en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, su sólida formación universitaria con importantes estudios de postgrado y su rica experiencia actual como asesor jurídico de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

No es frecuente en un trabajo científico —y, sin duda, es uno de los méritos de éste libro— que se produzca una identidad tan grande entre el autor y su obra, entre un texto convencional y quien lo ha preparado, entre la norma positiva y el fruto de un serio trabajo de investigación.

Muy recientemente el Profesor Carrillo Salcedo nos recordaba, con ocasión de la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (*«La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional»*), que existe un claro vínculo entre la perpetuación de las violaciones de los derechos humanos fundamentales (y del Derecho Internacional Humanitario, podríamos añadir) y la impunidad.

Pero nadie lo formuló con mayor precisión que H.H.Jescheck cuando afirmó que sólo el Derecho penal puede transformar las obligaciones del Estado en responsabilidad de los individuos. Y es que la tipificación penal requiere una técnica jurídica distinta de establecida en los Convenios Internacionales, que se concretan en la formulación de obligaciones o prohibiciones para los Estados Partes. E incluso cuando describen infracciones (como los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo I Adicional) no siempre satisfacen las exigencias la estructura del tipo penal, por lo menos en el sistema romano-germánico o continental que preside nuestro Estado de Derecho.

Así, es importante poner nuevamente de relieve, cuando hablamos de Justicia Penal Internacional, el carácter interdisciplinario del tratamiento jurídico que es necesario tener en cuenta para estudiar sus preceptos. En el campo del Derecho interno español (y de cualquier otro Estado que perte-

nezca a nuestro mismo sistema jurídico) es imprescindible proclamar el tantas veces olvidado principio de la unidad del ordenamiento jurídico. Las distintas ramas del Derecho no dejan de ser, parece obvio decirlo, meras subdivisiones que responden a la conveniencia de un análisis jurídico especializado, sin que su existencia pueda prevalecer frente a un tratamiento unitario que se asienta en la Constitución y evita las contradicciones y fragmentación ajenas a la misma idea del Derecho como sistema normativo.

Y justamente este es uno de los grandes méritos de la obra que comentamos. Porque el autor es capaz de realizar un análisis multidisciplinario de las normas que analiza. Y así, únicamente un jurista completo puede sintetizar aportaciones (todas ellas imprescindibles) que provienen de los campos del Derecho Procesal, del Derecho Internacional, del Decreto Penal y del Derecho de los derechos humanos.

A la vez, el libro abre caminos inéditos a la naciente Justicia Penal Internacional, con referencias continuas a la experiencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, así como a las normas que desarrollan el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, particularmente sus Reglas de Procedimiento y Prueba.

El doctor Olásolo Alonso ha sabido poner orden en las abigarradas normas procesales del Estatuto de Roma, calificadas por el Profesor Rodríguez Carrión como «*la cámara de los horrores procesales*», concretando su análisis en el proceso de activación de la competencia de la Corte que se califica y configura justamente como un procedimiento previo, necesario y autónomo en relación con el proceso penal ante la Corte, pero que es determinante para el ejercicio de la acción penal. Esta aportación constituye una importante novedad y original concepción, que se defiende en la Tesis de manera comprensiva y se fundamenta en que el Estatuto ha dotado al proceso de activación de un objeto, unas partes y un procedimiento propios de tramitación. Como cuestión inescindible, el autor se plantea el papel de la Fiscalía de la Corte, concluyendo críticamente que la aspiración de una Fiscalía «*quasi-jurisdiccional*» no se corresponde con la realidad del Estatuto que configura una Fiscalía «*quasi política*», indirectamente al servicio de la política criminal de los Estados Partes.

Sólo me resta felicitar al autor y al editor de la publicación, dando la bienvenida a esta obra en la colección de Monografías Tirant relativas al Derecho Internacional Humanitario. Al tiempo que recomiendo la lectura de esta nueva y relevante aportación al sistema de protección penal de las víctimas de la guerra, me atrevo a pronosticar que será una obra de obligada consulta para los estudiosos de la materia y para los futuros actores

de la Justicia Penal Internacional, sirviendo de imprescindible referencia a la doctrina procesal que quiera adentrarse en los determinantes aspectos adjetivos de la lucha universal contra la impunidad de los criminales de guerra.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto



## **2. NOTICIA DE LIBROS**



## NOTICIAS DE LIBROS

Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández  
*Teniente Coronel Auditor*

PIGNATELLI Y 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*. Madrid. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica. 2003. 758 págs. Al prologar esta obra, José Luis Rodríguez-Villasante informa que en ella se 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 Profesor Doctor Don 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. Siempre que se habla de una tesis doctoral me acuerdo de lo que un día, cuando empezaba la mía, me dijo el, ya desaparecido, Profesor Guaita Martorell, uno de mis maestros en la disciplina jurídica que más he trabajado, acerca de las buenas tesis doctorales: *Han de ser como una catedral, pero construida sobre una baldosa*. Pues bien, el Profesor Doctor Pignatelli ha cumplido, a mi juicio con creces, este luminoso criterio, pues, partiendo del fundamento convencional de la sanción penal, necesaria para la eficacia del Derecho Internacional Humanitario, ha construido un magnífico y exhaustivo estudio de la legislación española para el castigo de la criminalidad de guerra con aportaciones, tanto de *lege data* como de *lege ferenda*, a los preceptos que a esta materia dedica el vigente Código Penal Español de 1995. En este sentido, quizá lo más atractivo del resultado final de la obra sea su indudable

valor tanto en el ámbito del Derecho Internacional como en el del Penal, lo cual no resulta nada extraño en este caso, pues las dos disciplinas jurídicas son ampliamente conocidas por el autor, ya que a su labor de Profesor de Derecho Internacional añade su experiencia y conocimiento del Derecho Penal que ha aplicado en el ejercicio de su condición de miembro del Cuerpo Jurídico Militar en el que actualmente ostenta el empleo de General Auditor. Para quienes estas líneas escribe no hay temor alguno de que los elogios expresados puedan considerarse infundados o carentes de rectitud, pues goza del aval que supone la máxima calificación que el Tribunal de la Tesis Doctoral otorgó al Doctor Pignatelli y, por si fuera poco, del Premio «Defensa» que otro autorizado Tribunal decidió otorgar a la presente publicación procedente de la tan referida Tesis. El autor termina las páginas introductorias de su obra poniendo de relieve la esperanza de que este trabajo sirva, entre otras cosas, para la efectiva aplicación de los concretos preceptos penales que en el mismo se analizan, cuyo respeto y observancia resultan primordiales en orden al mantenimiento y, en su caso, restablecimiento de la paz, bien supremo que solo es posible alcanzar mediante la realización de la justicia, evitando que se mantenga la impunidad de que, habitualmente, han gozado los criminales de guerra y mitigando, en lo posible, ya que no evitando, los sufrimientos que para el ser humano comporta el flagelo de la guerra. Ciertamente, esta esperanza no será vana, porque el libro tiene la virtud bifronte de interesar tanto a los estudiosos del Derecho Internacional como a quienes utilizan nuestro vigente Código Penal como instrumento habitual de trabajo, ofreciéndoles una paradigmática panoplia de fundamentos y comentarios combinados con una maestría que, sin duda, les ayudará a ponerse en cabeza, junto al General Pignatelli, del ideal de justicia con que las mejores civilizaciones han tratado siempre de paliar los crímenes de guerra.

*AAVV. Guía de Recursos para el Estudio de la Paz, la Seguridad y la Defensa. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado. UNED. Madrid. 2003. 640 págs.*

Cumpliendo una de sus misiones el mencionado Instituto Universitario pretende orientar con esta Guía los primeros pasos de aquellos que quieren iniciarse en el análisis y la investigación de los múltiples temas que comprenden los estudios sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa. Tanto aquellos que, de forma autónoma, quieran emprender el estudio como aquellos profesores universitarios o de bachillerato que se interesen por incorporar estas materias a sus temarios y programaciones, encontra-

rán en esta Guía referencias a publicaciones que, además de relevantes en cada uno de los campos, son accesibles con facilidad. La obra se organiza en cuarenta temas divididos en seis grandes áreas, que son: La Paz, la Seguridad, la Defensa, las Fuerzas Armadas españolas, los Estudios Regionales y los Nuevos Riesgos para la Seguridad tras la caída del Muro. Los autores, expertos en las materias que constituyen su respectiva área de conocimiento, han tratado de recoger aquellas obras que el tiempo ha convertido en clásicas; aquellas que han creado conocimiento y de cuya mano se puede iniciar con paso seguro un examen de las mismas.

*Un nuevo Concepto de la Defensa Europea. XI Curso Internacional de Defensa. Jaca, 22-26 de Septiembre de 2003. Coordinado por la Cátedra Miguel de Cervantes Academia General Militar-Universidad de Zaragoza. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica. Madrid. 2003. 364 págs.*

Este volumen recoge los contenidos más importantes del XI Curso Internacional de Defensa que constituye un jalón más de estos Cursos cuyo interés y prestigio se encuentran ya plenamente consolidados gracias al sostenido buen hacer de la Academia General Militar y la Universidad de Zaragoza. Con el título general de *Un Nuevo Concepto de la Defensa Europea*, el libro sigue las dieciséis ponencias y cuatro mesas redondas que integraron el Curso y que se estructuraron en tres grandes áreas: Las amenazas en el panorama estratégico, la respuesta de la OTAN y la Unión Europea ante esas amenazas y el papel de España en el marco de la Defensa Occidental. El alto nivel de conferenciantes y ponentes, así como la actualidad e importancia de los temas tratados aseguran el interés que reviste esta publicación.

*Adolfo Menéndez Menéndez (Dir.). Comentarios a la Nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas. Thomson-Civitas. Madrid. 2003. 555 págs.*

Esta obra tiene por objeto estudiar los antecedentes históricos y el régimen jurídico actual de una figura central de nuestro Derecho Administrativo como es la concesión de obras públicas. La oportunidad de este libro obedece a la reciente publicación de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública y su principal interés estriba en el especial conocimiento de causa que poseen la mayor parte de los autores de estos Comentarios, toda vez que son los mismos que el Director de la publicación cita en el cuarto párrafo del Prefacio como

redactores del texto inicial del Anteproyecto de Ley que él dirigió como Subsecretario entonces del Ministerio de Fomento y que sirvió de base para las dilatadas tramitaciones gubernativa y parlamentaria que precedieron a la publicación del texto definitivo en el Boletín Oficial del Estado. A lo largo de los trabajos, que siguiendo el orden sistemático trazado por la nueva ley componen estos Comentarios, se explican y, en algún caso, también se critican con detalle las soluciones elegidas por el legislador al objeto de recuperar la centenaria figura de la concesión de obras públicas ajustándola al modelo administrativo y social de nuestros días y con el fin de volver a convertirla en uno de los instrumentos jurídicos más útiles y equilibrados para que los recursos privados puedan contribuir eficazmente a la creación de infraestructuras públicas. Finalmente, merece una cita muy especial en una publicación como la Revista Española de Derecho Militar el contenido de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 13/2003 en la que no se olvida la introducción de una técnica jurídica de coordinación tan importante como la del informe vinculante y con efectos desfavorables, en lo que afecta a la Defensa Nacional, en caso de silencio por parte del Ministerio de Defensa, para que puedan aprobarse los estudios de viabilidad previstos para los contratos de concesión de obras públicas que incidan sobre los inmuebles a los que la citada Disposición se refiere expresamente. La referencia, con una breve glosa explicativa, a esta expresa previsión que, con rango legal, ya se incluyó en el Anteproyecto por sus redactores iniciales y se defendió con éxito a lo largo de toda su larga tramitación posterior, puede encontrarse en la página 296 de esta obra y, más concretamente, en la nota al pie de dicha página numerada con el ordinal 26.

*Emilio Jiménez Aparicio (Coord.). Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas. Aranzadi-Thomson Company. Cizur Menor (Navarra). 2ª Edición. 2.425 págs.*

La favorable acogida que la primera edición de este libro tuvo entre los lectores justificó que en el mismo año se diese a la imprenta esta segunda edición revisada, corregida, puesta al día y, en numerosos casos, ampliada, aunque respetando siempre las líneas básicas de la edición inicial. Explica Fernando Sainz Moreno en el Prólogo a estos Comentarios que el Coordinador *ha reunido a un grupo de excelentes juristas, todos ellos, además, con una consolidada experiencia práctica en el mundo del Derecho Público, bien como Magistrados de lo Contencioso-Administrativo, bien como Abogados del Estado y otros profesionales del Derecho.* Por otra parte y frente a las conocidas obras sobre esta materia elaboradas fundamental-

mente desde el ámbito universitario, esta obra consigue también un gran tratado sobre la contratación pública, pero escrito por quienes la conocen desde dentro y desde fuera. Así, la experiencia personal de los comentaristas, basada en el constante ejercicio de la aplicación del Derecho Público, una veces juzgando, otras gestionando asuntos públicos, les ha permitido descubrir problemas que a los teóricos unas veces pasan desapercibidos y otras, aunque advertidos, no les dedican atención suficiente por considerarlos menores. Por último y teniendo en cuenta, también aquí, el ámbito específico de la Revista Española de Derecho Militar para la que va destinada esta Noticia de Libros, parece justificado dejar constancia de las páginas que se dedican específicamente a la contratación militar en el extranjero, dentro del Comentario al artículo 117 LCAP, encomendado a quien también ha recibido el encargo de redactar estas líneas.





### **3. NOTICIA DE REVISTAS**



## NOTICIA DE REVISTAS

José Leandro Martínez-Cardos Ruiz

### *SUMARIO:*

A) Cuestiones de Derecho penal; B) Cuestiones de Derecho internacional y humanitario de la guerra; C) Cuestiones de Derecho administrativo.

#### *A) Cuestiones de Derecho penal*

En la revista *La Ley Penal*, en el número 4, Eduardo de Urbano Castriño inserta un trabajo titulado «La prueba pericial videográfica» y José Francisco Etxeberria Guridi publica otro sobre «Los análisis de ADN en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)». Se incluye también un informe de jurisprudencia sobre las intervenciones telefónicas en el ordenamiento jurídico español a cargo de Pilar Ladrón Tabuena.

También en la revista *La Ley Penal*, en el número 5, son de interés los trabajos de Vicente Gimeno Sendra, «La conformidad premiada de los juicios rápidos»; de Angel Juanes Peces, «La competencia en los juicios rápidos (análisis de los acuerdos reglamentarios 2/2003 y 3/2003, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial); de Luis Miguel Columna Herrería, «Casuística de la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en los juicios rápidos»; de Fermín Echarri Casi, «Particularidades de la tramitación de un juicio rápido por delito contra la salud pública en virtud de reforma del artículo 795.1.2 por la Ley 15/2003,

de 25 de noviembre» y un informe de jurisprudencia sobre los juicios rápidos de Vicente Magro Servet.

En el número 6 de la revista *La Ley Penal* son de destacar los trabajos de José Muñoz Lorente «Juicio crítico sobre las reformas penales en materia medioambiental introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal» y de Silvia Jaquenod Zsögön, «La criminalización del ruido».

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 282 del Ministerio de Defensa* se incluye una colaboración de José Luis Meler y Ugarte sobre «Historia de la globalización».

En la revista «*Ejército*», número 757 del año LXXV, se incluye un artículo de Luis Cantalapiedra Cesteros sobre «*El Reglamento del Servicio Militar de Campaña de 1882*»

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 2 del volumen 98 del *American Journal of International Law* recoge un sucinto estudio de interés firmado por Richard H. Steinberg «*Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional and Political Constraints*» y dos comentarios sobre sentencias internacionales rubricadas por David D. Caron y atinentes a «*Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza y Ngeze*» —que versa sobre crímenes contra la humanidad— y «*Access to information under article 9 of the OSPAR Convention (Ireland v. United Kingdom)*»

### C) *Cuestiones de Derecho administrativo*

Y, en fin, en la revista de *Derecho de los Negocios*, número 164, de mayo de 2004, se publica un artículo de Félix Benito Osma «*La cuestión jurisdiccional en el seguro de responsabilidad civil de la Administración pública*».

## **IV. INFORMACIÓN**



## **1. CONCESIÓN DEL PREMIO «JOSE FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDERO», 2004, DEL MINISTERIO DE DEFENSA**

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 fechas surgió 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 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.

La Dirección General de Relaciones Institucionales del Ministerio de Defensa y el Instituto de Estudios Estratégicos, acogieron favorablemente la propuesta y acordaron la inclusión del Premio *José Francisco de Querol y Lombardero* entre los Premios Defensa.

A principios de 2004, se convocó por primera vez el Premio para los artículos o estudios de investigación sobre aspectos jurídicos relacionados con el ámbito de la Defensa ó de la Jurisdicción Militar, el Derecho Militar, los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

El Premio consiste en una figura en bronce de Miguel de Cervantes y tiene una dotación económica de 5.500 euros.

Se presentaron al Premio quince estudios monográficos sobre las diversas materias jurídicas objeto de la convocatoria, siendo destacable su gran calidad científica y relevante aportación doctrinal.

Integraron el Jurado, presidido por Don Jorge Hevia Sierra, Director General de Relaciones Institucionales del Ministerio de Defensa, los siguientes Vocales: D. José María Ruiz-Jarabo Ferrán, Magistrado Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, D. José Luis Bermúdez de la Fuente, ex Magistrado del Tribunal Supremo, D. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid, D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Director de la Revista Española de Derecho Militar, D. Antonio Mozo Seoane, General Consejero Togado y D. José Leandro Martínez-Cardós y Ruiz, Letrado del Consejo de Estado. Actuó de Secretaria Doña Mercedes Batiste, destinada en el Instituto Español de Estudios Estratégicos.

El Premio fue concedido por unanimidad al trabajo «*Derechos Humanos, crímenes de guerra y globalización de la Justicia*», presentado por el Profesor Doctor Don Jorge Pueyo Losa, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela.

El Jurado hizo constar expresamente, también por unanimidad, la condición de finalista para el trabajo «*Los derechos de reunión y de manifestación del personal militar*», presentado por Don Fabio Pascua Mateo, Letrado de las Cortes.

El pasado 14 de julio, el Excmo. Sr. Ministro de Defensa presidió la entrega de los Premios Defensa 2004, en homenaje a «quienes todos los días de una manera silenciosa y reflexiva, sin formar parte de su trabajo, dedican su actividad a las Fuerzas Armadas». Entre ellos, destacó el Premio «*José Francisco de Querol y Lombardero*», entregado en ese solemne acto por Don José María Ruiz-Jarabo Ferrán al profesor D. Jorge Pueyo Losa. También fue galardonado nuestro compañero de Redacción, el General Auditor Don Fernando Pignatelli Meca, con el Premio Defensa de Trabajos de Investigación Académica por su Tesis doctoral «*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español*».



## **2. ENTREGA DE DIPLOMAS DE ESPECIALIDADES DEL CUERPO JURIDICO MILITAR.**

El 23 de abril de 2004, presidido por el Excmo. Sr. Subdirector General de Enseñanza Militar, General de División del Ejército del Aire D. Antonio del Pozo, tuvo lugar, en el Salón de Actos del Grupo de Escuelas de la Defensa, la entrega de los correspondientes Diplomas a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que habían superado con aprovechamiento los Cursos de Perfeccionamiento en Derecho Penal Militar, Derecho Administrativo Militar y Derecho Internacional Militar convocados por Resolución 453/03843/02 de 1 de marzo de 2002.

Previamente a la celebración del acto solemne y formal de entrega de Diplomas en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, se llevó a cabo un acto académico con una conferencia de clausura a cargo del General Consejero Togado D. Javier Juliani Hernán, Asesor Jurídico General del Ministerio de Defensa y con el que compartieron la mesa presidencial quienes habían actuado como Presidentes de los Tribunales de las tres especialidades, los Generales Auditores, D. Ignacio de las Rivas, D. Carlos Eymar y D. Javier Mendoza.

Es la tercera promoción de Diplomados desde que en el año 2000 fueron reanudados los «Diplomas» después de una larga interrupción iniciada en el año 1985. En la fecha que tuvo lugar el acto del que se da cuenta, ya estaban publicadas las convocatorias de los nuevos Diplomas, por lo que felizmente cabe presumir con todo fundamento que en el futuro va a ser constante la convocatoria de tales Cursos de especialidades del Cuerpo, satisfaciéndose la gran demanda existente para su realización entre los distintos componentes del mismo.

En cuanto a la estructura de los Cursos se sigue manteniendo la de los años anteriores consistente, como es sabido, en una primera fase de

preparación de un temario de 40 temas de la especialidad en cuestión, para, tras superar el pertinente examen, realizar un curso presencial en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, de unos quince días de duración y, finalmente, la elaboración de una tesina, para lo que se dispone del plazo de un año aproximadamente, y que ha de merecer la aprobación del Tribunal constituido al efecto. En total, los Cursos en cuestión, desarrollados del 15 de abril de 2002 al 15 de octubre de 2003, tienen una carga lectiva equivalente a 32 créditos. La novedad de éste último Curso, en relación con los anteriores, es que la convalidación sólo fue viable por medio de tesis doctoral que versase o incidiese sobre alguna de las materias de Derecho Militar a que respectivamente se contraen las especialidades.

Así, por Resolución 453/03764/03 (BOD nº 40) de 27 de febrero le fue convalidado el Curso de Derecho Administrativo Militar al, por entonces Comandante, Doctor en Derecho, Don Manuel Balado Ruiz-Gallegos.

Quienes superaron el Curso respectivo, y así les fue reconocido por Resoluciones 453/01447/04, 453/01448/04 y 453/01449/04, de 21 de enero de 2004, con indicación del título de sus tesinas correspondientes, fueron los siguientes Oficiales Auditores:

**Derecho Penal Militar:**

Coronel Auditor D. Jesús Bello Gil.

*«El Recurso de Revisión penal militar»*

Tte. Coronel Auditor D. Gonzalo Zamorano Cabo.

*«El derecho al juez imparcial y su incidencia en el ámbito de la Jurisdicción Militar»*

Comandante Auditor D. Antonio López Urgoiti.

*«La suspensión y sustitución de penas privativas de libertad. Su problemática en el Derecho Penal Militar»*.

Capitán Auditor D<sup>a</sup> Esperanza Baena Rodríguez.

*«Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales ante la sanción disciplinaria militar»*.

Capitán Auditor D<sup>a</sup> María José Serrano García

*«Tratamiento legal y jurisprudencial de la libertad sexual en el ordenamiento jurídico español. Especial referencia al artículo 106 del C.P.M-1»*.

**Derecho Administrativo Militar:**

Tte. Coronel Auditor D. Santiago Casajús Aguado.

*«Los criterios objetivos de adjudicación de contratos administrativos por concurso»*.

T<sup>te</sup>. Coronel Auditor D. Joaquín Domingo García.

*«Las retribuciones del Personal de las FAS.*

Comandante Auditor D. Francisco de Paula Arenas Ibáñez.

*«La responsabilidad patrimonial en el ámbito de la Administración Militar. Especial referencia a la derivada de la anulación de sanciones disciplinarias».*

Capitán Auditor D<sup>a</sup> María José Martínez Torres.

*«La provisión de destinos en la Guardia Civil»*

### **Derecho Internacional Militar**

Comandante Auditor D. Antonio Mata Alonso-Lasheras.

*«Tratado FACE»*

Capitán Auditor D<sup>a</sup> Victoria Tena Planas.

*«La postura de los Estados Unidos de Norteamérica frente a la Corte Penal Internacional».*

Los trabajos relacionados se encuentran a disposición de cuantos quieran consultarlos en la biblioteca de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos.



### **3. SIMPOSIO INTERNACIONAL SOBRE EL ESTATUTO DEL JUEZ MILITAR. TURQUÍA (5 a 8 de abril de 2004).**

Con motivo del 90 aniversario de la fundación del Tribunal Militar Superior de Apelaciones de Turquía, tuvo lugar en Ankara un Simposio Internacional cuyo tema a desarrollar fue el del Estatuto del juez militar en distintos países europeos y en algunas repúblicas de la antigua Unión Soviética. Las sesiones se desarrollaron, en turco e inglés, siguiendo un intenso calendario de trabajo los días 6 y 7 de abril de 2004, reservándose el día 8 para un viaje cultural a Capadocia con todos los congresistas participantes. Entre éstos, aparte de una numerosísima representación turca, se encontraban representantes de Alemania, Reino Unido, Holanda, Suecia, Grecia, Hungría, Lituania, Letonia, Bielorrusia, Azerbaiyán, aparte de España a la que tuve el honor de representar. Los organizadores, miembros en su mayoría del Cuerpo Jurídico Militar Turco del Ejército de Tierra, desplegaron una calurosa hospitalidad alojando a los congresistas en el Merkez, la enorme y lujosa residencia militar de Ankara, mientras que las sesiones tuvieron lugar en la también magnífica sede del Tribunal Militar Superior de Apelaciones de Turquía.

El Presidente del Tribunal Militar Superior de Apelaciones, Almirante Dr. Ferhanoglu, nos dio una calurosa bienvenida en su despacho, transmitiéndome especialmente, en tanto que representante español, sus condolencias por los atentados del 11 de marzo en Madrid, aún muy recientes en la memoria de todos. En general, las jornadas estaban concebidas con un doble propósito: el de dar a conocer a los participantes el sistema jurídico militar turco y el de tratar de enriquecerse con la experiencia de otros en el proceso de reformas que se estaban abordando en Turquía.

En lo que respecta al sistema jurídico militar turco éste tiene muchos elementos similares al antiguo sistema español. Existe un Cuerpo Jurídico en cada uno de los ejércitos, el cual está integrado por licenciados en derecho que han debido pasar una oposición. Dentro de ese Cuerpo Jurídico existe una rama especial de Jueces militares y de Fiscales militares, con unas ciertas garantías de inamovilidad, aunque también con la posibilidad de retornar al ejercicio de funciones asesoras de acuerdo con la normativa específica de vacantes y destinos. Los Jueces y Fiscales militares se integran en los distintos Tribunales militares de carácter penal, que deben ser diferenciados de los Tribunales disciplinarios. Existe un Código de Establecimiento y Procedimiento de los Tribunales Militares (CEJPMC). Ley 53, que es el que determina su organización y funcionamiento. Normalmente los Tribunales Militares se establecen a nivel de Cuerpo de Ejército, aunque es el Ministro de Defensa la única autoridad competente para decidir si se establece o no un Tribunal Militar en una determinada unidad y, en general, para establecer la jurisdicción de todos los Tribunales Militares. Los Tribunales Militares están constituidos por tres miembros, dos de los cuales pertenecen a la rama de Jueces militares y el tercero es un militar elegido por el mando. Su competencia se extiende no solo al personal militar por la comisión de delitos previstos en el Código Penal Militar, sino también contra personal civil que está al servicio de las Fuerzas Armadas turcas. Las sentencias dictadas por estos Tribunales Militares pueden ser recurridas ante el Tribunal Militar Superior de Apelación cuyos miembros gozan de inamovilidad hasta el final de su mandato.

Aparte del anterior esquema de organización, existe actualmente en Turquía una clara preocupación por adecuar toda su legislación y sistema judicial a los patrones exigidos por la Unión Europea. En este sentido, no hay que ocultar el malestar que han provocado en Turquía algunos dictámenes de la Corte Europea de Derechos Humanos que la han condenado por incumplir la Convención. Así, por ejemplo, en el reciente caso Ayse Kilic contra Turquía, la Corte Europea de Derechos Humanos emitió un dictamen, el 16 de enero de 2004, en el que consideraba por unanimidad que Turquía había violado el artículo 6.1 de la Convención europea de Derechos del Hombre, por haber sido condenada la demandante por el Tribunal de la Seguridad del Estado de Ankara, Tribunal que no se consideraba independiente e imparcial, en razón de la presencia de un juez militar en su seno. Esta es la razón última de la preocupación turca por la independencia del juez militar y de que se haya organizado un Congreso bajo este rótulo. Tengo que decir que la mayoría de los concurrentes turcos se sintieron especialmente interesados por el sistema español, aunque hubo

una viva discusión acerca de las posibles analogías que algunos quisieron ver entre la Audiencia Nacional española y el Tribunal de la Seguridad del Estado de Ankara. En particular, llamó también mucho la atención del auditorio turco el sistema de independencia del Juez Militar establecido en la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCO), hacia el que se mostraron especialmente receptivos.







MINISTERIO  
DE DEFENSA



SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA  
CENTRO DE PUBLICACIONES