

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

84

JULIO
DICIEMBRE
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 Julián Hernández, 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 emérito de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. José Luis Bermúdez de la Fuente, ex-Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. José Manuel Blanque Avilés, Abogado del Estado del Tribunal Supremo. Estanislao Cantero Núñez, Coronel Auditor. Agustín Corrales Elizondo, Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Concepción Escobar Hernández, Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. 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. Joaquín M.^a Peñarrubia Iza, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos. Carlos Pérez del Valle, Magistrado. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid. Fernando Pignatelli y Meca, General Auditor. Diego Ramos Gancedo, General Auditor.

SECRETARIO:

Jesús Bello Gil
Coronel Auditor

SECRETARIOS ADJUNTOS:

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

REDACCIÓN:

Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de los Ingenieros, 6 Madrid-28047.
Teléfs.: 91 364 73 06
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: 1.000 Ptas. (6,01 euros).
Suscripción anual: 1.600 Ptas. (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**

84 *JULIO
DICIEMBRE
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: diciembre, 2004

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

ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 84 JULIO-DICIEMBRE 2004

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

- 1.1. Fabio Pascua Mateo, «Los derechos de reunión y de manifestación del personal militar» (Estudio finalista del Premio «José F. de Querol Lombardero», 2004) 15
- 1.2. José Roberto Pérez Salom, «El Derecho Internacional ante las nuevas armas biotecnológicas» 61
- 1.3. Miguel Sanabria Luengo, «La contratación exterior del Ministerio de Defensa» 91
- 1.4. María Lourdes Gago García, «La protección de la población civil en los conflictos armados internos: un estudio de conjunto» 171

2. NOTAS

- 2.1. Alejandro Carlos Espinosa, «El sistema de Justicia Militar Mexicano: Consideraciones actuales y reflexiones sobre su planteamiento» 219
- 2.2. Estanislao Cantero Nuñez, «El Fiscal Jurídico Militar y el recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario» 261
- 2.3. José Ignacio Gómez Hidalgo, «Delitos militares contra el deber de presencia. En especial el abandono de destino o residencia» 291
- 2.4. Francisco Javier Gómez Docampo y Jorge Arangüena Sande, «Apunte sobre algunas cuestiones problemáticas en materia de potestad y competencia disciplinaria» 319

II. TEXTOS

1. LEGISLACIÓN

- por María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera 353

2. JURISPRUDENCIA

- 2.1. Constitucional. Luis Bernardo Álvarez Roldán 357
- 2.2. Contencioso-administrativa. Laureano Tomás Zafrilla .. 407

3. DOCUMENTACIÓN

- 3.1. Doctrina Legal del Consejo de Estado. José Leandro Martínez-Cardós Ruiz 431
- 3.2. Naciones Unidas «Un mundo mas seguro; La responsabilidad que compartimos». Informe del Grupo de Alto Nivel del Secretario General sobre las amenazas, los desafíos y el cambio 443
- 3.3. Estados Partes en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario. Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española 451

III. BIBLIOGRAFIA

1. RECENSIÓN DE LIBROS

- 1.1. Fernando Pignatelli Meca, «La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español. Consideraciones sobre el capítulo III del título XXIV del Libro II del Código Penal», por Javier Aparicio Gallego 465
- 1.2. María Rosario Ojinaga Ruiz, «Emergencias humanitarias y Derecho internacional: La asistencia a las víctimas», por José L. Rodríguez-Villasante y Prieto 481
- 1.3. Juan Cruz Alli Turrillas, «El soldado profesional», por Pedro Escribano Testaut 487
- 1.4. Ezequiel Abásolo, «El Derecho Penal Militar en la Historia Argentina», por José Luis Rodríguez Villasante y Prieto 497
- 1.5. Ministerio de Defensa de Francia, «Manuel de Droit des Conflits armées», por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto 501
- 1.6. Bollo Arocena, M.D., «Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión», por Carmen Quesada Alcalá 507

2. NOTICIA DE LIBROS

- Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández 513

3. RECENSIÓN DE REVISTAS

- Revista Argentina de Derecho Militar y Derecho Internacional Humanitario. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto 519

4. NOTICIA DE REVISTAS

- Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz 525

IV. INFORMACIÓN

- 1. Convocatoria del Premio «José Francisco de Querol y Lombardero» 2005, del Ministerio de Defensa 529
- 2. Ingreso del General Auditor Rojas Caro en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia 531
- 3. Edición de la «Revista Jurídica Militar». Revista Electrónica de Derecho Militar 533
- 4. Reunión en Madrid de la Asociación de Justicias Militares 535
- 5. Información de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos 537
- 6. Reunión del Instituto Internacional de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial 539

EDITORIAL

La Revista Española de Derecho Militar, desde su primer número (enero-junio de 1956), concedió gran importancia a la publicación de una sección de Jurisprudencia que comprendía no solo la penal y procesal militar (entonces emanada del Consejo Supremo de Justicia Militar) sino la procedente de los Tribunales ordinarios (particularmente del Tribunal Supremo de Justicia) en materia penal y contenciosa-administrativa. Debemos rendir tributo a los compañeros que, a lo largo de casi medio siglo, realizaron con esmero la poco gratificante tarea de seleccionar y resumir sentencias y autos de los órganos judiciales para ofrecer así a nuestros lectores el imprescindible instrumento jurídico de una doctrina legal, muchas veces inalcanzable a través de otras vías de conocimiento. El trabajo recopilatorio, en aquella época, era verdaderamente laborioso pues, como ha referido con gracia un informático, un «ordenador» era entonces simplemente un señor que ordenaba mucho y, sin embargo, se logró aportar tan extensa información jurisprudencial que (a partir del número 54) se hizo necesaria la publicación de un segundo tomo adicional de la revista.

Vigente la Constitución de 1978 se incorporó una sección dedicada a dar cuenta de la Jurisprudencia Constitucional y, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1987, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar, el Consejo de Redacción acordó la publicación íntegra de todas las sentencias y autos emanados de la nueva Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo para dar cumplida cuenta de las funciones «nomofiláctica» y «nomogénica» de la jurisprudencia, en frase del entonces Magistrado y Director de la Revista José Luis Fernández Flores. El inolvidable General y Magistrado Javier Sánchez del Río Sierra asumió hasta su fallecimiento la tarea de preparar la doctrina legal de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo y de su Sala de lo Militar

en sus aspectos penal y contencioso-disciplinario. Más tarde y durante algunos números el texto íntegro de estas sentencias se publicó en el «Boletín Judicial Militar», limitándose nuestra revista a reproducir los índices y resúmenes jurisprudenciales.

Desaparecido el Boletín, se retomó a partir del número 69 (1997) la publicación de la jurisprudencia de la Sala Quinta, cuyo íntegro contenido ocupó extensos tomos adicionales, gracias a la inestimable colaboración del Magistrado José Luis Bermúdez de la Fuente, autor de los valiosos resúmenes e índices esenciales para su consulta. También debemos a éste prestigioso Magistrado, que forma parte del Consejo de Redacción de nuestra revista, la elaboración de los Índices de la Jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo desde el año 1988 al 2000. Asimismo, es de justicia reconocer públicamente la labor de María Trinidad Rodríguez-Burgos Aguilera, Pedro Escribano Testaut y David Suárez Leoz, Secretarios Adjuntos de la revista, en la recopilación de esta doctrina legal y corrección de pruebas de imprenta.

Muy pronto el número y extensión de las sentencias del Tribunal Supremo, que ocupaba últimamente dos voluminosos tomos adicionales, así como el criterio de publicarlas íntegramente, aconsejó al Consejo de Redacción prescindir del método tradicional y proponer que, en lo sucesivo, la sección jurisprudencial se proporcionara a nuestros suscriptores en el oportuno soporte informático. Para llevarlo a efecto hemos contado con el imprescindible apoyo de la Subdirección General de Documentación y Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, que ya ha distribuido un CD con la Jurisprudencia correspondiente al año 2003. Una vez más, el Consejo de Redacción de la Revista Española de Derecho Militar quiere dejar constancia de nuestra gratitud al Subdirector General Jaime Serret Moreno-Gil y a su equipo del Centro de Publicaciones por la excelente preparación del soporte informático y por el constante apoyo que generosamente prestan a nuestra publicación.

Esperemos que esta innovación sea bien recibida por nuestros lectores y contribuya a proporcionarles, además de una mayor facilidad en la consulta jurisprudencial, un acceso más inmediato a la importante doctrina legal de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
Director

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

PREMIOS DEFENSA 2004
LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y DE MANIFESTACIÓN
DEL PERSONAL MILITAR*

Fabio Pascua Mateo.
Ltrado de las Cortes Generales.
Profesor de Derecho Administrativo de la
Universidad Complutense de Madrid.

SUMARIO

1.- CONSIDERACIONES GENERALES: LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN. 2.- EL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR: UNA RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECCIÓN. 3.- DERECHO COMPARADO. 3.1. Los límites al derecho de reunión de los militares en los Convenios Internacionales. 3.2. El régimen adoptado en las legislaciones estatales. 4.- DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL. 5.- REGULACIÓN ACTUAL. 5.1. Reuniones en recintos militares. 5.2. Manifestaciones políticas, sindicales y reivindicativas. 5.3. Otras reuniones y manifestaciones. 6.- CONCLUSIÓN.

1. CONSIDERACIONES GENERALES: LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

Aunque no puede negarse que los últimos años han conocido un interés inusitado por cuanto hace relación a la particular posición de los miembros de las Fuerzas Armadas respecto de los derechos fundamentales y los deberes constitucionales, hasta el punto de que el propio legislador ha reconocido la necesidad de proceder a su adaptación al modelo de un Ejército

* Este estudio fue considerado finalista por el Jurado del Premio «José F. de Querol y Lombardero» 2004 del Ministerio de Defensa.

profesional (1), lo cierto es que, frente a otras vertientes como el derecho de asociación, los derechos de reunión y manifestación han quedado en cierto modo difuminados en el tratamiento legal, jurisprudencial y doctrinal. Sin embargo, no ha de olvidarse que los mismos comprenden un haz de facultades de relevancia destacada en cuanto a su incidencia en la vida pública y cuyos perfiles —ocupación, por ejemplo de lugares abiertos al tránsito ciudadano— aconsejan un tratamiento específico para quienes visten uniforme. A dar respuesta a estas y otras cuestiones se dirigen las siguientes páginas, que comenzarán por recordar algunos de los contornos más relevantes de los derechos estudiados para, a continuación, abordar el régimen específico que adquieren cuando entran en contacto con el ámbito castrense. Para ello, se hará mención a la discutida vigencia de la teoría clásica de las relaciones especiales de sujeción como fundamento general de las particularidades que han de introducirse, se expondrá el régimen jurídico vigente en algunos Estados con los que puede resultar apropiada una comparación y, finalmente, se irán desglosando los distintos supuestos en que ha de valorarse la oportunidad o no de una restricción determinada con el fin de que los deberes que pesan sobre quienes adoptan la decisión de ingresar en una institución con un régimen disciplinario necesariamente más severo que otros ámbitos de la función pública, sean los estrictamente necesarios, sin hacer su carga indebidamente gravosa.

Los derechos de reunión y de manifestación constituyen una de las formas más clásicas de las libertades públicas, si bien, dado que implican ya una acción mancomunada de los individuos y, puesto que históricamente no han faltado ocasiones en que se les asoció a la proliferación de desórdenes callejeros, su reconocimiento generalizado ha resultado relativamente tardío. Nos cuenta **Pérez Serrano** (2) que son dos los posibles modos de afrontar su existencia. Uno de ellos es la tradición británica, que parte de la base de que si tres sujetos tienen individualmente el derecho de ir donde quieran y hablar de lo que les plazca, igualmente podrán hacerlo juntos, y en reunión de mil personas más, en la calle o en local cerrado. En consecuencia, ya se trate de un *meeting*, que tiene carácter estático o de una *demonstration*, esto es, la reunión puesta en marcha recorriendo lugares públicos, la autoridad se desentiende, limitándose a amparar el derecho de los reunidos, defendiéndolos de las agresiones o velando para que no se cometan delitos.

En el resto de los Estados constitucionales se ha preferido, sin embargo, regularlo como derecho autónomo. En la Constitución norteamericana

(1) Disposición final séptima de la ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.

(2) PÉREZ SERRANO, N., Tratado de derecho político, Civitas, Madrid, 1989, pág. 668.

de 1787 lo encontramos recogido en la I enmienda, que prohíbe al Congreso hacer ley que limite el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y pedir al Gobierno la reparación de sus negocios (3). La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 no lo menciona, pero sí la Constitución Francesa de 1791, que en su Título I reconoce «la libertad de los ciudadanos de reunirse pacíficamente y sin armas, de conformidad con las leyes de policía». Después de esta etapa revolucionaria el derecho se oscurece un tanto, en buena medida por la agitación ocasionada por los clubes, especialmente el de los jacobinos, mezcla de reunión y de asociación, que ocasionaron serios disturbios y problemas de orden público. Sin embargo, con el paso del tiempo, la Constitución belga de 1831 lo consagra (4), el movimiento liberal-democrático de 1848 lo reivindica (5) y, en general, toma carta de naturaleza en los textos constitucionales en los términos aún hoy vigentes, es decir, que la reunión sea pacífica y sin armas, coligándose más tarde con el derecho de asociación cuando se superen los recelos que el corporativismo propio del Antiguo Régimen hizo nacer en el pensamiento liberal en relación con los cuerpos intermedios.

En España (6), la tradición decimonónica no fue, al menos en la primera mitad del siglo, demasiado favorable a este derecho al que se consideraba más fuente de desórdenes que condición para la realización plena de las libertades. En consecuencia, cuando se le reconoció se hizo con notables cautelas: se sometieron las reuniones a autorización previa, se requirió la presencia de un representante de la autoridad, se dotó a los Gobernadores Civiles o a los Alcaldes de un amplio margen de apreciación para decidir su disolución sobrevenida y, frecuentemente, se permitió su celebración únicamente cuando se tratase de actos electorales. Muchos de estos rasgos los encontramos en el Decreto de 21 de octubre de 1820, los

(3) Por cierto, con notable perspicacia, esta norma pone en conexión los derechos de reunión y de petición, que con tanta frecuencia han aparecido unidos como medio de presión política al poder público.

(4) El art. 19 establece que «Los belgas tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, de conformidad con las leyes que puedan regular el ejercicio de este derecho, sin sujetarlo, no obstante, a una previa autorización. Esta disposición no es aplicable a las reuniones al aire libre, que se someten a las leyes de policía».

(5) El art. 8 de la Constitución Francesa de 1848 dispone que «los ciudadanos tienen el derecho de asociarse, *de reunirse pacíficamente y sin armas*, de hacer peticiones, de manifestar sus pensamientos por medio de la prensa o por otro cualquiera. El ejercicio de estos derechos no tiene más límites que los derechos y la libertad de los demás y la seguridad pública. La prensa no puede, en ningún caso, ser sometida a censura».

(6) Un detallado estudio sobre la legislación histórica en España para regular el derecho de reunión se encuentra en LÓPEZ GONZÁLEZ, J.L., *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, págs. 17 y ss.

arts. 315 a 320 del Código Penal de 1822 y la ley de 1 de noviembre sobre reuniones públicas para discutir materias políticas, de ese mismo año, primeros documentos legislativos del Estado liberal en que aparece regulado. Con dificultad, pero de manera constante, el avance de la centuria es testigo de una mayor receptividad de los poderes públicos frente al mismo, paralela a la evolución del resto de los Estados europeos. Ya durante los debates que habrían de dar luz a la Constitución de 1837, el diputado Sr. Soler reclamó que en ella se incluyera el derecho de reunión, requerimiento que alcanzó más intensidad durante la elaboración de la Constitución *non nata* de 1856, momento en que incluso se llegó a pedir la supresión de la autorización administrativa previa. No obstante, y pese a algún avance pequeño como fue el inicio de su regulación por medio de leyes, en lugar de las hasta entonces frecuentísimas circulares, no será hasta el Sexenio Revolucionario cuando se le dé cobijo constitucional. El propio Manifiesto del Gobierno Provisional de 25 de septiembre de 1868 lo enumeraba dentro de sus objetivos políticos y el Decreto de 1 de noviembre de ese año, transformado en ley el 20 de junio de 1869, le da una regulación notablemente generosa. Pero la nota más importante es seguramente su recepción con todos los honores en la declaración de derechos de la Constitución de 1869, cuyo art. 17.2 establece que no puede ser privado ningún español «del derecho de reunirse pacíficamente», si bien el art. 18 precisa que «toda reunión pública estará sujeta a las disposiciones generales de policía» y que las «reuniones al aire libre y las manifestaciones políticas sólo podrán celebrarse de día».

Desde este momento, su reconocimiento será unánime en todos nuestros textos constitucionales. Aparece en el Proyecto de Constitución republicana y federal de 1873, en el que los límites debidos van decantándose (7), y en el art. 13.2 de la Constitución de la Restauración, de 1876, que reconoce el derecho de todo español «de reunirse pacíficamente». Transcurridos los primeros momentos de asentamiento del nuevo régimen, durante los cuales la reglamentación fue muy restrictiva, se aprobó la ley de 15 de junio de 1880, objeto de elogios generalizados por parte de la doctrina, algunos de cuyos preceptos, como la definición de reunión como la agrupación de 20 ó más personas o las reuniones excluidas de este régimen y,

(7) Su art. 18 dispone que no se podrá privar a un español «del derecho de reunirse y asociarse pacíficamente para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública». El art. 24, en línea similar con la Constitución anterior pero con mayor precisión matiza que las «reuniones al aire libre y las manifestaciones serán de día y nunca han de obstruir la vía pública ni celebrarse alrededor de los Ayuntamientos, Cortes de Estado o Cortes de la Federación».

por tanto, totalmente libres, se han incorporado a la regulación actual. En fin, el art. 38 de la Constitución de 1931 reguló el derecho de reunión y manifestación, expresión que por vez primera aparece en España en una norma de rango constitucional, en los siguientes términos: «Queda reconocido el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas. Una ley especial regulará el derecho de reunión al aire libre y el de manifestación».

Incluso durante la vigencia de regímenes autoritarios se mantuvo formalmente el reconocimiento de este derecho. Así, durante la dictadura del General Primo de Rivera, el art. 29.2 del Anteproyecto de Constitución de la Monarquía Española de 1929, incluyó dentro de lo que denominaba derechos de los españoles en su vida de relación, el de «reunirse pacíficamente con sus conciudadanos». Por su parte, el art. 16 del Fuero de los españoles de 1945 «Los españoles podrán reunirse y asociarse libremente para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido por las leyes». En este caso, el mantenimiento de la vigencia del Decreto de 2 de marzo de 1938, que permitía al Ministerio del Interior prohibir una reunión por razones de orden público y conveniencias de propaganda, así como de la Orden Circular de 20 de julio de 1939, de la Subsecretaría de Interior y la aprobación posterior de la ley 45/1959, de 30 de julio, de orden público, volvían ineficaz esta garantía e incluso la ley de 1880, que nadie se había molestado en derogar formalmente. No obstante, aún en vigor el Fuero de los Españoles, se aprobó la ley 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del derecho de reunión, que guardaba notables similitudes con la de 1880, pero mantenía en su art. 5 la exigencia de autorización previa para la celebración de «reuniones públicas en lugar abierto al uso público», bien que sometida a silencio positivo, hecho que, a la postre, significó la declaración de su inconstitucionalidad sobrevenida por parte de la STC 36/1982, de 16 de junio (8).

En la actualidad, el derecho de reunión y de manifestación se rige por el art. 21 CE 1978, cuyo apartado 1 establece que «Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa». El apartado 2 añade que en «los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes».

(8) En concreto, su F.J.3 concluía que el precepto constitucional indudablemente contrasta «con el desarrollo que hacía la Ley preconstitucional, al regular el derecho partiendo de una prohibición general previa para su ejercicio, a reserva de la autorización del Gobernador Civil de la provincia, ya que la Constitución consagra el derecho fundamental sin supeditarle a la valoración discrecional y al acto habilitante y de poder implícito de la Administración».

Asimismo, es aplicable para el supuesto específico de las manifestaciones delante de las sedes del Congreso de los Diputados y del Senado, el art. 77 1, conforme al cual las «Cámaras pueden recibir peticiones individuales y colectivas, siempre por escrito, quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones ciudadanas» (9). En fin, tampoco conviene olvidar que durante la vigencia de los estados de excepción y de sitio previstos en el art. 116 CE puede suspenderse la vigencia del art. 21, conforme a lo previsto en el art. 55.1 CE. El desarrollo legislativo de esta normativa se contiene en la LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión (10), los arts. 513 y 514 del Código Penal, reformados por la LO 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para reprimir diversos episodios de violencia callejera (11); los arts. 16 y ss. de la LO 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana, acerca de la disolución de una manifestación por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; asimismo, la LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos y la LO 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los Estados de alarma, de excepción y de sitio, sobre todo su art. 22. Todo ello, sin olvidar el procedimiento especial de tutela regulado en el art. 122 de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso —administrativa, que a juicio de la doctrina constituye uno de los pocos ejemplos claros de aplicación del principio de oralidad en el procedimiento contencioso— administrativo (12).

(9) En relación con la insuficiente regulación de este fenómeno en el derecho español, véase SÁINZ MORENO, F., Reuniones y manifestaciones ante la sede de los Parlamentos, Cuadernos de derecho público, núm. 15, enero-abril 2002, págs. 45 y ss.

(10) Modificada por la LO 4/1997, de 4 agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos para establecer las responsabilidades, directas y subsidiarias, por los daños ocasionados durante una manifestación y por la LO 9/1999, de 21 de abril, en este caso para dar audiencia a los Ayuntamientos afectados por el recorrido de una manifestación a la autoridad gubernativa antes de que ésta se pronuncie, en su caso, sobre la prohibición o alteración del recorrido de las mismas.

(11) Se trataba, entre otros aspectos, de tipificar las conocidas como contra-manifestaciones, que, amparándose en un uso indebido del derecho de manifestación, tenían por objeto precisamente impedir a otros su ejercicio. Acerca de los límites, en este sentido, del derecho de reunión, dice la STC 2/1989, de 29 de enero, que «ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio» (F.J.5).

(12) En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, J., Derecho de reunión y de manifestación, Civitas, Madrid, 2002, pág. 125. Sobre este procedimiento, véase también GUTIÉRREZ VICÉN, C., Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa: estudio sistemático, coordinación Benigno Pendás García, Ed. Praxis, Barcelona, 1999, págs. 401 y ss.

Con estos materiales, puede definirse la reunión, según la fórmula consabida empleada por **Colliard**, como la agrupación de personas organizada, discontinua y momentánea, destinada a la defensa de intereses, el intercambio de ideas o la publicidad de problemas (13), mientras que la manifestación es, para **Burdeau**, el hecho de un grupo de hombres que utiliza la vía pública para expresar su opinión, por su presencia, sus gestos o sus gritos (14). Mucho se ha discutido sobre su naturaleza jurídica (15), si bien parece irse asentando su configuración como derecho de libertad, intermedio entre los de libre expresión y de asociación, de ejercicio colectivo y con una finalidad participativa, tal y como lo ha precisado la STC 85/1988, de 28 de abril (16). Cuatro son sus elementos configuradores: el subjetivo, es decir, que se trate de una agrupación de personas concertada, en la que se dé un cierto grado de connivencia entre los intervinientes en el acto; el temporal —ya que su duración ha de ser transitoria para diferenciarse de las asociaciones, que manifiestan una clara vocación de permanencia en el tiempo (17)—; el causal —pues se exige la licitud de la finalidad para estar cubierta por este derecho— y el real u objetivo el lugar de celebración, que determinará el régimen aplicable.

En efecto, el art. 21 CE distingue dos sistemas distintos (18), estos, los correspondientes a las reuniones en locales cerrados y las con-

(13) COLLIARD, C.A., *Libertés Publiques*, Dalloz, París, 1989, pág. 720.

(14) BURDEAU, G., *Les libertés publiques*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, París, 1972, pág. 216.

(15) De derecho de libertad del individuo en relación con otros, fácilmente transformable en derecho político habla SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1992, pág. 171. Por su parte, SORIANO DÍAZ, R., Artículo 21. Derecho de reunión, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1997, pág. 576, afirma que es una libertad individual de ejercicio colectivo, presupuesto para el ejercicio de otros derechos y, sobre todo, instrumento primario de participación política.

(16) Los términos utilizados en su F.J.2 son los siguientes: «Históricamente, el derecho de reunión surge como un derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y de asociación, que mantiene en la actualidad una tan íntima conexión doctrinal con ellos, que bien puede decirse, en una primera aproximación al tema, que el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo». En sentido similar se ha pronunciado la reciente STC 196/2002, de 28 de octubre, cuyo F.J.4 dice que «el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria».

(17) En este sentido, FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Asociaciones y constitución*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 158.

(18) Ello al margen de la mención a diversos supuestos no sujetos a la LODR, sobre los que volveremos al final del capítulo, respecto de los que rige una libertad completa.

vocadas para celebrarse en lugares de tránsito público, a las que se equiparan las manifestaciones. Requisito común a ambos es su carácter pacífico y sin armas, cuyo incumplimiento, junto con la infracción del orden público, es «el único motivo por el que la autoridad gubernativa puede prohibir la realización de una manifestación en un lugar de tránsito público». Por esta razón, «toda manifestación en la que pudieran ejercerse, tanto violencias «físicas» [...] como incluso «morales con alcance intimidatorio para terceros» [...] excede los límites del ejercicio del derecho de reunión pacífica y carece de protección constitucional, haciéndose acreedora de las sanciones previstas en nuestro ordenamiento» (19). Además de esta condición, se dan otros elementos comunes a las dos modalidades, que permiten hablar de un régimen general. De este modo, las reuniones y manifestaciones, que no necesitan de ningún tipo de autorización previa, sólo pueden ser convocadas por personas que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles, quienes deben adoptar las medidas necesarias para garantizar su buen orden, respondiendo subsidiariamente, en caso contrario, por los daños a terceros causados por los participantes, sin perjuicio de poder repetir contra éstos, según dispone el art. 4 LODR. La falta de autorización previa no impide cualquier tipo de actuación por parte de los poderes públicos, pues, además de proteger el desarrollo de las reuniones y manifestaciones frente a quienes pretendan menoscabar su ejercicio lícito, las pueden suspender e incluso disolver, mediante resolución previamente comunicada a los concurrentes, cuando sean ilícitas, ocasionen alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes y cuando se hiciera uso de uniformes paramilitares por los asistentes.

Las diferencias de régimen son, en cualquier caso, notables, como corresponde a la distinta intensidad de ejercicio del derecho en el caso de reuniones en locales cerrados y de manifestaciones. La primera versión apenas requiere precisiones ulteriores a las ya expuestas con carácter general. Únicamente los arts. 6 y 7 LODR regulan la presencia facultativa, a petición de los organizadores o promotores, de un delegado de la autoridad gubernativa, que no podrá intervenir en las discusiones, ni siquiera hacer uso de la palabra para advertir o corregir a los participantes. Su función está, pues, en relación con el deber de los poderes públicos, antes mencionado, de proteger la reunión frente a quienes intenten impedir o

(19) STC 59/1990, de 29 de marzo, F.J.5.

dificultar su desenvolvimiento, para lo que constituyen un interesante elemento de disuasión (20).

En cuanto a las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, conceptos éstos, que han de interpretarse de manera estricta, sin que pueda extenderse su régimen a supuestos como los espacios abiertos «en las inmediaciones de tránsito público» (21), siguiendo lo dispuesto en el art. 21.2 CE, se establece una carga para los organizadores que consiste en una comunicación previa —enviada entre los treinta y los diez días anteriores a la fecha de la convocatoria, salvo que motivos de urgencia justifiquen un plazo menor que, en todo caso no puede ser inferior a veinticuatro horas— por escrito a la autoridad gubernativa (22). En ella se harán constar los datos personales de los organizadores, lugar, fecha, hora y duración prevista del acto, su objeto, itinerario proyectado cuando se prevea la circulación por las vías públicas y las medidas de seguridad proyectadas. La autoridad competente, una vez solicitado informe del Ayuntamiento afectado, y siempre que existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir el acto o proponer la modificación de su fecha, lugar, duración o itinerario, mediante resolución motivada notificada dentro de las setenta y dos horas siguientes a la recepción de la comunicación correspondiente (23).

(20) En este sentido GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho de reunión y de manifestación*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 196 y LÓPEZ GONZÁLEZ, J.L., *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, op. cit., pág. 183. Desde luego, regulada en estos términos, la figura se aparta claramente de sus antecedentes históricos en los que, por su presencia obligatoria, el delegado ejercía una clara función de control sobre los reunidos, factor que quizá explique algunas reticencias expuestas frente al régimen actual, como es el caso de SORIANO DÍAZ, R., *Las libertades públicas*, Tecnos, Madrid, 1980, pág. 210. Acerca de la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, es interesante PÉREZ CASTAÑO, D., *Régimen jurídico del derecho de reunión y manifestación*, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1997, págs. 135 y ss.

(21) STC 196/2002, de 28 de octubre, F.J.7.

(22) El Tribunal Constitucional ha insistido en que dicha comunicación es una simple declaración de conocimiento a fin de que la autoridad administrativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes, como la protección de derechos y bienes de titularidad de terceros. Así, STC 66/1995, de 8 de mayo, F.J.2, resolución que ha sido objeto de un comentario no exento de algunas críticas en TORRES MURO, I., *Limitando el derecho de reunión*, REDA, núm. 88, octubre-diciembre 1995, págs. 583 y ss. En el mismo sentido, SSTC 59/1990, de 29 de marzo, F.J.5, 42/2000, de 14 de enero, F.J. 2 y 196/2002, de 28 de octubre, F.J.4.

(23) El Tribunal Constitucional ha entendido preferible esta última opción, que deberá intentarse antes de decidir la prohibición de la manifestación. SSTC 66/1995 F.J.5 y 42/2000, de 14 de febrero, F.J.2.

Contrariamente a otras épocas (24), la cláusula de orden público ha sido objeto de una interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como, especialmente, del Tribunal Constitucional. Por referirnos brevemente a este último, baste recordar, ante todo, que dicha cláusula se circunscribe al aspecto fáctico del mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y meta jurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político (25). A ello se añade que no toda invasión de una vía pública se ha considerado como una infracción que justifique la prohibición de una manifestación, sino que para ello debe acreditarse para el caso concreto y a partir de datos basados en la experiencia «un riesgo cierto de colapso circulatorio con inmovilización e imposibilidad de acceso a determinadas zonas por inexistencia de vías alternativas» o bien «si, por ejemplo, resulta imposibilitada la prestación de servicios esenciales con incidencia en la seguridad de personas o bienes, como son los servicios de ambulancias, bomberos, policía o urgencias médicas» (26). Estos elementos se han venido exigiendo con una cierta menor intensidad en los supuestos en los que la autoridad competente ha establecido de manera expresa la prohibición de cortar la circulación por la vía afectada (27). En último término, si los organizadores discrepan de la decisión adoptada, pueden acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa a través del procedimiento previsto en el art. 122 de la ley 29/1998. A tal fin, deberán dirigirse en el plazo de cuatro días al Tribunal Superior de Justicia competente por razón del territorio, el cual debe convocar, en el plazo improrrogable de cuatro días y tras poner de manifiesto el expediente si se le hubiera remitido, al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los recurrentes a una audiencia para oírlos contradictoriamente, finalizada la cual resolverá sin ulterior recurso, a salvo, evidentemente, el de amparo ante el Tribunal Constitucional. La decisión que se adopte únicamente podrá mantener o revocar las modificaciones propuestas.

Este régimen puede suspenderse, como ya se ha apuntado, durante la vigencia de los estados de excepción y de sitio, conforme a lo dispuesto en

(24) Véase al efecto MARTÍN-RETORTILLO, L., *La cláusula de orden público como límite —impreciso y creciente— del ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid, 1975.

(25) STC 66/1995, F.J.3.

(26) STC 66/1995, de 8 de mayo, F.J.3, reiterada por STC 42/2000, que estima irrelevante incluso el hecho de que el propósito de interrumpir el tráfico no fuese comunicado a la Administración, F.J.5.

(27) ATC 176/2000, de 12 de julio, F.J.2.

el art. 55.1 CE. En estos casos, el art. 22 de la LO 4/1981 establece que la autoridad gubernativa puede someter a autorización previa o prohibir la celebración de reuniones o manifestaciones, así como proceder a su disolución. Quedan exceptuadas las reuniones orgánicas que los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales realicen en cumplimiento de sus fines y de acuerdo con sus Estatutos. Para penetrar en los locales en que tengan lugar las reuniones, la autoridad gubernativa deberá proveer a sus agentes de autorización escrita, salvo en los casos en que se estuviesen produciendo alteraciones graves del orden público constitutivas de delito, agresiones a las Fuerzas de Seguridad o en cualquier otro caso de flagrante delito.

2. EL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR: ¿UNA RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECCIÓN?

Precisadas de este modo las notas generales del derecho comentado, procede pasar a estudiar las restricciones que se establecen en el ámbito de las Fuerzas Armadas. Como iremos viendo a continuación, éstas suelen fundamentarse a partir de la teoría de las relaciones especiales de sujeción que, en el caso de la milicia —significativamente citada por Otto Mayer como ejemplo emblemático de éstas— se ampara en la necesidad de mantener los principios de neutralidad política y de disciplina. Sin embargo, es curioso destacar cómo los primeros límites —impuestos durante el Antiguo Régimen— no obedecen tanto a este tipo de razones, cuanto a puras razones de orden público, dado el peligro que suponía la aglomeración de personas armadas, y en no pocas ocasiones consumiendo alcohol, para la tranquilidad del lugar (28). En cualquier caso, y teniendo en cuenta que el derecho de reunión no cubre en ningún caso la concurrencia de hombres armados, las modulaciones introducidas por la legislación para los militares van a preocuparse en exclusiva por la primera de las razones apuntadas.

En efecto, la delimitación específica de los derechos de reunión y de manifestación en el ámbito castrense tiene como punto de partida la premisa de que el estatuto de los militares se inserta en el marco de las relaciones de sujeción especial, con mayor intensidad aún que el resto de ser-

(28) HALE, J.R., Guerra y sociedad en la Europa del Renacimiento 1450-1620, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1990, pág. 226.

vidores públicos (29). En efecto, es doctrina generalmente admitida en el derecho comparado y en España, que determinados servidores del Estado (no sólo militares, sino también jueces, fiscales o policías, aunque sólo vamos a ocuparnos de los primeros), en atención a razones como la extraordinaria relevancia de sus potestades o su derecho a llevar armas, deben estar sometidos a una restricción de sus derechos, fundamentalmente políticos, pero incluso disciplinarios, que se justifica por la necesidad de proteger ciertos fines o intereses que se estiman valiosos, ello, claro está, con las debidas garantías de que sea la estrictamente imprescindible y no se extienda de forma arbitraria o innecesaria (30). La necesidad de asegurar el respeto de dichas garantías nos impone, sin embargo, una alteración del sentido en que durante mucho tiempo, aun con notables adaptaciones a la realidad constitucional, se ha venido utilizando la noción de relaciones especiales de sujeción. Así, aun manteniendo su nomen iuris, preferimos convertirla en un mero descriptor de la situación jurídica final que resulta de la aplicación de una restricción a un derecho fundamental, sin que en ningún caso pueda emplearse para justificar sus dos efectos más tradicionales, esto es, la eliminación de la reserva de ley y la imposibilidad de acudir a los tribunales para reaccionar contra una restricción que se considera arbitraria. En su lugar, es posible sostener que el legislador democrático tiene la facultad de establecer límites a los derechos, incluso ante el silencio de la constitución, siempre que lo haga mediante una ley clara y previsible, para satisfacer una finalidad legítima, y de manera proporcionada, principio, este último, paralelo al de que la medida sea necesaria en una sociedad democrática, manejada por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(29) Sobre las relaciones especiales de sujeción, véase LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994. Pone de manifiesto este autor que, a pesar de que el contexto en que nace esta categoría —la monarquía constitucional alemana de fines del siglo XIX— es notoriamente distinto del que rige en los modernos Estados democráticos, las relaciones especiales dan respuesta a una necesidad real de sistematizar aquellos supuestos en que es necesario acomodar los derechos generalmente reconocidos a los ciudadanos con las necesidades organizativas de la Administración. Asimismo, GARCÍA MACHO, R., *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992.

(30) Además de los autores a los que se hará referencia para cuestiones más específicas, sostienen esta posición SERRANO ALBERCA, J.M., *La protección de las libertades públicas del militar*, RAP, núm. 103, enero-abril 1984, págs. 49 y ss. y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Reflexiones sobre la situación jurídica del soldado*, RAP, núm. 134, mayo-agosto 1994, pág. 47, esta última con una alusión específica a la situación de sujeción especial como categoría en la que se encuadran estas situaciones, una vez adaptada a la realidad constitucional.

Dos grupos de razones justifican la pertinencia de un estatuto especial: la voluntariedad de ingreso y el respeto a determinados principios que, en el caso de las Fuerzas Armadas, se centran sobre todo en los de neutralidad política y de jerarquía. Ante todo, el ingreso en el ejército como militar profesional es una decisión libre y quien la asume sabe de antemano que su libertad se va a ver reducida en cierta medida. Este argumento, muy presente en el origen de la dogmática sobre relaciones especiales de sujeción (31) y sometido a fuertes críticas en la actualidad (32) ha sido, sin embargo, utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (33) en su Sentencia dictada en el caso Kalaç contra Turquía, de 1 de julio de 1997, donde declara ajustada al Convenio una sanción impuesta a un juez militar acusado de prácticas que revelaban que había adoptado opiniones fundamentalistas, puesto que «Al optar por seguir una carrera militar el Sr. Kalaç estaba aceptando por voluntad propia un sistema de disciplina militar que por su propia naturaleza implicaba la posibilidad de establecer sobre ciertos derechos y libertades de los miembros de las Fuerzas armadas limitaciones no susceptibles de ser impuestas a los civiles» (34).

(31) Así, lo encontramos como sustitutivo de la necesaria habilitación legal a la restricción de un derecho propia del Estado liberal en MAYER, O., Derecho administrativo alemán, vol. IV, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954, pág. 44.

(32) Entre ellas el decidido rechazo al viejo principio *volenti non fit iniuria* contenido en LÓPEZ BENÍTEZ, M., Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción, op. cit., págs. 340 y ss. En cualquier caso, y sin los efectos atribuidos por la doctrina tradicional, que son incompatibles con la indisponibilidad general de los derechos fundamentales derivada de la dimensión objetiva que les atribuye la STC 25/1981, de 14 de julio, la voluntariedad en la entrada en la relación de sujeción especial añade un plus de legitimidad a las constricciones que aquella comporta.

(33) Sobre el valor en España de las sentencias del TEDH se ha pronunciado la STC 245/1991, de 16 de diciembre la cual, aun asumiendo la jurisdicción obligatoria del Tribunal, les niega «eficacia ejecutiva» limitando sus efectos, en principio, a los meramente declarativos. No obstante, matiza esta postura añadiendo que los poderes públicos no pueden permanecer indiferentes ante esa declaración de violación de un derecho reconocido en el Convenio (F.J.2). El propio Tribunal constitucional es el primero en no «permanecer indiferente» hasta el punto de haberse afirmado que «la sensibilidad hacia la jurisprudencia de Estrasburgo a la hora de interpretar las normas españolas sobre derechos humanos se ha convertido en una constante que informa con carácter habitual la filosofía del Tribunal Constitucional.» MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos, La Europa de los derechos humanos, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1998, pág. 260.

(34) § 28, que cita también la STEDH en el caso Engel y otros contra Países Bajos de 8 de junio de 1976, § 57. Un fundamento muy similar se encuentra en la STEDH de 16 de diciembre de 1992, en el caso Hadjianastasiou contra Grecia, en el que se recurrió como contraria al art. 10 del Convenio (libertad de expresión) una sanción impuesta a un ingeniero aeronáutico, que prestaba servicios como oficial del Ejército del aire por haber revelado datos clasificados como secretos (§ 46).

A ello se añade que la limitación de los derechos de los militares responde a fines adecuados a un Estado liberal-democrático. En particular se han defendido dos principios básicos como son la conveniente despolitización de lo que, parafraseando a **Locke**, constituye «*the force of the Society*» (35) y la necesidad de mantener la disciplina y el principio de jerarquía que, si conveniente para todos los rincones de las Administraciones públicas, es imprescindible en el ámbito de la Administración militar (36).

Ambos fundamentos han sido desarrollados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de una jurisprudencia que ha ido delimitando los perfiles de este régimen en el marco geográfico europeo. Concretamente el principio de neutralidad política aparece en términos bien significativos en la STEDH de 20 de mayo de 1999, caso Rekvényi contra Hungría (37). Así, su parágrafo 41 establece que «la obligación impuesta a ciertas categorías de funcionarios, notoriamente a los policías, de abstenerse de actividades políticas se dirige a despolitizar los servicios afectados y de este modo contribuir a la consolidación y al mantenimiento de la democracia pluralista en el país. El Tribunal entiende que el caso de Hungría no es un supuesto aislado dado que un gran número de Estados contratantes restringe ciertas actividades políticas de su policía.» Más adelante (parágrafo 46) se añade que vistas las circunstancias históricas de estos Estados (38) sus autoridades pueden establecer dichos límites en sus constituciones para «asegurar la consolidación y el mantenimiento de la democracia». Se considera asimismo que «los policías están investidos de poderes coercitivos dirigidos a regular la conducta de los ciudadanos y están, en ciertos países, autorizados a llevar armas para el cumplimiento de su misión.» En fin, «los

(35) «*For both of them [poderes ejecutivo y federativo] requiring the force of the Society for their exercise it is almost impracticable to place the Force of the Commonwealth in distinct, and not subordinate hands;*» LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, The Second Treatise, 148, Cambridge University Press, 1967, pág. 384.

(36) Algún autor ha incluido tales deberes como principios básicos de la organización militar. JIMÉNEZ VILLAREJO, J., *Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española*, Revista española de derecho militar, nº 77, enero-junio 2001, págs. 449 y ss.

(37) El demandante, Sr. Lázsló Rekvényi era policía y secretario general del sindicato independiente del cuerpo, que recurre la reforma del art. 40/B de la Constitución húngara hecha por ley 107 de 1993, de acuerdo con la cual se prohíbe toda actividad política al personal de carrera de las fuerzas armadas, de la policía y de los servicios civiles de la seguridad nacional.

(38) Concretamente «la experiencia que este país tiene de un régimen totalitario que dependía en gran medida del engarce directo de su policía con el partido en el poder» (§ 46). En un sentido similar, STEDH, caso Vogt, § 51, en relación con la experiencia de la República de Weimar, que obligó a la RFA nacida en 1949 «tras la pesadilla del nazismo», a establecer una «democracia apta para defenderse».

policías están al servicio del Estado», de manera que los ciudadanos pueden legítimamente esperar que con ocasión de sus relaciones personales con la policía van a ser aconsejados por funcionarios «políticamente neutrales y en todo caso apartados del combate político» (39). Por todo ello se concluye que «el deseo de vigilar que el papel crucial de la policía en la sociedad no se vea comprometido por la erosión de la neutralidad política de sus funcionarios se concilia con los principios democráticos.» (§41).

En cuanto al principio de jerarquía y disciplina aparece reconocido en diversas sentencias, a partir de la conocida STEDH de 8 de junio de 1976, dictada en el caso Engel y otros contra Países Bajos en la que se afirma que «el correcto funcionamiento de un ejército es difícilmente imaginable sin unas normas legales que tengan como fin evitar que sus miembros minen la disciplina militar» (§ 100) (40). Entre ellas destacan las ya citadas en el caso Hadjianastassiou contra Grecia, donde se hace referencia a las «particularidades de la vida militar» que implican «deberes» y «responsabilidades» específicos (§ 46) y Kalaç contra Turquía, en el párrafo antes transcrito. Asimismo merece mención la STEDH, caso Larissis y otros contra Grecia, de 24 de febrero de 1998, sobre la que más adelante nos detendremos, en donde se considera a esta «estructura jerárquica» como propia de la condición militar (§ 51).

No obstante, estos límites deben respetar a su vez varias garantías que impiden que los militares queden en una situación de absoluta indefensión frente a los poderes públicos, garantías que aparecen bien enumeradas en la citada STEDH en el caso Rekvényi contra Hungría, donde se reitera una jurisprudencia más que asentada en la práctica del Tribunal, como es la exigencia de una limitación prevista por la ley de modo que sea previsible y cierta, que responda a un fin legítimo y que sea necesaria en una sociedad democrática (§ 27).

En España la Constitución contiene algunas disposiciones que configuran el núcleo esencial del estatuto de los militares. Ante todo, respecto del ejercicio del *ius puniendi* del Estado en el ámbito militar, el art. 15 permite que las leyes penales militares establezcan la pena de muerte para tiem-

(39) Esta expresión aparece también en la STEDH de 2 de septiembre de 1998, caso Ahmed y otros contra el Reino Unido, relativo a la participación de altos funcionarios locales en diversas formas de actividad política (§ 53).

(40) El caso, ya clásico en esta materia, guarda relación con diversos ciudadanos holandeses que prestaban servicios en el ejército, como suboficiales, tropa y como privados, a la vez que pertenecían a una asociación de militares de reemplazo, reconocida por el Gobierno y que reunía como afiliados a los dos tercios de ellos. La sentencia, aunque parcialmente estimatoria, negó cualquier violación del derecho de asociación de los demandantes.

po de guerra (41), mientras que el art. 25.3 faculta a la Administración militar para imponer sanciones que impliquen la privación de libertad; el art. 26, interpretado *a contrario sensu*, admite en su seno los tribunales de honor, sin olvidar el art. 117.5 que incorpora una llamada al legislador a que regule una jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio. A su vez, quedan reducidos algunos derechos políticos, puesto que el art. 28.1 habilita a la ley para limitar o excluir el derecho de sindicación de los miembros de las Fuerzas o Institutos armados y demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y el art. 29.2 les reconoce el ejercicio del derecho de petición sólo individualmente y de acuerdo con su legislación específica. Asimismo, el art. 70.1 CE declara inelegibles como diputados o senadores a los militares profesionales y a los miembros de fuerzas y cuerpos de seguridad y policía en servicio activo.

A partir de este material, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha tenido dificultad en aplicar a las Fuerzas Armadas los principios de jerarquía —y sus correlativos de unidad y disciplina— y de neutralidad política como fundamento del estatuto del personal militar. Aunque el principio de jerarquía es de general aplicación al conjunto de las Administraciones Públicas, según se deduce del art. 103.1 CE, su impronta particular a estos efectos fue acogida en fecha temprana por el Tribunal Constitucional. Prueba de ello es la STC 21/1981, de 15 de junio, donde se reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar atendiendo a la consideración de la subordinación jerárquica y la disciplina como «valores primordiales» en el ámbito castrense que exigen pronta y rápida reacción frente a las infracciones (F.J.9) (42). La relación jerárquica se concibe de una manera amplia en la jurisprudencia constitucional, al no requerirse una posición de estricta dependencia entre los sujetos afectados, bastando en ocasiones la simple diferencia de grado (43). Por su parte, la disciplina se caracteriza como principio imprescindible de la organización militar hasta el punto de convertirse en un elemento configurador de la

(41) No está de más recordar que éstas han abolido la pena capital tras la LO 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra.

(42) Asimismo, SSTC 371/1993, de 13 de diciembre (F.J.4) y 288/1994, de 27 de octubre (F.J.2).

(43) La STC 115/2001, de 10 de mayo, niega que la relación se rompa por el hecho de que las personas afectadas estén destinadas en unidades diversas, si existe «diversidad de empleo» (F.J.3). Por su parte, la STC 157/2001, de 2 de julio (F.J.3) añade que tampoco se quiebra «por el hecho de que el recurrente en amparo se encontrase, [...] en baja por enfermedad, pues, como señala el Abogado del Estado, tal circunstancia podría en su caso matizar, pero en modo alguno romper, la relación jerárquica de subordinación entre denunciante, quien continúa en la situación administrativa de servicio activo, y denunciados». En este sentido, véase ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar. Análisis jurídico tras la ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas*, INAP, Madrid, 2000, pág. 460.

misma, susceptible de justificar límites en el ejercicio de derechos constitucionales de sus miembros (44). Ello no obstante, ninguno de ellos dan cauce a un estatuto del militar que le conduzca a una situación de indefensión puesto que éste debe incorporar el sistema de valores y principios que inspiran la Constitución (45). De modo más preciso, se sostiene que es preciso afrontar en cada caso una ponderación adecuada entre el derecho constitucional afectado (salvo que el propio texto constitucional imponga o dé vía libre a su restricción) y estos principios, de acuerdo con las exigencias de proporcionalidad y adecuación, para determinar la legitimidad de su eventual ablación (46).

Algo parecido puede decirse del principio de apartidismo o neutralidad política de las Fuerzas armadas (47). Ligado a una exigencia de subordinación del poder militar al poder civil establecida en el art. 97 CE, no ha de impedir necesariamente, al menos en tiempo de paz, toda participación política de los miembros de las Fuerzas Armadas, sino tan sólo asegurar la objetividad de la Administración militar en el cumplimiento de sus funciones, así como excluir cualquier presión política de ésta sobre los ciudadanos y los poderes públicos (48). El Tribunal constitucional no ha invocado con frecuencia de forma expresa este principio, aunque está sobreentendido en toda su doctrina en la materia. No obstante es posible encontrar algún ejemplo, como es la STC 101/1991, en la que se refiere al principio de neutralidad política y sindical como medio necesario para el cumplimiento de las misiones que el art. 8 CE atribuye a los tres ejércitos y como fundamento de posibles restricciones a los derechos de los individuos que los integran (49).

(44) STC 115/2001, F.J.8. La jurisprudencia de la Sala de lo militar del Tribunal Supremo abunda en esa idea de principio configurador, así como de factor de cohesión de la disciplina. Un resumen de ella se encuentra en el voto particular a la citada STC 115/2001 redactado por el magistrado Jiménez de Parga y Cabrera al que se adhieren los magistrados Mendizábal Allende y Garrido Falla.

(45) STC 21/1981, F.J.10, reiterado en STC 115/2001. Un ejemplo específico de los límites de la relación jerárquica es la STC 177/1996, de 11 de noviembre, que declara que las Fuerzas armadas están vinculadas al contenido negativo de la libertad religiosa del art. 16 CE y no pueden imponer a un militar la participación en actos de contenido religioso ni aun cuando tenga ésta carácter institucional (F.J.10). Respecto de otros ejemplos de relaciones de sujeción especial reiteran esta doctrina las SSTC 2/1987 y 129/1995, entre otras.

(46) En este sentido, STC 102/2001, de 23 de abril, FF.JJ.2 y 3.

(47) Se ha defendido en los últimos tiempos este término frente al más general de apoliticismo. Véase SERRANO ALBERCA, J.M., Comentario al artículo 8.2, Comentarios a la Constitución, (dir. por Garrido Falla, F.) Civitas, Madrid, 2001, pág. 152.

(48) En este sentido, BLANQUER, D., Ciudadano y soldado, Civitas, Madrid, 1996, págs. 507 y ss.

(49) STC 101/1991, de 13 de mayo (F.J.4), que rechaza un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del pueblo contra la disposición adicional tercera de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical.

Finalmente, si bien sin desarrollarlo en profundidad, el principio de proporcionalidad de la restricción ha sido acogido en la más reciente Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha tenido ocasión de enjuiciar la legitimidad de algunos límites concretos a derechos fundamentales en la esfera castrense, por cierto, con pronunciamientos siempre favorables a la vigencia de la garantía afectada. Se trata de las SSTC 102/2001 (Libertad de Expresión), 219/2001 (Derecho de Asociación) y 115/2001, junto a la 179/2004, relativas a la tutela judicial efectiva. En todas ellas, el Tribunal sostiene que la corrección de las medidas limitadoras adoptadas en cada caso se subordina a que sean proporcionadas y obedezcan a motivos necesarios de aseguramiento de la disciplina y la unidad de acción, respetando siempre el contenido esencial del derecho afectado.

3. DERECHO COMPARADO

3.1. LOS LÍMITES AL DERECHO DE REUNIÓN DE LOS MILITARES EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

La teoría de las relaciones especiales de sujeción ha tenido una notable incidencia en la delimitación de las libertades estudiadas para el personal militar. Ya en los Tratados Internacionales que regulan la protección de derechos fundamentales, los derechos de reunión y de manifestación, en cuanto enlazan en cierta medida, con la participación política, están sometido a ciertas restricciones, eso sí, siempre con la fórmula clásica de no establecerlas directamente sino autorizar a los Estados a introducirlas a través de su legislación y sin que la regulación del Tratado pueda interpretarse como una prohibición de normativas más generosas de ámbito nacional.

El art. 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce a toda persona el derecho a la libertad de reunión. No se establecen particularidades respecto de miembros de las Fuerzas Armadas, pero éstas pudieran encontrar justificación en el art. 29.2, que permite la limitación del ejercicio y disfrute de los derechos y libertades de la Declaración, siempre que se introduzcan por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática (50). Mayor concreción aporta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo art. 21, tras reconocer el derecho de reunión pacífica, somete su ejercicio a «las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática,

(50) En contra FERNÁNDEZ SEGADO, F., Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 64, abril-junio 1989, pág. 97.

en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud a la moral públicas o los derechos y libertades de los demás». Estamos ya ante una cláusula específica —complementaria a la cláusula general contenida en el art. 4— algunas de cuyas expresiones entroncan directamente con el ámbito militar, como es la referencia al concepto, por lo demás ambiguo, de la seguridad nacional.

Pudiera también encontrarse una modalidad de reunión, la reunión sindical, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo art. 8.1.c) reconoce el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos. Pero en este caso, además de la cautela que inmediatamente después se establece de modo genérico, el art. 8.2 permite someterlas a restricciones legales para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado. Finalmente, pero desde luego no por falta de importancia, el art. 11 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tras reconocer a toda persona la libertad de reunión pacífica y la de asociación, declara en su apartado 2 *in fine* que «no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado». La expresión de restricción legítima, como hemos visto, se ha interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de exigir, al menos, una previsión legal que establezca un requerimiento predecible y falta de arbitrariedad (51).

En el ámbito comunitario, el derecho de reunión pacífica se regula en el art. 12.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (52),

(51) STEDH de 20 de mayo de 1999, caso Rekvényi contra Hungría, párrafo 59, ya citada.

(52) La Carta fue elaborada por una Convención convocada por el Consejo Europeo de Colonia, celebrado los días 3 y 4 de junio de 1999 y constituida el 16 de diciembre de ese mismo año, de acuerdo con la composición y reglas de funcionamiento determinadas por el Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999. Solemnemente proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, la decisión acerca de su inclusión en los Tratados quedaba pendiente de la Conferencia Intergubernamental prevista para el 2004 por la Declaración núm. 23 aneja al Acta final de la Conferencia, relativa al futuro de la Unión. No obstante, la Carta ya ha desplegado ya algunos efectos, como resulta, por ejemplo, de su temprana invocación en la STC 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 8). Sobre el proceso de gestación de la Carta, puede leerse REVUELTA, I., Una Carta de Derechos Fundamentales para la Unión Europea, Revista del Poder Judicial, 3ª época, núm. 58, segundo trimestre 2000, págs. 125 y ss. Algunos problemas jurídicos derivados de la misma se tratan en ALONSO GARCÍA, R., El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, Cuadernos de Derecho Público, núm. 13, mayo-agosto 2001, págs. 13 y ss. En fin, un comentario sistemático se encuentra en RUBIO-LLORENTE, F., Mostrar los derechos sin destruir la Unión (consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), La encrucijada constitucional de la Unión Europea, dir. por Eduardo García de Enterría, Colegio Libre de Eméritos, Civitas, Madrid, 2002, págs. 113 y ss.

que se ha incorporado como Parte II del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (53). Según su tenor, «toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses». En principio, la Carta no contiene una limitación específica para los miembros de las Fuerzas Armadas, sino sólo la cláusula genérica del art. 52.1 (II-112.1 del proyecto de tratado constitucional) según la cual, «cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás». Sin embargo, en el Proyecto de Tratado Constitucional aparece una importante novedad respecto de la formulación originaria de la Carta y es la introducción de un apartado 3 en el que se establece la correspondencia entre el contenido de la Carta y el del CEDH respecto de aquellos derechos que aparezcan garantizados en los dos ámbitos (54). Asimismo, se incluye una referencia en su Preámbulo a las explicaciones elaboradas por la Secretaría de la Convención que la elaboró, actualizadas por la Convención redactora del Proyecto de Constitución, como instrumento interpretativo de su articulado. Pues bien, en la parte relativa al art. 12 (55) se dice claramente que la extensión de este derecho viene a coincidir con su homónimo del CEDH, añadiéndose una mención explícita a su art. 11.2 (56). En consecuencia ha de entenderse que

(53) Documento CONV 850/03, de 18 de julio. Toda la información acerca de la Convención para el futuro de Europa puede consultarse en la red en la siguiente dirección, que ha de estar disponible, al menos durante los próximos cinco años: <<http://european-convention.eu.int>>.

(54) Su texto es el siguiente: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

(55) Dichas explicaciones se han publicado actualizadas como documento CONV 828/03, de 18 de julio.

(56) Las explicaciones, tras señalar que el derecho contemplado es el mismo que el regulado por el art. 11 del CEDH, y reproducir su contenido, añaden lo siguiente: «Las disposiciones del apartado 1 del presente artículo 12 tienen el mismo sentido y alcance que las del CEDH, pero su ámbito de aplicación es más amplio dado que pueden aplicarse a todos los niveles, incluido el europeo. Conforme al apartado 3 del artículo 52 de la Carta, las limitaciones a este derecho no pueden sobrepasar las que el apartado 2 del artículo 11 del CEDH considera que pueden ser legítimas».

la Carta ampara las mismas restricciones al derecho de reunión de los miembros de las Fuerzas Armadas que hemos visto autorizadas por el CEDH.

Consecuentemente, en al menos cuatro de los Tratados existen cláusulas que autorizan a los Estados parte a introducir límites en el derecho de reunión de los miembros de las Fuerzas Armadas. No obstante, debe insistirse, se trata de decisiones voluntarias de los Estados, pues todas las declaraciones se configuran como un estándar mínimo de protección, mejorable por el derecho interno. Así acontece con el art. 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el artículo de idéntica numeración y contenido del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 53 del Convenio de Roma, que dispone que «ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.». En fin, también el art. 53 de la Carta (Art. II-113 del proyecto de tratado constitucional) regula esta cláusula de mínima protección, elemento realmente novedoso en el derecho comunitario, que sigue más bien un principio armonizador. De todos modos, y de acuerdo con el art. 52.4 (Art. II-112.4 del proyecto de tratado constitucional) si de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros se derivase un criterio más favorable para el derecho, el Tribunal de Justicia y el resto de las Instituciones estarían obligados a interpretar el derecho reconocido en la Carta de conformidad con esas tradiciones (57).

3.2. EL RÉGIMEN ADOPTADO EN LAS LEGISLACIONES ESTATALES

En los sistemas constitucionales comparados, y en relación con la asistencia a reuniones políticas o sindicales, que son las que plantean verdaderamente problemas, aunque las soluciones varían desde la prohibición

(57) A estos efectos, las explicaciones de la Secretaría dicen lo siguiente: «La norma de interpretación que figura en el apartado 4 se basa en la redacción del apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (véase ahora la redacción del [apartado 3 del artículo 7] de la Constitución) y toma debidamente en consideración el planteamiento de las tradiciones constitucionales comunes seguido por el Tribunal de Justicia (por ejemplo, sentencia de 13 de diciembre de 1979, asunto 44/79, Hauer, Rec. 1979, p. 3727, sentencia de 18 de mayo de 1982, asunto 155/79, AM&S, Rec. 1982, p. 1575). Según esta norma, en lugar de seguir un planteamiento rígido de «mínimo común denominador», los derechos correspondientes recogidos en la Carta deben interpretarse de forma que ofrezcan un elevado nivel de protección que resulte apropiado para el Derecho de la Unión y esté en armonía con las tradiciones constitucionales comunes.

absoluta que establece Turquía (58) hasta la posibilidad de asistir incluso de uniforme, lo normal, casi la solución unánime, es que se establezca una limitación sólo parcial, por la que se impide a los militares la concurrencia uniformada, pero les es lícito presentarse de paisano, por cuanto se entiende que de esta manera no es tanto el soldado cuanto el ciudadano quien ejerce el derecho fundamental de reunión. Ello por lo que respecta a las reuniones fuera de recintos militares y de las horas de servicio, ya que, para estas últimas, la práctica habitual es la de prohibirlas de plano o someterlas a autorización previa.

Comenzando por Alemania, el art. 17A.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 habilita al legislador federal para introducir restricciones en determinados derechos de los integrantes de las Fuerzas Armadas, durante su período de servicio, entre ellos el derecho de reunión (59). La ley de 19 de agosto de 1975, reguladora del estatuto legal de los militares (*Soldatengesetz*), ha hecho uso de esta facultad en su art. 15.3 por el que se prohíbe a los militares la asistencia de uniforme a reuniones políticas, a lo que pueden añadirse las exigencias derivadas del deber de mantener el respeto y disciplina hacia un superior y a la imagen de respeto y confianza que se espera de un miembro del Ejército federal, incluso fuera de servicio, establecidos en el art. 17. La previsión constitucional para limitar el derecho de reunión de las fuerzas de defensa se encuentra también en el art. 85 de la Ley Constitucional de Dinamarca de 1953, que les reconoce las garantías para la libertad personal y las libertades de asociación y de reunión —arts. 71, 78 y 79, respectivamente— sólo en la medida en que lo permitan las leyes militares.

Por su parte, en Portugal, el art. 270 de su Constitución de 1976-1982, permite limitar el ejercicio de los derechos de reunión y de manifestación por parte del personal militar, así como de los agentes militarizados en servicio activo en la estricta medida en que lo exijan las funciones que les son propias. El desarrollo de esta habilitación se contiene en el art. 31B (60) de la ley 29/1982, de 11 de diciembre, de defensa nacio-

(58) CORRALES ELIZONDO, A., Consideración sobre un posible estatuto general de derechos y obligaciones del militar profesional en el marco de la ley 17/1999, de 18 de mayo, Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares, III Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa, Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Defensa, Madrid, 2001, pág. 27.

(59) Se ha subrayado que, puesto que ya el art. 8 permite que por ley se limite el derecho de reunión al aire libre, la novedad del art. 17A.1 es ampliar dicha habilitación a las reuniones en locales cerrados. Véase DÜRIG, G., *GrundGesetz Kommentar*, Band II, C.H. Beck sche Verlagbuchhandlung, München, 1989, pág. 16 del comentario al art. 17^a, tomado de BLANQUER, D., *Ciudadano y soldado*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 520.

nal y de las Fuerzas Armadas, introducido por la LO 4/2001, de 30 de agosto, que admite que puedan organizar y participar desprovistos de uniforme en reuniones y manifestaciones que no tengan carácter político o sindical. Para las concentraciones que revistan esta condición su derecho queda limitado a la asistencia silenciosa y de paisano, sin que puedan participar en tareas organizativas de ninguna clase. Restricción común a ambas es la de no poderse celebrar en los recintos militares, ni perjudicar al servicio o la plena disponibilidad horaria del personal. En cualquier caso, el régimen actual es ligeramente más favorable que el anteriormente en vigor, establecido en la versión original del art. 31 de la ley 29/1982, que prohibía cualquier tipo de participación en manifestaciones de tipo político o sindical (61).

En el resto de ordenamientos, a pesar de faltar una declaración constitucional específica, es también común la imposición de ciertas cautelas al derecho de reunión en el ámbito de las Fuerzas Armadas. El caso quizá más problemático es el de Francia, país donde no se establecen matices expresos a este derecho. No obstante, tanto la Ley sobre el estatuto general de los militares, como el Reglamento de disciplina general en los Ejércitos (62), contienen fundamentos más que suficientes para justificar límites de intensidad no pequeña en relación con las reuniones políticas y sindicales. Así, a las reuniones políticas les son aplicables los límites impuestos a la libertad de expresión en el art. 7 de la ley, en particular la exposición pública mediante conferencias u otros actos similares de opiniones políticas, que sólo se admite fuera del horario de servicio y previa

(60) Su texto es el siguiente:

«1. Os cidadãos referidos no artigo 31.º podem, desde que trajem civilmente e sem ostentação de qualquer símbolo das Forças Armadas, convocar ou participar em qualquer reunião legalmente convocada que não tenha natureza político-partidária ou sindical.

2. Os cidadãos referidos no artigo 31.º podem, contudo, assistir a reuniões, legalmente convocadas, com esta última natureza se não usarem da palavra nem exercerem qualquer função no âmbito da preparação, organização, direcção ou condução dos trabalhos ou na execução das deliberações tomadas.

3. O exercício do direito de reunião não pode prejudicar o serviço normalmente atribuído ao militar, nem a permanente disponibilidade deste para o mesmo, nem ser exercido dentro das unidades, estabelecimentos e órgãos militares».

(61) Los apartados 4º y 5º del art. 31 disponían lo siguiente:

«4. Os cidadãos referidos no n.º 1 não podem convocar ou participar em qualquer reunião de carácter político, partidário ou sindical, excepto se trajarem civilmente e sem usar da palavra nem fazer parte da mesa ou exercer qualquer outra função.

5. Os cidadãos referidos no n.º 1 não podem convocar ou participar em qualquer manifestação de carácter político, partidário ou sindical».

(62) Ley núm. 72-662, de 13 de julio, por la que se establece el estatuto general de los militares y Decreto núm. 75-675, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de disciplina general de los Ejércitos.

autorización del ministro, régimen reforzado por el art. 13.8 del Reglamento disciplinario, que prohíbe todo tipo de manifestación colectiva por parte de los militares. Por su parte, las reuniones sindicales están afectadas por la tajante interdicción de la creación de sindicatos militares y de la adhesión de los militares en servicio activo a cualquier tipo de asociación profesional contenida en el art. 10 de la ley de 1972. En el interior de los recintos militares se admiten, sin embargo, las reuniones celebradas para el desarrollo de un acto de culto religioso —art. 7, párrafo primero—.

En Italia, lo restrictivo de su regulación ha generado una cierta litigiosidad, resuelta por diversas sentencias de la Corte Constitucional. Con carácter general, el art. 7 de la ley 382/1978, de 11 de julio, que regula las normas de principio sobre disciplina militar, distingue entre reuniones celebradas en el interior de los recintos militares (63) y las convocadas fuera de los mismos. Respecto de las primeras, el art. 7.1 establece una prohibición absoluta de las reuniones ajenas al servicio, con la única excepción de las que se desarrollen en el seno de los órganos de representación, previstas en el art. 19, que deben, en cualquier caso, ser autorizadas por el mando correspondiente. Fuera de estos lugares, se prohíben las reuniones de militares en uniforme o que hagan ostentación de su condición. Junto a estas previsiones el art. 30 del Reglamento de disciplina militar somete de forma general a autorización administrativa la celebración de las reuniones no prohibidas (64). Por otro lado, el segundo párrafo del art. 184 del Código Penal Militar de Paz castiga con hasta seis meses de reclusión al militar que promueve o participa en una reunión militar convocada para tratar de cuestiones relativas al servicio o a la disciplina (65). Para el caso de las reuniones y manifestaciones políticas, el art. 6 las declara prohibidas siempre que tengan lugar durante el servicio, en recintos militares, o cuando sus asistentes lo hagan de uniforme o haciendo ostentación de su condición mili-

(63) El texto italiano es el siguiente: «Articolo 7. 1. Sono vietate riunioni non di servizio nell'ambito dei luoghi militari o comunque destinati al servizio, salvo quelle previste dal successivo articolo 19; queste, in ogni caso, devono essere concordate con i comandi competenti. 2. Fuori dei predetti luoghi sono vietate assemblee o adunanze di militari che si qualifichino esplicitamente come tali o che siano in uniforme».

(64) Art. 30 del Decreto della Presidenta della Repubblica 545/1986, di approvazione del Regolamento di disciplina militare.

(65) Su texto es el siguiente: «Art. 184. Raccolta di sottoscrizioni per rimostranza o protesta. Adunanza di militari. Il militare, che raccoglie sottoscrizioni per una collettiva rimostranza o protesta in cose di servizio militare o attinenti alla disciplina, o che la sottoscrive, è punito con la reclusione militare fino a sei mesi. La stessa pena si applica al militare, che, per trattare di cose attinenti al servizio militare o alla disciplina, arbitrariamente promuove un'adunanza di militari, o vi partecipa».

tar, previsión ésta que ha sido objeto de algunos intentos de reforma, no culminados, por medio de sendas proposiciones de ley presentadas durante las Legislaturas XIII y XIV, que pretendían limitar dicha prohibición sólo para la participación activa (66).

Sobre este régimen la Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones, lo que le ha permitido fijar algunas consideraciones. Ante todo, en línea de principio, ha subrayado que la Constitución italiana rechaza cualquier interpretación institucionalista del ordenamiento militar aunque reconoce el carácter absorbente del servicio en las Fuerzas Armadas (67). En este sentido, ocasionalmente ha apuntado que, puesto que el art. 52 de la Constitución considera la defensa de la patria como deber sagrado del ciudadano —expresión utilizada exclusivamente a este respecto y que pone de manifiesto su mayor calificación respecto de otros deberes constitucionales (68)— el párrafo tercero del citado art. 52, según el cual, el ordenamiento de las Fuerzas Armadas está informado por el espíritu democrático de la República, no excluye que el ejercicio de los derechos y libertades por parte de los militares deba armonizarse con las exigencias institucionales de las Fuerzas Armadas. Para el caso que nos ocupa, la Corte considera que la celebración de asambleas de naturaleza pacífica y a las que los asistentes acudan desarmados, cuyo fin sea tratar sin animosidad de cuestiones relativas al servicio o a la disciplina, lejos de ser peligrosa, puede significar un medio de promoción y de desarrollo en un sentido democrático, del ordenamiento de las Fuerzas Armadas (69). Sin embargo, en relación exclusivamente a las reuniones

(66) Se trata de las proposiciones de ley núm. 1268, de la Legislatura XIII y núm. 432, de la XIV, presentadas por el senador Paolo Danieli, de Alleanza Nazionale, que no han sido objeto de consideración hasta la fecha.

(67) Sentencia núm. 449/1999, de 27 de diciembre. Un comentario bastante crítico con esta resolución, que declara la conformidad con la Constitución de la prohibición del derecho de sindicación para el personal funcionario de las Fuerzas Armadas, puede verse en ELIA, G., *Sotto le armi tacciono le leggi: a proposito delle libertà sindacali dei militari*, Giurisprudenza Costituzionale, anno XLV —200, gennaio— febbraio, fasc. 1, págs. 550 y ss.

(68) Sentencias núm. 15 de 1973, 20 y 86 de 1974 y 31 de 1982, de 20 de enero.

(69) La Sentencia núm. 24 de 1989, aprobada el 11 de enero, dice que «è ben vero che, se la riunione è pacifica e disarmata, e se è diretta a trattare senza animosità di cose attinenti al servizio o alla disciplina nell'intento di un inserimento partecipativo alla vita della caserma, lungi dall'essere pericolosa, può rappresentare [...] mezzo di promozione e di sviluppo in senso democratico dell'ordinamento delle Forze armate». De manera similar, la Sentencia núm. 126, de 1985, aprobada el 29 de abril, declara que «è da ritenere che la pacifica manifestazione del dissenso dei militari nei confronti dell'autorità militare — anche e soprattutto in forma collettiva per l'espressione di esigenze collettive attinenti alla disciplina o al servizio— non soltanto concorra alla garanzia di pretese fondate o astrattamente formulabili sulla base della normativa vigente e quindi all'attuazione di questa,

convocadas o desarrolladas en recintos militares ha concluido que no existe una exigencia constitucional de permitir su ejercicio sin autorización previa (70). En cualquier caso, su calificación como tipo delictivo habrá de atender a las especiales circunstancias que concurran, que deberán ser valoradas por el jefe de la unidad en primera instancia y, en último término, por el órgano jurisdiccional competente, atendiendo a cánones establecidos en el ámbito de la jurisdicción penal (tales como la exclusión de las presunciones de peligrosidad o la determinación de la concreta antijuridicidad de conductas típicas) o incluso en las resoluciones precedentes del propio órgano jurisdiccional (71), todo ello sin perjuicio, por supuesto, de la aplicación de la sanción administrativa que proceda (72). Por último, se ha considerado conforme a derecho el primer párrafo del art. 174 del Código Penal Militar de Paz que impone una sanción agravada a los

ma promuova lo sviluppo in senso democratico dell'ordinamento delle Forze armate e quindi concorra ad attuare i comandamenti della Costituzione». Por lo demás, la falta de animosidad no impide la crítica, incluso, áspera, de los órdenes militares, protegida por la libre manifestación del pensamiento, según subraya la Sentencia núm. 30 de 1982 y, más recientemente, la núm. 519, de 2000, aprobada el 15 de noviembre. Manejo los textos proporcionados por la página de la red <<http://www.giurcost.org>>.

(70) La Sentencia núm. 31 de 1982 establece en este sentido lo siguiente: *«In tale contesto, il terzo comma del medesimo art. 52 Cost., secondo cui «l'ordinamento delle Forze Armate si informa allo spirito democratico della Repubblica», non esclude affatto che l'esercizio dei diritti di libertà da parte dei militari debba armonizzarsi con i fini istituzionali delle Forze stesse, al cui raggiungimento è preordinata la loro organizzazione. Pertanto, non è costituzionalmente necessario riconoscere ai militari il diritto di partecipare senza autorizzazione ad un'adunanza per trattare di cose attinenti al servizio militare, là dove si tratti di riunioni destinate a svolgersi —come nella specie— in luogo militare e non nei luoghi pubblici od aperti al pubblico, cui si riferisce in modo specifico l'art. 17 Cost».*

(71) En cualquier caso, la Corte Constitucional proporciona un elenco de conductas peligrosas en su Sentencia núm. 126 de 1985, aprobada el 29 de abril, donde se indica lo siguiente: *«Quali espressioni della tendenza possono essere menzionate le seguenti sentenze: n. 120 del 1957, concernente la previsione del reato di grida e manifestazioni «seditiose», di cui all'art. 654 c.p.; n. 87 del 1966, concernente la previsione del delitto di propaganda e apologia sovversiva o antinazionale, di cui all'art. 272 c.p.; n. 65 del 1970, concernente la previsione del delitto di istigazione a delinquere, di cui all'art. 414 c.p.; n. 16 del 1973 concernente la previsione del delitto di istigazione all'odio fra le classi sociali di cui all'art. 415 c.p.; n. 71 del 1978, concernente ancora la previsione del delitto di istigazione di militari a disobbedire alle leggi di cui all'art. 266 c.p.».*

(72) Para el caso concreto que suscitó su decisión, la Sentencia núm. 24 de 1989 declaró que *«Così se risulta acclarato che la finalità dell'adunanza non aveva carattere ostile, ma soltanto quello di discutere iniziative comuni dirette a rappresentare ai superiori la necessità di migliorare il rancio, appare evidente che, proprio nella prospettiva di cui alla citata sentenza n. 126 del 1985 di questa Corte, la liceità penale dei fini si riverbera come in tutte le riunioni di cui all'art. 17 della Costituzione-nella liceità stessa dell'adunanza. Fermo restando ovviamente l'illecito disciplinare della mancanza di autorizzazione a sensi dell'art. 30, co. II, del Regolamento di disciplina».*

militares que, reunidos en número de cuatro o más, abandonándose a excesos, rehúsen, omitan o retrasen la obediencia a la orden dada por un superior de disolverse y deponer su conducta, por considerar que la expresión «excesos» está dotada por la jurisprudencia de un significado inequívoco, referido a actos de intensa indisciplina que constituyen una presión moral y amenazante de carácter colectivo sobre la voluntad del superior (73).

En los Países Bajos, el art. 9 de su Constitución de 1814, profundamente reformada en 1983, reconoce el derecho de reunión que, sin embargo, se puede regular y limitar en su ejercicio en aras del orden público. En el ámbito castrense, la ley de 19 de diciembre de 1931, reguladora del estatuto personal de los militares distingue en su art. 12.ª entre reuniones políticas y el resto de modalidades. Para estas últimas se admite su participación siempre que no se resienta el cumplimiento de sus funciones, a lo que la ley de 14 de junio de 1990, de disciplina militar, aplicable, salvo excepciones, sólo en el interior de recintos militares y en horas de servicio, añade que cuando concurren estas dos circunstancias se necesitará previa autorización de la superioridad. En el caso de reuniones convocadas por formaciones políticas debidamente registradas y admitidas a presentar candidatos a las elecciones legislativas, provinciales o municipales, será necesaria autorización para que puedan desarrollarse en recintos militares, supuesto en el que es posible la asistencia de uniforme. Fuera de aquéllos, los militares que deseen tomar parte en las mismas deben hacerlo de paisano.

También resulta bastante amplia la legislación belga, sobre todo en lo relativo a las reuniones sindicales, teniendo en cuenta que, admitida la legalidad de los sindicatos militares, la ley por la que se organizan las relaciones entre las autoridades públicas y los sindicatos del personal militar (74) y sus reglamentos de ejecución (75), conceden a sus afiliados un permiso de cuatro horas por semestre para asistir a reuniones sindicales. De este modo, cada sindicato puede convocar una reunión informativa por semestre y cuerpo, para lo cual el delegado sindical local deberá ponerse de acuerdo con el jefe de la unidad acerca de la fecha conveniente, tras lo que se solicita oficialmente la autorización oportuna al Estado Mayor general. Las reuniones políticas se sujetan a la ley de disciplina de las Fuerzas Armadas, de 14 de enero de 1975, que las autoriza sólo fuera del horario de servicio y siempre que se acuda desprovisto de uniforme y sin hacer ostentación de la condición militar.

(73) Sentencia núm. 31 de 1995.

(74) Ley de 11 de julio de 1978.

(75) Aprobados respectivamente el 25 abril 1996 y el 9 de junio de 1999.

En el Reino Unido, la normativa se contiene en las *Queen's Regulations*, una suerte de reglamentos internos ajenos al llamado derecho estatutario como reflejo de la tradicional prerrogativa del monarca en relación con el Ejército. De acuerdo con las mismas, los militares pueden acudir a reuniones políticas o sindicales, así como a las organizadas por una asociación profesional, siempre que lo hagan fuera del recinto militar y de sus horas de servicio, que éste no resulte afectado y que no lleven uniforme. Sin embargo, esta posibilidad de asistir ha de ser totalmente pasiva en el caso de aquéllas que tengan un carácter político, por cuanto no pueden organizarlas, pronunciar discursos ni hacer propaganda de la celebración de ninguna reunión o manifestación de esta clase.

En fin, en los Estados Unidos no faltan diversas restricciones al derecho de los miembros de las Fuerzas Armadas en servicio activo, que se centran básicamente en aquéllas que presenten un carácter político o sindical. Respecto de las primeras, al amparo del art. 973 del Título 10 de la recopilación legislativa conocida como Código de los Estados Unidos (76), que limita las posibilidades de acceso a un cargo público de los militares, el Departamento de Defensa ha aprobado unas Directrices que especifican las conductas admisibles y prohibidas para los militares en activo en relación con actos políticos. De manera específica para el derecho de reunión, se considera aceptable la asistencia como mero espectador y de paisano a reuniones políticas, tengan o no carácter partidista (77). Por lo que se refiere a las reuniones de carácter sindical, es el art. 976 de Código de los Estados Unidos el que establece directamente la prohibición para los militares de pertenecer a organizaciones que tengan fines sindicales y que, entre otras actividades, convoquen todo tipo de marchas o manifestaciones contra el Gobierno cuyo fin sea el de forzar a un cargo público civil o militar a entablar negociaciones para la mejora de las condiciones personales y profesionales de los militares (78).

(76) *United States Code, Title 10. Armed Forces, Subtitle A. General Military Law, Part II. Personnel, Chapter 49. Miscellaneous Prohibitions and Penalties, Section 973*, cuyo párrafo a) dispone que «No officer of an armed force on active duty may accept employment if that employment requires him to be separated from his organization, branch, or unit, or interferes with the performance of his military duties». Manejo la versión de esta recopilación ofrecida en la red por «<http://caselaw.lp.findlaw.com>», actualizada a 22 de enero de 2002.

(77) *Department of Defense Directive, no. 1344.10, subject: Political Activities by Members of the Armed Forces on Active Duty*, aprobada el 15 de junio de 1990. Directriz 4.1.1.3.

(78) Los términos exactos de la referencia son los siguientes: «(C) *striking, picketing, marching, demonstrating, or any other similar form of concerted action which is directed against the Government of the United States and which is intended to induce any civilian officer or employee, or any member of the armed forces, to:*

4. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

En la tradición constitucional española, pueden destacarse dos etapas básicas acerca del reconocimiento del derecho de reunión y manifestación a los miembros de las Fuerzas Armadas. Por un lado, hasta su consagración como derecho constitucionalmente reconocido en 1869 —ya adelantado desde el triunfo de la Revolución Gloriosa en septiembre de 1868— el régimen aplicable a los militares era el mismo que el que pesaba sobre el conjunto de la ciudadanía, tanto en los momentos de mayor liberalidad como, más frecuentes, de prohibición. Por otro, desde este momento, se establecen diversas normas notoriamente restrictivas (79) que obedecían a la voluntad decidida de fines del siglo XIX de apartar al Ejército de la primera línea de la política en que lo habían instalado tanto la Guerra de la Independencia como las Guerras carlistas, durante las cuales las Fuerzas Armadas se convirtieron en muchas ocasiones en baluarte del régimen liberal español.

Precisando estas ideas, durante el Trienio liberal, tanto el Decreto de 21 de octubre de 1820, como la ley de 1 de noviembre de 1822 que regulaban, si bien con muy importantes restricciones, la posibilidad de celebrar las, por otro lado numerosísimas, reuniones políticas de la época, no establecieron particularidades para los militares. Del mismo modo, durante la Ominosa Década final del reinado de Fernando VII, el Real Decreto de 4 de septiembre de 1825 estableció una prohibición común para todo este tipo de actos, en el que se incluye de manera expresa a las tropas. Disponía el art. 1 de este Real Decreto lo siguiente: «Renuevo y amplío la prohibición de que el pueblo o una parte, multitud o asociación de él, o cualquiera cuerpo o compañía o trozo de mis Ejércitos, Milicias Provinciales y Voluntarios Realistas u otra gente armada, fuera organizada de tierra o mar, esté o no en servicio, se reúna o comunique entre sí o con otros en público ni en secreto, de palabra, por escrito u otros signos, para hacerme a Mí o a cualquiera autoridad representaciones o mensajes, o cooperar a sostener las que

(i) *negotiate or bargain with any person concerning the terms or conditions of military service of any member of the armed forces,*

(ii) *recognize any organization as a representative of individual members of the armed forces in connection with complaints and grievances of such members arising out of the terms or conditions of military service of such members in the armed forces, or*

(iii) *make any change with respect to the terms or conditions of military service of individual members of the armed forces».*

(79) Así, PÉREZ SERRANO, N., Tratado de derecho político, op. cit., pág. 668, estima conveniente restringir el goce de este derecho a militares y funcionarios en general.

otros hagan sobre materias generales de Gobierno, contra las determinaciones de éste o los actos de Justicia, ni para pedir indultos, perdones, bajas de derechos Reales, municipales que Yo haya determinado o aprobado, ni de precios de otras cosas establecidas por la Autoridad legítima, ni bajo otro pretexto, por importante o necesario que parezca» (80). En fin, entre otros varios ejemplos, puede citarse, en materia de reuniones políticas, la Real orden, del Ministerio de Gobernación de 7 de diciembre de 1852, disponiendo que no se permitan reuniones para tratar de asuntos políticos, sin autorización de los Gobernadores de provincia, que prohibía la celebración de reuniones sin autorización en tiempo electoral (81), así como la ley de 22 de junio de 1864, sobre reuniones, que carecía de cualquier mención especial a la participación de los militares. Como única excepción es preciso citar el artículo único de la ley de 22 de abril de 1855, por el que se establecía que la Milicia Nacional, como fuerza pública, no podía discutir, deliberar, ni representar sobre negocios políticos, si bien remitía a su ley reguladora la concreción de los derechos y facultades de estos cuerpos (82).

La tendencia cambia radicalmente durante el Sexenio Revolucionario, pues, reconocido el derecho de reunión tanto en el Manifiesto del Gobierno Provisional de 25 de octubre de 1868, como en el Decreto Ley de 1 de noviembre de ese mismo año, se aprobó, sin embargo, la Circular de 6 de noviembre, dictada por el entonces Ministro de la Guerra, General Prim, en la que se prescribe que no ha de consentirse que «las clases militares tomen parte ninguna de las asociaciones ó reuniones, más ó menos públicas, impulsadas ó dirigidas á la expresión de una idea ó de un objeto político, sea el que fuere» (83). Desde este momento la legislación se mantuvo en términos muy similares. La Real Orden

(80) Real Decreto de 4 de septiembre de 1825, renovando la prohibición de que el pueblo, parte o multitud de él, tropas o gente armada se reúnan para representar a S.M.; con las declaraciones que se expresan. Decretos del Rey Nuestro Señor D. Fernando VII y Reales Órdenes, Resoluciones y Reglamentos generales expedidos por las Secretarías de Despacho Universal y Consejos de S.M. desde 1º de enero hasta fin de diciembre de 1825, tomo X, por José María de Nieva, Imprenta Real, Madrid, 1826, pág. 269.

(81) Colección Legislativa de España, Imprenta Nacional, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1847-1878, Madrid, tercer cuatrimestre de 1852, pág. 637.

(82) El resultado final era más suave que el proyecto inicialmente presentado por el Ministro de la Gobernación cuyos términos eran los siguientes: «La Milicia Nacional no puede discutir, deliberar, ni representar sobre negocios políticos ni otros asuntos más que los relativos a su organización. Los que falten a esta disposición serán castigados con arreglo a las leyes» (DSCC núm. 117, apéndice 6º, pág. 3345).

(83) Gaceta de Madrid, de 7 de Noviembre de 1868, núm. 312, págs. 2 y 3. Es interesante reflejar los motivos alegados para esta prohibición. Así, se afirma que «ni para la defensa de la patria, ni para la guarda de la ley, ni para la seguridad del orden público, el Ejército tiene otra fuerza moral y material que le dá la unidad de su espíritu y su acción; que esta unidad no tiene otra forma que la de su disciplina y que las manifestaciones y los actos espontáneos, de cualquier

de 7 de octubre de 1871 reiteró la prohibición anterior, mientras que la Circular de 4 de febrero de 1875 prohibía la participación de los militares en «reuniones, manifestaciones o cualesquiera otros actos de carácter político» (84), eso sí, con la significativa «excepción respecto a los oficiales generales, porque ellos pueden ser y con toda frecuencia son nombrados Ministros responsables, o individuos de las asambleas políticas en virtud del libre sufragio de sus conciudadanos», previsión recordada en pleno período constituyente de la Restauración por la Real Orden de 7 de febrero de 1876. Será, de todos modos, la ley constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878 la que durante mucho tiempo se ofreció como referencia, pues su conocido art. 28 dispuso que quedaba «prohibida á todo individuo del ejército la asistencia á las reuniones políticas, incluso las electorales, salvo el derecho á emitir su voto si la ley especial se lo otorga» (85). Se establecía así una diferenciación que, debido al principio de especialidad, no fue derogada por la ley de 1880, la cual, entre los regímenes específicos que contemplaba, no preveía nada respecto de los miembros de los Ejércitos. Los Códigos penales del Ejército y la Marina, de 1884 y 1888, respectivamente, habían de confirmar el régimen de la ley constitutiva del Ejército, al tipificar como delito la asistencia a manifestaciones políticas, con un régimen de penas diferenciado para la oficialidad y la tropa, pues si para aquélla se disponía una sanción de suspensión en el servicio que en caso de reincidencia podía llegar a la separación, para ésta se graduaban distintas penas privativas de libertad (86). Esta regulación se mantuvo sin alteraciones dignas de mención en el Código de Justicia Militar de 1890.

género que sean, son su negación mas completa» y más adelante que «Lo que es lícito á los ciudadanos, que no pueden ejercer en la opinión de los demás otra coacción que la de su pensamiento ó su interés aislado, puede considerarse hasta punible en los que tienen la influencia del mando ó de la categoría en el elemento armado por el Estado para hacer respetar la ley por los que la desacatan ó la olvidan». Por último, concluye recordando que «Las clases sobre todo en quienes el servicio militar nos es una obligación indeclinable, porque, pueden á su voluntad dejar sus cargos volviendo cuando quieran á disfrutar en toda su plenitud la libertad de los derechos civiles, no tienen el de hacer de su investidura otro uso que el que les determina el deber concreto que les da respetabilidad en la opinión pública». Se ha apuntado a este respecto que semejante actitud obedece a un intento muy serio de los generales que encabezaron la Revolución de septiembre, sobre todo Serrano y Prim, de retirar al Ejército de la primera línea de la política, una vez que el conjunto de derechos democráticos otorgara al régimen parlamentario español de plena representatividad. En este sentido, SECO SERRANO, C., *Militarismo y civilismo en la España contemporánea*, Instituto de estudios económicos, Madrid, 1984, pág. 132.

(84) En este caso, en consonancia con la Orden circular de 7 de febrero de 1875, cuya regla 4.^a prohibía todas las reuniones y asociaciones de tipo político.

(85) Téngase en cuenta que esta ley sólo fue formalmente derogada por la ley 17/1989, de la función militar.

(86) Art. 165 del Código Penal para el Ejército de 17 de noviembre de 1884 y 247 y 248 del Código Penal de la Marina de Guerra, de 24 de agosto de 1888, que excluía de esta limitación a los marinos que fuesen diputados o senadores.

Nada cambió durante la II República. Ya la ley de Defensa de la República española, de 21 de octubre de 1931, en su art. 1.2 declaraba como actos de agresión «la incitación a la indisciplina o al antagonismo entre Institutos armados, o entre éstos y los organismos civiles», pero de manera más específica, el Decreto de 19 de julio de 1934 mantuvo la prohibición para los militares, precisando que la misma les impedía asistir, no sólo «a todo género de manifestaciones, reuniones y actos de carácter político y societario», sino también «a las que, aun no teniendo aparentemente este carácter, lo signifiquen por el lugar donde se celebren, por los que en ellas tomen parte o por otras consideraciones o motivos, sea cual sea su orientación o tendencia».

En fin, dejando a un lado el régimen nacido el 18 de julio de 1936, poco compatible, como es obvio, con cualquier reconocimiento real del derecho de reunión, y menos aún en el Ejército, la norma inmediatamente anterior a la legislación vigente es el Real Decreto-Ley 10/1977 (87), de 8 de febrero, cuyo art. 2.3 prohibió a los militares profesionales «asistir a reuniones públicas de carácter político o sindical organizadas o promovidas por partidos, grupos, asociaciones de igual carácter», así como «asistir, de uniforme o haciendo uso de su condición militar, a cualesquiera otras reuniones públicas de carácter político o sindical». En su desarrollo se aprobó el Real Decreto de 1 de abril de 1977, que aclaró la regla antedicha para los casos en que «un acto que por su finalidad y por la entidad organizadora» careciera de carácter político o sindical y se intentase politizarlo «por grupos parciales asistentes al mismo», exonerando de responsabilidad al personal de las Fuerzas Armadas que estuviera presente y se mantuviese ajeno a la provocación.

5. REGULACIÓN ACTUAL

Según la redacción antes transcrita, no existe en el art. 21 CE limitación alguna al ejercicio de los derechos de reunión y manifestación por los militares. Esto no significa que tales límites no existan, sino que por el contrario, aparecen y con importancia no desdeñable, a lo largo del conjunto del ordenamiento. Su regulación se encuentra dispersa, como por lo demás es norma de la casa para todos los derechos fundamentales de este personal, a lo largo de diversas disposiciones, en ocasiones contradictorias entre sí, pero que diseñan un régimen en el que la doctrina y la práctica

(87) Este Real Decreto-Ley fue formalmente derogado por la ley 17/1989.

jurídicas han introducido los suficientes elementos de coherencia y sensatez como para poder calificarlo, en su conjunto, de altamente satisfactorio en relación con las exigencias constitucionales (88). Ello no obstante, no sería malo que una eventual ley para adaptar el régimen de derechos y deberes de los militares al modelo de Fuerzas Armadas profesionales tal y como prevé la ley 17/1999 corrigiese en el futuro el único precepto que chirría, aun débilmente, en todo el entramado (89). Una vez más, se trata del artículo de las Ordenanzas destinado a reglamentar este derecho en el ámbito castrense. En esta ocasión es el art. 180, según el cual, «los militares podrán reunirse libremente para fines lícitos, en lugares públicos o privados, observando lo que, con carácter general o específico establezcan las disposiciones vigentes. En las unidades, buques y dependencias será imprescindible la autorización expresa de su jefe. En ningún caso podrán tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo». En el mismo sentido se pronuncia el art. 182, cuyo párrafo 1.º prohíbe a los militares profesionales acudir a las reuniones celebradas por organizaciones políticas o sindicales.

Junto a las RROO hay que contar, sin embargo, con algunas previsiones contenidas de manera fragmentaria en la LO 9/1983, concretamente el art. 2.e), que excluye del ámbito de aplicación de esta ley las reuniones «que se celebren en unidades, buques y recintos militares, a las que se refieren las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, que se regirán por su legislación específica» y el art. 4.4, que remite también a su legislación específica la asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones o manifestaciones públicas. Asimismo, en el derecho sancionador militar no faltan referencias que modulan esta libertad: el segundo párrafo del art. 92 del Código Penal Militar tipifica como delito «las reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio»,

(88) De extremadamente casuista califica a esta regulación LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, op. cit., pág. 528.

(89) Así, la proposición de Ley Orgánica sobre derechos fundamentales y libertades públicas de los militares, presentada por el Grupo parlamentario socialista en el Congreso de los Diputados el 12 de junio de 2003 —núm. reg. 137974 de la VII Legislatura— caducada tras la disolución de las Cortes por Real Decreto 100/2004, de 19 de enero, incluye un art. 8 sobre derecho de reunión que clarificaría en buena medida la materia, puesto que sus dos únicos párrafos prohíben la asistencia del militar haciendo uso de su condición a reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical y someten las celebradas en unidades, bases, acuartelamientos y demás establecimientos militares a autorización previa y expresa de su jefe o director, quien debe tener en cuenta los límites impuestos por la salvaguarda de la disciplina.

mientras que el art. 8.34 de la LO 8/1998, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas califica de falta grave la acción de «asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical» (90). En fin, aunque no afecta al objeto de este estudio, centrado en el militar profesional, procede recordar que el art. 49 de la LO 13/1991 impedía al soldado de reemplazo «asistir de uniforme a manifestaciones públicas, ni a reuniones públicas que no tuvieran carácter familiar, social o cultural», mientras que se sometían las reuniones en acuartelamientos, buques, bases y establecimientos militares a la previa autorización de su jefe, el cual debía tener en cuenta para ello los límites impuestos por la salvaguarda de la disciplina.

Lo primero que cabe preguntarse es la licitud, en línea de principio, de la introducción de estas restricciones sin una habilitación constitucional expresa. Lo ya apuntado con carácter general nos exime de volver a reiterar argumentos: la imposición de límites al ejercicio de un derecho, no previstas constitucionalmente, puede ser, en principio, legítima, siempre que sea adecuada a los fines de la organización y no sacrifique el contenido esencial del derecho. Al respecto sólo cabe añadir, tal y como establece la STC 196/2002, ya citada, que el principio de interpretación *favor libertatis* «conlleva que las limitaciones al ejercicio del derecho fundamental sean interpretadas y aplicadas de tal modo que no sean más intensas que las estrictamente necesarias para la preservación de ese otro bien jurídico constitucionalmente relevante con el que se enfrenta» (91).

Sentada esta premisa, que como se podrá comprobar no es en este caso un mero enunciado retórico, la extensión concreta que para los militares tiene el derecho de reunión requiere que se distingan tres posibles conductas previstas en la normativa expuesta, a saber, la celebración de reuniones en locales militares, el régimen de las reuniones y manifestaciones de contenido político, sindical o reivindicativo y el resto de posibles reuniones en que puede participar un militar. Naturalmente, el régimen que vamos a exponer es el que ha de regir en tiempo de paz. En situación bélica teniendo en cuenta que, según afirmaba el artículo Primero.12 del Título IV de la Constitución francesa de 1791, «la fuerza pública es esencialmente obediente; ningún cuerpo armado puede deliberar», las reuniones

(90) No existe respecto de la Guardia Civil, una norma similar, por lo que habrá de aplicarse un tipo administrativo algo más general, cual es el previsto en el art. 9.7 de la LO 11/1991, que define como falta muy grave la acción de «promover o pertenecer a partidos políticos o sindicatos, o desarrollar actividades políticas o sindicales».

(91) STC 196/2002, F.J.5.

de militares, sobre todo las que se celebren en recintos afectos a la defensa nacional y las que pudieran incidir negativamente en el buen orden del servicio, cuyas exigencias aumentarán en progresión geométrica, han de poder ser prohibidas por el mando. Ello, además de responder a las razones derivadas del buen sentido, está en correspondencia con lo establecido para las situaciones de estado de excepción y de sitio respecto del común de los ciudadanos, según se ha visto anteriormente.

5.1. REUNIONES EN RECINTOS MILITARES

Como se ha señalado, las Ordenanzas someten a autorización administrativa la celebración de reuniones en unidades, buques y recintos militares. No plantea ningún problema la introducción de esta técnica administrativa, a pesar de que *prima facie* pueda chocar con el régimen diseñado por la CE y la LO 9/1983, que, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, contemplan únicamente las de la comunicación previa y la prohibición de la manifestación y la reunión en lugar de tránsito público. Sin embargo, en el supuesto relatado, lo que se está solicitando no es sólo la celebración de una reunión, sino una utilización privativa de un bien de dominio público sin realizar instalaciones permanentes, lo que tradicionalmente, y con buen sentido, se ha sometido al régimen de la autorización previa. De hecho, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido, en un supuesto algo distinto pero asimilable, como es el de las reuniones organizadas por sindicatos de policía en la propia comisaría, que el derecho de reunión no implica *per se* y de manera necesaria la obligación de un tercero de poner a disposición de quienes lo ejercitan un local de su titularidad, especialmente cuando lo que se solicita es celebrar tal reunión en horario de trabajo (92). Resulta, por tanto, más que adecuada, la imposición de esta obligación (93) y, de hecho, el Tribunal Constitucional en Sentencia 101/1991, de 13 de mayo, ha llega-

(92) STC 91/1983, de 7 de noviembre, F.J.3. En el mismo sentido, de hecho invoca la Sentencia anterior, se pronuncia la STS de 26 de septiembre de 1996, cuyo F.J.10 recuerda que hay que distinguir entre el derecho de reunión y el derecho a ocupar, para celebrarla, un local ajeno, de la titularidad del ente público en el que se presta servicio, derecho este último inexistente, y que someter la utilización de locales policiales a previa autorización en nada afecta al derecho de reunión.

(93) En este sentido, BLANQUER, D., Ciudadano y soldado, op. cit., págs. 526 y 527, quien cita una frase oportuna contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Greer vs. Spock —96 S.Ct. 1211, 1976— en la que se afirmaba que la función básica de una instalación militar es la de entrenar soldados y no la de facilitar un foro público.

do más lejos al entender legítima y no contraria a la libertad sindical la prohibición que establece la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), respecto del ejercicio de la actividad sindical en el interior de los establecimientos militares. Sostiene al efecto que la facultad de usar con esta finalidad los establecimientos del empleador no se deriva directamente de la Constitución y que, teniendo en cuenta el alcance meramente geográfico de dicha exclusión, no queda afectada la propia libertad sindical. Por supuesto, el único personal al que atañe la citada disposición es al personal civil que desempeñe funciones en recintos militares, puesto que, sobre los demás, pesa la prohibición general de sindicarse contemplada en el art. 1.3 LOLS.

Como únicos matices que pueden aportarse destacan las causas que pueden motivar la denegación de la autorización y los requisitos de la resolución en que ésta se formalice. El art. 49 de la LO 13/1991, antes reseñado, se refiere sólo a razones disciplinarias (94). Sin embargo, no parece difícil ampliar el círculo a consideraciones de organización y buen orden, lo que permitiría restringir los horarios en que puedan desarrollarse, los lugares en que se produzcan o, en algún caso, los asistentes con permiso para concurrir a ellas atendiendo a las necesidades de funcionamiento de la unidad, por supuesto no como mera invocación genérica, sino atendiendo a las concretas circunstancias que se produzcan (95). No resulta, en cambio, aceptable, la extraordinaria limitación propuesta por algún autor de permitir estas reuniones sólo en el supuesto de que se requieran por necesidades del servicio, alegando que lo contrario comprometería a los cuarteles en actividades ajenas a la defensa nacional (96). Se trata de una

(94) También cita sólo este tipo de razones, CORRALES ELIZONDO, A., Consideración sobre un posible estatuto general de derechos y obligaciones del militar profesional en el marco de la ley 17/1999, de 18 de mayo, op. cit., pág. 27.

(95) Además de las resoluciones expuestas anteriormente sobre la autorización previa, que en todos los casos se denegaba por razones de servicio, puede citarse, en el marco de la Administración Pública, aunque respecto de personal sometido a la legislación laboral, la STC 18/1981, de 8 de junio, afirma que «en la medida en que puede [el derecho de reunión] afectar en alguna manera al funcionamiento de la actividad de que se trate» se pueden establecer especialidades en su ejercicio, doctrina reiterada más recientemente por la STC 29/2000, de 31 de enero, F.J.5. En otro ámbito que puede tomarse como referencia, la celebración de reuniones sindicales en la empresa, los arts. 77 a 81 del Estatuto de los Trabajadores autorizan al empresario a imponer restricciones necesarias por razones del servicio, e incluso a no autorizar la reunión como sanción en el caso de que no se hubiesen satisfecho las cantidades debidas como indemnización por desperfectos ocasionados en reuniones anteriores.

(96) TORRES MURO, I., El derecho de reunión y manifestación, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid-Civitas, Madrid, 1991, pág. 70.

limitación que, por lo genérica, lleva más allá de lo razonable el régimen que se ha ido apuntando, que ha de dejar un amplio margen de apreciación al jefe de la unidad para conceder o no la autorización, pero ello sin llegar a impedir *a priori* otro tipo de reuniones, como puedan ser las que se celebren en el transcurso de conferencias, actos religiosos, o incluso relacionadas con cuestiones propias del estatuto personal de los miembros de la unidad (97).

La única carga que pesa sobre el mando a quien corresponda tomar la decisión es la de motivarla, lo que, en consecuencia, supone un deber de resolución expresa y por escrito. No debe olvidarse, en este sentido, que, aunque es completamente lícito adoptar un criterio restrictivo para autorizar estas reuniones, en realidad se está afectando a un derecho fundamental y, en este sentido, el Tribunal Constitucional, ciertamente para un derecho distinto, pero acuñando un criterio perfectamente aplicable al caso, ha determinado que toda limitación de un derecho de este tipo «no sólo ha de estar amparada por la Constitución y articulada debidamente en norma con rango de ley, sino ser también aplicada según criterios de racionalidad y proporcionalidad que exigen, inexcusablemente, una resolución expresa y motivada» (98). Sin necesidad de acudir a la jurisprudencia constitucional, la motivación viene exigida por el art. 54 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, que establece esta obligación para las resoluciones que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos y para las que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales —apartado 1, letras a) y f)—. En fin, del mismo modo que lo previsto por el art. 237 de las Ordenanzas del Ejército de Tierra, antes transcrito, respecto de las reuniones de carácter religioso que tengan lugar en un recinto militar, ha de entenderse que se pueden conceder autorizaciones generales para actos de celebración periódica.

(97) De aplicarse la teoría anterior, ningún sentido tendrían disposiciones como el art. 237 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, aprobadas por Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, que dispone que «los actos religiosos de culto o de formación y las reuniones de miembros de iglesias, confesiones o comunidades religiosas, legalmente reconocidas, que se celebren dentro de las Bases y Acuartelamientos, se ajustarán a las disposiciones generales sobre reuniones en recintos militares. La autorización correspondiente podrá concederse de manera general para actos que se celebren con periodicidad». La misma regulación se encuentra en el art. 435 de las Reales Ordenanzas de la Armada aprobadas por Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo y el art. 292 de las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire, aprobadas por Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero.

(98) STC 291/1993, de 18 de octubre, F.J. 2.

5.2. MANIFESTACIONES POLÍTICAS, SINDICALES Y REIVINDICATIVAS

La asistencia a reuniones o manifestaciones políticas, sindicales y reivindicativas es el único punto que hoy está sometido a discusión, si bien es perceptible una tendencia favorable a su reconocimiento siempre que se haga sin vestir uniforme ni hacer ostentación de la condición de militar. Según se ha expuesto, el art. 180 de las RROO dispone en su inciso final que «en ningún caso podrán tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo». Frente a esta prohibición completa, la LODR parece ser más cauta, pues su art. 4.4 remite al régimen específico establecido por las Ordenanzas sólo «la asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones y manifestaciones públicas». Por último, el citado art. 8.34 de la LO 8/1998 tipifica como falta grave sólo la conducta consistente en «asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical».

Estamos ante materiales contradictorios, fruto de tiempos distintos y de actitudes en evolución, sobre los que ha de introducirse un cierto orden que, sin embargo, no parece difícil, puesto que la interpretación conjunta de las dos últimas leyes permite limitar la prohibición contenida en las Ordenanzas sólo a los supuestos de reuniones públicas o manifestaciones de contenido político o sindical en que se haga uso de uniforme u ostentación de la condición de militar (99). Así, la remisión a las Ordenanzas del art. 4.4 LODR sólo para las reuniones apuntadas, somete al régimen general la asistencia sin hacer uso de uniforme ni ostentación de la condición militar. Por otro lado, el principio de tipicidad impide que la sanción prevista en el art. 8.34 LO 8/1998, pueda extenderse más allá de sus términos, por lo que no va a poder aplicarse sanción a este tipo de actos cuando falte la vestimenta u otro modo de identificación del carácter militar.

(99) En este sentido, BLANQUER, D., Ciudadano y soldado, op. cit., pág. 524; FERNÁNDEZ SEGADO, F., las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional, Revista de Estudios políticos, núm. 64, abril-junio 1989, pág. 110; LÓPEZ BENÍTEZ, M., Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción, op. cit., pág. 529; TORRES MURO, I., El derecho de reunión y manifestación, op. cit., pág. 69 y CASADO BURBANO, P., Iniciación al derecho constitucional militar, Edersa, Madrid, 1986, pág. 146. Dentro de las reuniones políticas ha de incluirse la celebración de actos públicos de campaña electoral, debido a la remisión que a la normativa reguladora del derecho de reunión hace el art. 54 de la LO 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general.

En cualquier caso, entendemos que la prohibición del uso del uniforme (100), además de razonable, por lo que tiene de identificación de quien lo porta con el conjunto de las Fuerzas Armadas, es absoluta y por tanto no caben excepciones, ni siquiera en supuestos de manifestaciones políticas cuyo objeto pudiera contar con un amplísimo respaldo social, por cuanto lo contrario sería sentar precedentes que podrían invocarse en otros contextos. No podemos, en consecuencia, coincidir con algún criterio (101) que ha entendido incluso conveniente la asistencia de militares uniformados a manifestaciones en que, por ejemplo, se solicite la incorporación de un territorio a España. Además de que la misión constitucional que a las Fuerzas Armadas encomienda el art. 8.1 CE es la defensa de la integridad del territorio nacional, no su ampliación, y de que los medios adecuados no son precisamente las demostraciones públicas, sería difícil explicar la prohibición de la asistencia en los mismos términos a una mani-

(100) Es oportuno incluir en este apartado una escueta referencia al régimen que preside la uniformidad militar. El art. 188 de las RROO dice que «los militares tienen derecho a vestir el uniforme; su uso será obligatorio en todo acto de servicio, a no ser que la autoridad militar ordene lo contrario o dispense su utilización. Con arreglo a las disposiciones vigentes para cada caso, se podrá prohibir el uso del uniforme en el ejercicio de actividades ajenas al servicio», mientras que la disposición final segunda de la ley 17/1999, obliga a los militares profesionales a vestir el uniforme reglamentario en actos de servicio. Por su parte, los arts. 292 a 300 de las Ordenanzas para el Ejército de Tierra precisan algo más este régimen. Siguiendo sus disposiciones, el régimen de uniformidad puede resumirse del siguiente modo: el uniforme está dotado de una especial significación en cuanto sirve para probar la condición militar de quien lo lleva. Por ello ha de proveerse a todo militar del equipo y prendas reglamentarias para cada actividad, así como de los emblemas, condecoraciones y distintivos —art. 300— el cual los lucirá con propiedad y corrección, sin ostentar otras divisas, emblemas, condecoraciones y distintivos que los que previamente se le hayan autorizado —art. 293—. Su uso es obligatorio, por regla general, en el destino —art. 292—. No obstante, el militar profesional puede vestir de paisano fuera de los actos de servicio, salvo que se le ordene lo contrario, e incluso, si así se le autoriza, puede hacerlo dentro de las Bases, Acuartelamientos y Establecimientos, en los lugares, horas y circunstancias que se le hayan indicado. Asimismo, la autoridad militar correspondiente puede ordenar vestir de paisano en actos de servicio —art. 295—. En campaña, por el contrario, el militar ha de vestir el uniforme reglamentario con las divisas de su empleo, puesto que, si cae prisionero, el llevarlo probará su condición de militar y, como tal, debe ser acogido por los Convenios Internacionales en esta materia —art. 299—. Por último, de especial importancia a los efectos que estamos estudiando, el militar puede vestir de uniforme fuera de los actos de servicio, siempre que no se le prohíba por la autoridad militar para evitar un perjuicio para los intereses o la imagen de las Fuerzas Armadas —art. 297—. En particular, está prevista la facultad de acudir de uniforme a actos académicos, sociales y religiosos, supuestos en los que deberá usar el adecuado a la ceremonia, de acuerdo con las correspondencias legalmente establecidas —art. 298—. Idéntica regulación se contiene en los arts. 467 a 475 de las Ordenanzas de la Armada y arts. 331 a 339 de las Ordenanzas del Ejército del Aire.

(101) Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho de reunión y de manifestación*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 125.

festación en la que lo solicitado sea la secesión de una parte del Estado, eventualidad, por desgracia, no demasiado improbable. Debido a idénticas razones, deben criticarse algunos casos recientes de auténticas manifestaciones, bien que de reducidas dimensiones, de militares de uniforme que protestaban, ante la sede del INEM de la Ronda de Atocha de Madrid, contra su salida del Ejército por llevar más de 12 años en filas o haber cumplido entre 35 y 38 años de edad. Se trata, desde luego, de conductas merecedoras de sanción, circunstancia agravada por la difusión que se dio al acto, el cual apareció con algún despliegue tipográfico en varios diarios nacionales (102). Por lo demás, aunque pueda resultar obvio, no es impropio recordar que la asistencia a cualquiera de las modalidades de reunión reseñadas debe hacerse fuera de servicio, límite general, como se ha visto, en el derecho comparado y que es inherente a las mínimas exigencias de buen orden de toda organización administrativa.

A pesar de lo acabado de esta construcción, lo cierto es que no faltan autores que han puesto en duda que con la regulación expuesta sea aplicable el régimen anterior, aun cuando en no pocos casos se considere como el más adecuado. Así, se ha apuntado que no existe ninguna norma que formalmente haya derogado el art. 180 RROO y que, a pesar de que respecto de las reuniones políticas o sindicales el argumento de la falta de tipificación es correcto, ello no ocurre con las de tipo reivindicativo, por lo que sería posible su sanción como petición colectiva (103). Olvida este razonamiento argumentos tan clásicos en el derecho como el llamado *a fortiori*, por el que, si se permite la asistencia, en las condiciones expuestas, a reuniones políticas o sindicales, con mayor razón será conducta lícita la de acudir a una reunión reivindicativa, concepto éste, por lo demás, demasiado problemático como para convertirlo en un cajón de sastre en el que justificar cualquier prohibición a una conducta que simplemente incomoda (104). Por lo demás, las peticiones colectivas distan de estar prohibidas cuando el militar que las formula no hace ostentación de tal y se refieren a asuntos ajenos al servicio. En fin, no ha de olvidarse tampoco que las cautelas con las que hay que

(102) Véanse las reseñas, con sendas fotografías incluidas, aparecidas en ABC, de 6 de noviembre de 2003, pág. 5 y EL País, de idéntica fecha, pág. 20.

(103) Así, PEÑARRUBIA IZA, J.M^a., Presupuestos constitucionales de la función militar, CEPC, Madrid, 2000, pág. 185.

(104) A favor de una interpretación estricta de este concepto indeterminado, de manera que no se impida acudir, por ejemplo, a actos en los que se solicita la construcción de escuelas o la dotación de centros deportivos en un determinado municipio, se pronuncia LÓPEZ GONZÁLEZ, J.L., El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español, op. cit., pág. 164. No obstante, este autor entiende que, por aplicación del art. 180 RROO, está totalmente prohibida la asistencia a reuniones políticas o sindicales.

manejar las Ordenanzas debido a su naturaleza de ley ordinaria han llevado a que sea la regulación establecida en las leyes específicas de cada derecho, que no plantean estas dudas, la que se ha venido considerando como determinante en cada momento (105).

En otros casos se ha justificado este límite por entender que es una proyección de otras prohibiciones establecidas por el ordenamiento. Así, la prohibición de acudir a reuniones políticas sería consecuencia de la declaración de inelegibilidad del art. 6.i) LOREG, mientras que la de las reuniones sindicales significaría una mera proyección de la exclusión del derecho de sindicación establecida por el art. 1.1 LO 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical. La prohibición de acudir de uniforme sólo serviría como restricción adicional para acudir a manifestaciones lícitas (106). Aunque no falta cierta coherencia en la explicación de conjunto, sin embargo, vuelve a obviarse el hecho de que sólo la participación en reuniones públicas o manifestaciones de tipo político o militar está sancionada por la legislación disciplinaria militar, al margen de que la declaración como inelegible, en principio, en nada afecta a la celebración de un acto electoral, al que un simple votante puede tener interés en asistir.

En fin, no han faltado autores que se han limitado a dar por bueno el régimen de las Ordenanzas, sin entrar a considerar las otras normas aplicables, por entender que el mismo casa bien con los principios que justifican el especial estatuto militar (107).

Nosotros preferimos mantenernos en la opción expuesta, eso sí con un matiz sobre el que más adelante volveremos. Debemos recordar, en este sentido, que la Constitución nada dice acerca de los límites del derecho de reunión para los militares, de manera que las precauciones a la hora de perfilarlos han de ser mucho mayores que en los supuestos en que ya el propio constituyente manifestó expresamente sus cautelas. Al mismo tiempo, procede reiterar las dudas que suscita la propia ley 85/1978 como instrumento normativo adecuado para delimitar el contenido de un derecho fundamental, por lo que habrá que atender preferentemente a leyes como la LODR y la LO 8/1998 para determinar la extensión de este derecho. Por último, es

(105) Señala NEVADO MORENO, P.T., *La función pública militar*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 50, que la regulación de los posibles límites para los militares en la ley específica de cada derecho es una de las soluciones que se ha buscado para soslayar las dudas de constitucionalidad de las Ordenanzas.

(106) Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho de reunión y de manifestación*, op. cit., págs. 123 y ss.

(107) En este sentido, SORIANO DÍAZ, R., *Artículo 21. Derecho de reunión*, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, op. cit., pág. 603 y PÉREZ CASTAÑO, D., *Régimen jurídico del derecho de reunión y manifestación*, op. cit., pág. 52.

oportuno insistir en que los tratados internacionales invocados se limitan a autorizar la restricción del derecho, pero no permiten una interpretación magra del propio sistema nacional. Por todo ello, y por el principio *favor libertatis* exigido por el Tribunal Constitucional a la hora de regular este derecho en la STC 196/2002 antes citada, procede optar por la regulación expuesta para no entrar en terrenos resbaladizos en los que la constitucionalidad del art. 180 RROO pudiera quedar gravemente maltrecha (108). Todo ello, sin embargo, no obsta para proponer la reforma del art. 180 para adecuarlo al régimen expuesto, que es el que razonablemente permite cohonestar las necesidades propias de la Administración militar con el principio de limitación mínima de los derechos fundamentales que inspira la regulación de las relaciones de sujeción especial en el Estado de derecho (109).

El matiz que antes anunciábamos estriba en las reuniones o manifestaciones reivindicativas. De manera coherente con lo que se acaba de exponer, entiendo que una eventual prohibición de la asistencia a las mismas no está amparada por el art. 180, pero quizá sí, en algunos casos, por la LODR y la LO 8/1998. Este puede ser el supuesto de las manifestaciones en que se hagan reclamaciones que afecten en exclusiva a los intereses económicos, sociales y profesionales de los militares. En este caso tal vez, sólo tal vez, pueda afirmarse que se está haciendo uso de la condición militar, que es la que explicaría el contenido de las reclamaciones expresadas en las manifestaciones correspondientes (110). Además no es descartable la entrada en escena del tipo descrito por el art. 8.18, que califica de falta grave la formulación de peticiones con carácter colectivo. De cualquier forma, esta posibilidad debe estudiarse con todas las precauciones. Ante todo, no procede en el caso de reivindicaciones cuyo contenido sea ajeno al ámbito militar en las que el participante actúa más como ciudadano que como miembro de las Fuerzas Armadas (111). Pero, además, aun

(108) En este sentido, GARCÍA MORILLO, J., en ESTEBAN, J. DE y LÓPEZ GUERRA, L., *El Régimen constitucional español*, I, Barcelona, 1980, pág. 177, citado por TORRES MURO, I., *El derecho de reunión y manifestación*, op. cit., pág. 69.

(109) En este sentido, CORRALES ELIZONDO, A., *Consideración sobre un posible estatuto general de derechos y obligaciones del militar profesional en el marco de la ley 17/1999, de 18 de mayo*, op. cit., pág. 27, quien, no obstante, propone someter a autorización expresa la celebración de reuniones reivindicativas por intereses económicos, sociales o profesionales, pág. 31.

(110) A este supuesto se refiere RIONDATO, S., (dir) *Il nuovo Ordinamento Disciplinare delle Forze Armate*, Cedam, Padua, 1987, pág. 221, citado por BLANQUER, D., *Ciudadano y soldado*, op. cit., pág. 525.

(111) Véase LÓPEZ GONZÁLEZ, J.L., *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, op. cit., pág. 164 y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho de reunión y de manifestación*, op. cit., págs. 124 y 125.

en el caso de que la materia sea estrictamente militar, la ostentación de la condición de miembro de las Fuerzas Armadas en quien no vaya uniformado será muy difícil de apreciar cuando no se trate de reuniones «de militares», es decir aquellas que por haber sido convocadas, inducidas u originadas exclusivamente para asistencia de quien ostente dicha condición, estén integradas de forma ampliamente mayoritaria por integrantes de la milicia. Piénsese en el caso de una manifestación sobre un asunto relacionado con la defensa, que haya alcanzado una cierta notoriedad política, convocada por una organización no militar, de seguimiento masivo, a la que concurren de manera anónima militares de paisano. Por tanto, sólo en el caso de reuniones públicas o manifestaciones convocadas para militares con fines reivindicativos específicos de su carrera, podremos entrar a considerar esta prohibición. Aun así, ésta cuenta con un último obstáculo, cual es la STC 219/2001, de 2 de noviembre, que reconoce la legitimidad de las asociaciones profesionales de militares de «perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados» —F.J.10— siempre que para ello no empleen medios como el ejercicio del derecho de huelga, de negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto colectivo (112).

5.3. OTRAS REUNIONES Y MANIFESTACIONES

Para el resto de reuniones y manifestaciones, el art. 180 de las Ordenanzas establece una libertad plena, sólo restringida por la normativa general que las regule, según se deduce de su primer inciso, con arreglo al cual, «los militares podrán reunirse libremente para fines lícitos, en lugares públicos o privados, observando lo que, con carácter general o específico establezcan las disposiciones vigentes». Ello determina, por la concurrencia de lo dispuesto en el art. 2, apartados a) y b) LODR, que los miembros de las Fuerzas Armadas no tienen límite alguno para celebrar reuniones en sus domicilios ni en locales públicos o privados por razones familiares o de amistad, de manera que pueden hacerlo incluso de uniforme y haciendo ostentación de su condición de militares. Por lo tanto, son

(112) Destaca lo espinoso del concepto jurídico indeterminado que representa la ostentación de la condición de militar, LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, op. cit., pág. 530. Para solventarlo propone atenerse a las circunstancias concretas que se concurren en cada caso, aunque de forma general entiende que a mayor graduación, mayor facilidad habrá de vincular con las propias actuaciones a las Fuerzas Armadas.

completamente legales costumbres tan arraigadas como acudir en uniforme de gala a una boda u otra celebración, con las únicas cautelas, importantes en estas ocasiones y justificadas por la normativa sobre uniformidad que acabamos de exponer, de no poder embriagarse de esta guisa, por cuanto en caso contrario se incurriría en falta leve, de acuerdo con el art. 7.23 de la LO 8/1998. Asimismo, si bien sólo en la medida en que puedan pertenecer a los mismos de acuerdo con las normas que regulan el derecho de asociación de los militares, pueden libremente participar en las reuniones que celebren las organizaciones empresariales, Sociedades civiles y mercantiles, Asociaciones, Corporaciones, Fundaciones, Cooperativas, Comunidades de propietarios y demás Entidades legalmente constituidas en lugares cerrados, para sus propios fines y mediante convocatoria que alcance exclusivamente a sus miembros, o a otras personas nominalmente invitadas. En fin, en los casos en que desarrollen una actividad profesional compatible con la pertenencia a las Fuerzas Armadas, están autorizados para mantener reuniones con sus clientes en lugares cerrados para los fines de su profesión.

De este elenco quedan excluidas, a diferencia de los que ocurría con las leyes de 1880 y 1976, algunas modalidades de reunión para la celebración de actos religiosos (113). El art. 2 de la LO 7/1980, de 15 de julio, de libertad religiosa decreta la libertad de las reuniones en que se concrete la práctica de actos de culto, la conmemoración de festividades, la celebración de matrimonios o las ceremonias para recibir sepultura, siempre que se celebren en «lugares de culto o de reunión con fines religiosos» —art. 2.2—. En cambio, las reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones —de las que las procesiones son el caso más emblemático— sí se someten a la disciplina de los arts. 8 a 11 de la LODR. La única peculiaridad reseñable en el ámbito militar es la asistencia a las mismas de uniforme o haciendo ostentación de la condición de tal, prácticas ambas no infrecuentes, como lo demuestra la proliferación de cofradías o hermandades de cuño castrense (114). Teniendo en cuenta el régimen aplicable a la libertad religiosa en las Fuerzas Armadas, no parece que pueda ponerse objeción alguna a esta práctica, debiéndose señalar, en todo caso, la legitimidad de manifestaciones similares, en su caso, que puedan adoptar otras confesiones.

(113) La exclusión sólo se mantiene respecto de las reuniones celebradas por las Iglesias y Comunidades religiosas en locales cerrados, y con previa convocatoria a un número delimitado de asistentes, por aplicación del art. 2.c) LODR.

(114) Los ejemplos que pueden darse son más que numerosos, pero como muestra valga la referencia a la cofradía del Cristo de los artilleros que procesiona anualmente en la Semana Santa de Valladolid.

6. CONCLUSIÓN

Baste añadir como cierre de estas páginas una reflexión que el lector que haya tenido la benevolencia de llegar hasta aquí habrá, sin duda, adivinado tras las tesis expuestas: el correcto ejercicio por parte del personal sometido a disciplina militar de sus derechos constitucionales —en este caso de los derechos de reunión y de manifestación— lejos de poner en peligro la democracia o de contribuir a la disolución del imprescindible principio de jerarquía en el seno de las Fuerzas Armadas, contribuye a una más plena identificación de sus miembros con el sistema constitucional a cuyo servicio se hayan, puesto que la práctica les demostrará que sus garantías y franquicias, también a ellos les protegen (115). La condición militar siempre ha ido pareja a la de ciudadanía en todas las sociedades sanas y la expulsión de los militares como individuos de la vida política sólo serviría para reducirlos al rango de aquellos mercenarios que ya **Maquiavelo** (116) rechazaba por ser tropa poco fiable.

Sin embargo, para que este efecto beneficioso pueda producirse es también preciso recalcar que el ejercicio de este derecho debe mantenerse dentro de términos razonables, concepto éste cuya concreción se ha intentado ir precisando. No debe olvidarse, parafraseando un aserto de **Alexis de Tocqueville** en relación con el derecho de asociación, que los derechos de reunión y manifestación mal ejercidos son «un peligro que se opone a otro peligro más de temer», por cuanto entrañan también peligros para que una sociedad libre sea sostenible (117). La libertad no es una premisa dada del orden social, sino, como apunta **Lord Acton**, un fruto delicado, que requiere cuidados constantes para mantenerse en sazón y esa es tarea que a todos nos compete.

(115) Merecen recordarse, en este sentido, una anécdota ocurrida durante la elaboración de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, con ocasión de una discusión en torno a lo que es hoy el art. VI de su Título I, que, de acuerdo con la rígida división de poderes propia del sistema de gobierno presidencialista, impide el acceso al Congreso a quienes ostenten un empleo bajo la autoridad de los Estados Unidos. Esta prohibición generó una larga polémica, durante la cual G. Morris, propuso establecer una excepción en favor de los oficiales del ejército y la armada, dado que su exclusión les estimularía a despreciar al poder civil, a la par que privaría a las Cámaras de miembros valiosos en tiempo de guerra. «*Exclude the officers of the army & navy, and you form a band having a different interest from & opposed to the civil power: you stimulate them to despise & reproach those «talking Lords who dare not face the foe.»*». Notas tomadas por James Madison sobre la Sesión de la Convención federal del 14 de agosto de 1787. Dicha enmienda fue tomada en consideración, si bien posteriormente rechazada en fases ulteriores del procedimiento (concretamente en la Sesión del 3 de septiembre de 1787). El desarrollo íntegro de los debates constituyentes puede consultarse en The Avalon Project at Yale Law School, <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/debates/debcont.htm>.

(116) MACHIAVELLI, N., II Principe, XII, Feltrinelli, Milán, 1993, págs. 76 y ss.

(117) TOCQUEVILLE, A. DE, La democracia en América, vol. 1, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pág. 180.

EL DERECHO INTERNACIONAL ANTE LAS NUEVAS ARMAS BIOTECNOLÓGICAS

José Roberto Pérez Salom*

SUMARIO

I. Introducción. II. Guerra bacteriológica, armas y agentes biológicos. III. Los riesgos derivados de la biotecnología moderna. IV. Una nueva amenaza: el bioterrorismo. V. La prohibición de las armas biológicas en el Derecho Internacional. VI. La iniciativa del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre biotecnología, armas y humanidad. VII. Las nuevas armas biotecnológicas y el Derecho Internacional Humanitario. VIII. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

El recurso a las armas biológicas es una práctica antigua. En efecto, los historiadores han constatado el empleo de agentes biológicos en conflictos armados con el propósito de infectar a los combatientes o la población civil con enfermedades contagiosas o dañar a los cultivos y los ganados del enemigo (1). En la actualidad, el recurso a los agentes biológicos en tiempo de conflicto armado o por grupos terroristas figura como una de las

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Departamento de Derecho Internacional de la *Universitat de València (Estudi General de València)*. Este trabajo ha sido preparado en el marco de la ayuda para grupos de I+D+I con referencia GRUPOS03/125, concedida por la *Generalitat Valenciana*.

(1) *Vide* ALIA PLANA, M., «La prohibición de las armas químicas y biológicas en sede internacional y en sede española» 6 (2003) *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* p. 46-49. Este trabajo está disponible en el sitio de esta publicación en la dirección

amenazas más reales a la paz y la seguridad internacionales. Dicha amenaza ha adquirido en las últimas décadas una dimensión sobrecogedora a causa de las innovaciones científicas y tecnológicas. Efectivamente, entre los factores que han incrementado seriamente los riesgos que derivan de las armas biológicas hay que subrayar los progresos en materia de biotecnología, puesto que las invenciones biotecnológicas constituyen en la actualidad el nuevo campo de investigación fundamental en materia de armas biológicas. Los avances en materia de ingeniería genética, y sus aplicaciones militares, han aumentado la preocupación de la comunidad internacional y de las autoridades estatales por los riesgos derivados de la guerra bacteriológica y del bioterrorismo.

Los primeros esfuerzos internacionales para regular la guerra biológica tienen sus inicios a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. La comunidad internacional tomó conciencia de la gravedad de los peligros que plantean los agentes biológicos y adoptó el *Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos* (en adelante, el Protocolo de 1925), firmado en Ginebra el 17 de junio de 1925. A pesar del importante avance que representó su ulterior entrada en vigor, las lagunas del Protocolo, la constatación del empleo de armas biológicas durante la Segunda Guerra Mundial, en particular, por parte de las fuerzas armadas del Imperio Japonés y el desarrollo por varios Estados de programas ilegales de armamento biológico durante la Guerra Fría pusieron de manifiesto la necesidad de aunar esfuerzos en pro de una prohibición absoluta de las armas biológicas (2).

de Internet [www] REVISTA ELECTRONICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES <http://www.reei.org> (26/10/2004). También puede consultarse el artículo PARIS, K., «The expansion of the Biological Weapons Convention: the history and problems of a verification regime» (2001-2002) 24:3 *Houston Journal of International Law* p. 513.

(2) Sobre los esfuerzos internacionales para reducir la proliferación de las armas biológicas y sobre los programas de armas biológicas de varios Estados puede verse BARNABY, W., *Fabricantes de epidemias: el mundo secreto de la guerra biológica* (Ed. Siglo XXI:) (2002). Sobre el programa de armas biológico soviético puede verse el informe: TUCKER, J.B. & ZILINSKAS, R.A. (eds.), *The 1971 Smallpox Epidemic in Aralks, Kazakhstan, and the Soviet Biological Warfare Program. Occasional Paper no.9* (Monterey, USA: Monterey Institute of International Studies) (2002). El estudio está disponible en el portal de Internet [www] CENTER FOR NONPROLIFERATION STUDIES <http://cns.miis.edu/pubs/opapers.htm> (25/10/2004). Los Estados Unidos, según ciertos autores, también han desarrollado, primero públicamente y posteriormente en secreto, un programa de biodefensa, es decir, han permitido la investigación en aquellos aspectos «ofensivos» del uso de agentes biológicos que son necesarios para determinar qué medidas defensivas frente a los agentes biológicos son requeridas. Son varios los autores que entienden que dichas investigaciones violan sin lugar a dudas las prohibiciones recogidas en el Convenio sobre las armas biológicas. Sobre esta cuestión *vide* TUCKER, J., «A Farewell to Germs: The US Renunciation of Biological and Toxin Warfare, 1969-70» (2002) 27:1 *International Security* pp. 145-148.

Dichos trabajos culminaron el 10 de abril de 1972 con la adopción del *Convenio sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción* (en adelante, CAB). El Convenio sobre armas biológicas tiene el mérito de ser el primer tratado internacional que proscribe una categoría completa de armas. Por ello, su entrada en vigor, el 26 de marzo de 1975, supuso un paso extraordinario en el camino hacia el desarme completo y general, tan sólo ensombrecido por el hecho de que no se dotó al CAB de un mecanismo de verificación adecuado. En la actualidad, el Protocolo de 1925 y el CAB son los pilares fundamentales en la lucha contra las armas biológicas (3).

El objetivo del presente trabajo es el estudio de la respuesta del Derecho Internacional ante las nuevas armas biológicas, es decir, aquellas armas que son el resultado de la biotecnología moderna. Para ello, tras unas consideraciones preliminares sobre la guerra bacteriológica (o biológica) y las armas y los agentes biológicos, se examinará los riesgos que derivan de la biotecnología moderna, y de las actividades terroristas. En segundo lugar, se analizará la regulación internacional de las armas biológicas, en particular, el Protocolo de 1925 y el Convenio sobre las armas biológicas, y su utilidad a la hora de enfrentarse a las nuevas armas biotecnológicas y al bioterrorismo. Las últimas secciones del estudio están dedicadas, de un lado, a la iniciativa del CICR sobre biotecnología, armas y humanidad y, de otro lado, a las disposiciones de Derecho Internacional Humanitario sobre la legalidad de los nuevos medios y métodos de combate, es decir, aquellas normas que exigen a los Estados que determinen si un nuevo método o medio de combate es conforme a las exigencias del Derecho Internacional.

II. GUERRA BACTERIOLÓGICA, ARMAS Y AGENTES BIOLÓGICOS

1. La *guerra biológica* o bacteriológica consiste en el uso militar de organismos vivos o sus productos tóxicos (4) con el propósito de causar la

(3) El *Convenio sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción*, adoptado el 13 de enero de 1993, cubre también algunos agentes biológicos, dándose un solapamiento entre este convenio y el Convenio sobre las armas biológicas ya que algunas substancias están doblemente sometidas a ambos convenios; entre otras, ciertas toxinas, biorreguladores y péptidos.

(4) Por ejemplo, la diseminación deliberada de microorganismos patógenos.

muerte, la incapacidad o daños a una población civil o militar (5), la enfermedad o la destrucción de una población animal (6) o de la vida vegetal y de los cultivos (7) o para causar el deterioro de bienes u otras propiedades materiales (8). La noción de guerra biológica o bacteriológica engloba una amplia panoplia de *armas biológicas* (9) de variados efectos y consecuencias (10). A pesar de esta heterogeneidad, es posible enunciar ciertas observaciones válidas, en general, para todo tipo de arma biológica y relevantes desde una perspectiva jurídica. Según MEYROWITZ (11), en primer lugar, el catálogo de armas biológicas no posee un carácter definitivo o

(5) *Vide* WYNEN THOMAS, A. V. & THOMAS, A. J., Jr., *Legal Limits on the Use of Chemical and Biological Weapons* (Dallas: Southern Methodist University Press) (1970) pp. 16-23; también MEYROWITZ, H., *Les armes biologiques et le Droit International (Droit de la guerre et désarmement)* (Paris: Editions A. Pedone) (1968) p. 7.

(6) *Ibid.*, p. 7; WYNEN THOMAS, A. V. & THOMAS, A. J., Jr., *Legal Limits...supra* nota 5, pp. 23-24.

(7) *Ibid.*, pp. 24-25 y MEYROWITZ, H., *Les armes biologiques...supra* nota 5, p. 7.

(8) *Vide* WYNEN THOMAS, A. V. & THOMAS, A. J., Jr., *Legal Limits...supra* nota 5, p. 16 y 52.

(9) El único convenio internacional que ha contenido una definición de armas biológicas es el «Protocolo n° III relativo al control de los armamentos», instrumento que integra los convenios en virtud de los que se realizó, en el cuadro de los Acuerdos de París de 23 de octubre de 1954, la adhesión de la República Federal de Alemania y de la República Italiana al Tratado de Bruselas y creado la Unión Europea Occidental. El Anexo II del mencionado Protocolo define en su parágrafo III (a) las armas biológicas como «...tout équipement ou appareil spécialement conçu pour utiliser à des fins militaires des insectes nuisibles ou d'autres organismes vivants ou morts ou leurs produits toxiques».

La Organización Mundial de la Salud ha definido los agentes biológicos como «ceux dont les effets sont fonction de leur aptitude à se multiplier dans l'organisme attaqué, et qui sont destinés à être utilisés en cas de guerre pour provoquer la mort ou la maladie chez l'homme, les animaux ou les plantes. *Vide* ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ *Santé publique et armes chimiques et biologiques*, Genève, 1970. *Citado por* GOLDBLAT, J., «La Convention sur les armes biologiques: vue générale» (n° 825: mayo-junio 1997) *Revue Internationale de la Croix Rouge* p. 270, nota 5.

El Ministerio español de Defensa define las armas biológicas como el dispositivo que proyecta, dispersa o disemina un agente biológico, incluyendo artrópodos e insectos vehicularizadores (vectores), en un campo de batalla o zona de operaciones, con el fin de neutralizar al enemigo. *Vide* MINISTERIO DE DEFENSA *Orientaciones Defensa NBQ. OR7-003* (Madrid: Ministerio de Defensa) (2000) p. 3-1. *Citado por* ALIA PLANA, M., «La prohibición de las armas...», *supra* nota 1, p. 46.

(10) Efectivamente, las armas biológicas incluyen diferentes tipos de armas, cuyos efectos específicos pueden contribuir a la consecución de un objetivo militar en particular. Por ejemplo, si un objetivo militar consiste en apoderarse de las instalaciones y los equipos militares del enemigo razonablemente intactos o si se desea interrumpir las actividades de la población civil en una región determinada mediante su incapacitación y no necesariamente mediante su destrucción las armas biológicas podrían ser utilizadas con tales propósitos. *Vide* WYNEN THOMAS, A. V. & THOMAS, A. J., Jr., *Legal Limits...supra* nota 5, p. 27.

(11) *Vide* MEYROWITZ, H., *Les armes biologiques...supra* nota 5, p. 5-6.

exhaustivo y varía en función de los nuevos descubrimientos y aplicaciones científicas. En ese sentido, cualquier inventario de armamento biológico es necesariamente provisional (12). En segundo lugar, la información de que se dispone es incompleta ya que una parte importante de los resultados sobre las armas biológicas se mantienen en secreto por los laboratorios militares o por los laboratorios e instituciones de investigación privados. En tercer lugar, la información sobre los efectos de las armas biológicas está basada, en gran medida, en experimentos a pequeña escala, por lo que es difícil llegar a conclusiones válidas para otras situaciones que impliquen un mayor número de destinatarios o una extensión mayor de área geográfica (13). Por otro lado, es conveniente llamar la atención sobre el carácter virtualmente masivo de las armas biológicas (14), así como su naturaleza de arma estratégica (15). Finalmente, las armas biológicas son armas de terror, es decir, son armas «silenciosas» de efectos imprevisibles y resultados imprevistos; esta circunstancia acentúa el miedo y la alarma que causan entre las poblaciones y las propias autoridades (16).

2. En relación con los *agentes biológicos*, los especialistas mencionan habitualmente los siguientes agentes (17): los microbios, es decir, las bacterias, los virus y las rickettsias; las toxinas microbianas; los hongos; los

(12) En la actualidad, los cinco agentes biológicos más peligrosos serían el ántrax, la peste bubónica, la viruela, el botulismo y el virus del Ébola.

(13) Vide PURVER, R., «Chemical and Biological Terrorism: New Threat to public safety?» *Conflict Studies* no. 295 (1997) p. 3.

(14) Vide la decisión de la Comisión de armamentos de tipo clásico, órgano subsidiario del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, documento de Naciones Unidas S/C.3/32/Rev.1.

(15) Por ejemplo, un ataque biológico contra el ganado del enemigo o contra los cultivos con el propósito de reducir los recursos alimentarios de éste. También esa naturaleza estratégica puede tener un marcado carácter económico, baste mencionar los ataques para destruir plantaciones o cultivos de índole industrial (algodón, caucho, madera) o destinados a las exportaciones. Vide MEYROWITZ, H., *Les armes biologiques ... supra* nota 5, p. 10 y 11.

(16) Vide STERN, J., «Dreaded Risks and the Control of Biological Weapons» (2002/03) 27:3 *International Security* pp. 89-123, *praesertim* pp. 100-103.

(17) Vide MEYROWITZ, H., *Les armes biologiques ... supra* nota 5., p. 6. Las Naciones Unidas han mencionado «los organismos vivos y virus, o ácidos nucleicos infecciosos derivados de ellos, que se usan deliberadamente-solos o en combinación con medios especiales de dispersión-con propósitos hostiles para causar enfermedades o muertes en seres humanos, animales o plantas. Normalmente dependen para desplegar sus efectos iniciales de su habilidad para multiplicarse en el organismo atacado, independientemente de si sus efectos son causados o no por las toxinas que produce el organismo infectado. Vide el documento de las Naciones Unidas A/7575 y S/9292 *Armas químicas y bacteriológicas (biológicas) y efectos de su posible uso. Vide también ALIA PLANA, M., «La prohibición de las armas...», supra* nota 1, pp. 51-52.

pequeños animales utilizados como vectores, especialmente ciertos insectos infectados susceptibles de transmitir una enfermedad que previamente les ha sido inoculada; y ciertas sustancias químicas que destruyen la vegetación (18). Los métodos de diseminación de los agentes biológicos son muy variados y engloban desde la mera contaminación directa (19) hasta la propagación mediante proyectiles o la dispersión de aerosoles, polvos o líquidos efectuada desde aviones que vuelan a baja altitud (20).

Los factores que complican la respuesta a una agresión armada con estos agentes biológicos son tres: en primer lugar, los efectos de tales agentes se manifiestan al cabo de un período de latencia o incubación, de varias horas o incluso semanas; en segundo lugar, ciertas enfermedades pueden transmitirse y convertirse en epidemias o epizootias (21); en último lugar, es prácticamente imposible la alerta inmediata ya que la detección e identificación del agente infeccioso presenta serias dificultades de índole científica y técnica (22).

(18) Sobre todos los aspectos relacionados con la utilización militar de los agentes biológicos, se puede consultar el excelente trabajo del teniente coronel OTERO SOLANA, V., «Los agentes biológicos, la amenaza biológica y el Derecho Internacional Humanitario» (2003) 81 *Revista Española de Derecho Militar* pp. 77- 105. En particular sobre la clasificación de los agentes biológicos se puede acudir, en ese trabajo, a las páginas 77-82.

(19) Los agentes biológicos penetran en los organismos por las vías respiratorias, digestivas o cutáneas. Sobre estos aspectos. *Ibid.*, p. 71.

(20) Otros métodos que se ha avanzado son la propagación mediante *containers* lanzados en paracaídas sobre el territorio o mediante globos o minas flotantes. Los acontecimientos de finales del año 2001 en EEUU lanzaron a la primera página la diseminación mediante envíos postales, de alcance limitado pero de resultados inquietantes. Precisamente, si el ataque mediante armas biológicas a los EEUU hubiera sido realizado por una potencia extranjera constituiría, sin duda alguna, un agresión armada. «On peut imaginer une (...) attaque biologique perpétrée en période de paix, attaque dont l'État victime serait incapable d'établir qu'elle est le fait de tel ou tel gouvernement, et qui, pour une raison ou une autre, ne serait pas suivie d'hostilités. Qu'elle constitue une opération isolée exécutée en période de paix formelle, ou, au contraire, le prélude d'une guerre, il n'est pas douteux qu'un tel acte de sabotage réalise une *agression armée*». Vide MEYROWITZ, H., *Les armes biologiques...* *supra* nota 5, p. 7, nota 17.

(21) «Pequeñas cantidades de microorganismos producen efectos devastadores, las armas biológicas son inmensamente destructivas por su posibilidad de producir epidemias o pandemias. Es preciso tener en cuenta que sus características son su infectividad, patogenicidad, virulencia, transmisibilidad, letalidad y persistencia. En entorno adecuado, los agentes pueden multiplicarse y, por lo tanto, perpetuarse, quedando de forma indefinida y sin control en el ambiente. También pueden mutar, salvando cualquier medida protectora, ya sean vacunas o fármacos específicos. Son, además, crueles, ya que siembran el dolor y el terror como ningún otro tipo de armas». Vide MINISTERIO DE DEFENSA, *Orientaciones Defensa NBQ. OR7-003* (Madrid: Ministerio de Defensa) (2000) p. 3-1. Citado por ALIA PLANA, M., «La prohibición de las armas...», *supra* nota 1, pp. 52-53. También OTERO SOLANA, V., «Los agentes biológicos, la amenaza...», *supra* nota 18, pp. 69-70.

(22) Vide MEYROWITZ, H., *Les armes biologiques...* *supra* nota 5, p. 7 y 8.

Por otro lado, las armas biológicas son armas baratas (23), en comparación con otras armas de destrucción masiva; sus procesos de fabricación son relativamente sencillos y los Estados pueden mantenerlas ocultas fácilmente. No obstante, a pesar de todas estas ventajas en su producción, la diseminación eficaz de los agentes biológicos es difícil. En otras palabras, la eficacia de las armas biológicas está muy condicionada por el carácter impreciso e imprevisible de la acción de los agentes biológicos, que son extremadamente sensibles a los factores ambientales (24). Tal imprecisión e imprevisibilidad se refiere al área geográfica afectada por los agentes patógenos; a la duración del período de acción de los agentes; al número y categorías de víctimas; al grado de morbilidad y a las tasas de mortalidad (25). Precisamente dicha imprecisión e imprevisibilidad ha impedido que las armas biológicas hayan sido utilizadas de forma masiva puesto que se conocen las dificultades para prever sus efectos (26) y, desde luego, por el riesgo de contaminar a las propias fuerzas armadas o a la propia población.

Desgraciadamente, este escenario inquietante pero relativamente condicionado por la incertidumbre que preside cualquier utilización con fines hostiles de los agentes biológicos está siendo drásticamente alterado por los avances e innovaciones en el campo de la biotecnología. Efectivamente, dichos progresos científicos son capaces de salvar los obstáculos que impiden la diseminación eficaz de los agentes biológicos, facilitando su dispersión, creando nuevos agentes más letales o incrementando la letalidad de los ya existentes.

III. LOS RIESGOS DERIVADOS DE LA BIOTECNOLOGÍA MODERNA

1. La Humanidad ha manipulado organismos y ha explotado sus procesos biológicos para mejorar especies, fabricar o elaborar ciertos productos o alimentos a lo largo de miles de años. El conjunto de las técnicas y métodos

(23) *Vide* PARIS, K., «The expansion of the Biological Weapons Convention...», *supra* nota 1, p. 515. También OTERO SOLANA, V., «Los agentes biológicos, la amenaza...», *supra* nota 18, p. 74.

(24) *Vide* ALIA PLANA, M., «La prohibición de las armas...», *supra* nota 1, p. 53.

(25) *Vide* MEYROWITZ, H., *Les armes biologiques...* *supra* nota 5, p. 8.

(26) El único supuesto documentado de empleo *masivo* de agentes biológicos en la guerra es el lanzamiento desde aviones japoneses de bombas, de estructura de arcilla, cargadas con pulgas inculadas con el agente infeccioso que causa la peste bubónica en el territorio chino durante la Segunda Guerra Mundial. No ha sido posible determinar el número exacto de víctimas pero se contaban por decenas de miles. Aún en la actualidad aparecen casos de nuevos enfermos en las zonas que fueron infectadas desde el aire.

que permiten tales manipulaciones es conocido como biotecnología. A la hora de elaborar un concepto de «biotecnología» existen dos tendencias. La primera emplea una noción amplia; la biotecnología, así entendida, es definida por el artículo 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica como «toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos» (27). De acuerdo con esta noción extensa, la biotecnología incorpora no sólo las técnicas más recientes, sino también los métodos biotecnológicos tradicionales: entre las formas más tempranas de biotecnología encontramos la obtención selectiva de especies animales y vegetales o el empleo de microorganismos para la producción de vino, cerveza o queso, que han sido aplicados por numerosas culturas a lo largo y ancho del planeta. Estas y otras técnicas se emplean, aún hoy en día, en las sociedades rurales y son la base de la producción industrial de ciertos alimentos.

La segunda tendencia adopta una perspectiva restrictiva, de acuerdo con la cual la noción de biotecnología hace referencia únicamente a aquellas técnicas no convencionales que permiten cambios antropogénicos específicos en el material genético de los organismos. En este caso, hablaríamos, en sentido propio, de «biotecnología moderna». El Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad al Convenio sobre la Diversidad Biológica (28) indica en su artículo 3 que por biotecnología moderna se entiende la aplicación de:

...técnicas in vitro de ácido nucleico, incluidos el ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante y la inyección directa de ácido nucleico en células u orgánulos, o la fusión de células más allá de la familia taxonómica, que superan las barreras fisiológicas naturales de la reproducción o de la recombinación y que no son técnicas utilizadas en la reproducción y selección tradicional.

En las últimas décadas, la biotecnología ha desarrollado estas y otras nuevas y sorprendentes técnicas para la manipulación de la vida

(27) El Convenio fue adoptado el 22 de mayo de 1992. El Convenio puede consultarse en el *B.O.E.* de 1 de febrero de 1994, y en el *D.O.C.E.* de 13 de diciembre de 1993, N° L 309/1. Sobre el Convenio puede verse PEREZ SALOM, J.R., *Recursos genéticos, biotecnología y Derecho Internacional. La distribución justa y equitativa de beneficios en el Convenio sobre Biodiversidad*, (2002) (Aranzadi).

(28) Sobre el Protocolo *vide* PEREZ SALOM, J.R., *Recursos genéticos...*, supra nota 27, pp. 304-317; también PEREZ SALOM, J.R., «La Unión Europea y la ratificación del Protocolo sobre Bioseguridad al Convenio sobre la Diversidad Biológica» *LIV: 2* (2002) *Revista Española de Derecho Internacional* pp. 1023-1028; también PÉREZ SALOM, J.R., «La regulación internacional de la seguridad de la biotecnología», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XIV, 1998, pp. 729-755.

(29). En efecto, la ingeniería genética o bioingeniería, la forma más reciente y prometedora de la biotecnología moderna, permite, entre otros resultados, la clonación o el desarrollo de un organismo completo a partir de una célula, fusionar células o insertar embriones en hembras de otras especies. Por otro lado, la bioingeniería también facilita el aislamiento de un gen presente en un determinado organismo y su inserción en otro ser viviente, aunque no pertenezcan a la misma especie. De este modo, es posible la implantación de rasgos propios del organismo origen de la muestra en el ser receptor, salvando todos los obstáculos que la propia Naturaleza ha ideado. El organismo resultante es denominado organismo modificado genéticamente, organismo transgénico u organismo vivo modificado, es decir, cualquier organismo vivo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología moderna (30). Paralelamente, los rápidos avances en Genómica gracias a proyectos internacionales como el *Human Genome Project* y los *Human Genetic Diversity Projects* están permitiendo el secuenciado del genoma humano y la identificación de los genes responsables de las 3.000 enfermedades hereditarias censadas que la Humanidad padece (31).

En definitiva, las nuevas tecnologías de la vida abren posibilidades que los científicos sólo recientemente han empezado a explorar. Los extraordinarios avances en el campo biotecnológico prometen innovaciones y descubrimientos que contribuirán notablemente al bienestar de la Humanidad: la curación definitiva de numerosas enfermedades, la producción de nuevos alimentos, fibras, carburantes, productos químicos, medicinas, herbicidas, insecticidas y materia prima para las investigaciones científicas e industriales (32). Lamentablemente, como cualquier otro progreso

(29) *Vide*, en general, el capítulo 4 «Genomics and the New Biotechnology» pp. 62-74 de la obra DANDO, M.R., *Preventing Biological Warfare. The Failure of American Leadership* (Palgrave: New York) (2002).

(30) *Vide* el artículo 3 del Protocolo de Cartagena sobre la Seguridad de la Biotecnología.

(31) *Vide* COHEN, D., (trad. de A.M. de la Fuente) *Los genes de la esperanza. En busca del genoma humano* (Seix Barral: Madrid) (1994) p. 314.

(32) Al mismo tiempo, estas nuevas ciencias de la vida pueden comportar graves riesgos para la salud humana y el equilibrio ambiental. La comunidad internacional ya ha tomado conciencia de las dimensiones de los riesgos biotecnológicos, y ha abordado en diferentes foros internacionales la cuestión de la seguridad de la biotecnología o *bioseguridad*, es decir, la cuestión de los aspectos de seguridad relacionados con la aplicación de biotecnologías y la liberación en el medio de organismos transgénicos y otros organismos, especialmente microorganismos, que pudieran afectar negativamente a los recursos genéticos del medio receptor, a los seres humanos o al medio mismo. Sobre la bioseguridad puede verse PEREZ SALOM, J.R., *Recursos genéticos...*, supra nota 24, pp. 288-304; también PÉREZ SALOM, J.R., «La regulación internacional de la seguridad de la biotecnología», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XIV, 1998, pp. 729-755.

científico o técnico, los métodos revolucionarios de la biotecnología también pueden ser empleados con fines hostiles, como armas de guerra o como medios para infundir el terror entre la población. La Historia nos enseña que gran parte de los descubrimientos científicos y tecnológicos han sido utilizados con fines hostiles, mediante su aplicación para la producción de armas cada vez más eficaces, es decir, más letales.

2. Los resultados de la biotecnología pueden facilitar el desarrollo y el uso de armas biológicas tanto en conflictos armados como en acciones terroristas (33). Precisamente, entre los posibles usos indebidos de la biotecnología, el CICR ha llamado la atención sobre los siguientes (34):

1. La propagación deliberada de enfermedades subsistentes, como la fiebre tifoidea, el ántrax y la viruela, con el propósito de causar la muerte y enfermedades, así como de infundir terror entre la población;
2. La modificación de agentes patógenos conocidos, a fin de hacerlos más virulentos (...);
3. La reproducción de virus a partir de materiales sintéticos (...) (35);
4. El posible desarrollo, en el futuro, de agentes biológicos dotados de especificidades étnicas o raciales;
5. La creación de nuevos agentes biobélicos destinados a utilizarse conjuntamente con las vacunas correspondientes para las pro-

(33) Además del uso militar o terrorista de los nuevos avances en el campo de las armas biológicas, algunos autores han llamado la atención sobre las iniciativas actuales de ciertos Estados para producir materiales, tecnologías y equipos diseñados para provocar una invalidez o incapacidad transitorias en los destinatarios. Es decir, ciertos programas nacionales incluyen el desarrollo de sustancias biológicas y químicas «no letales» para su utilización en una amplia gama de situaciones que no se corresponden con las situaciones habituales vinculadas al control del orden público y la seguridad o a conflictos entre Estados, como por ejemplo, las acciones antiterroristas o las operaciones de mantenimiento de la paz. Sobre este aspecto de la investigación con agentes biológicos *vide* HART, J., KUHLAU, F., & SIMON, J., «Chemical and biological weapon developments and arms control» (2003) *SIPRI Yearbook 2003: Armaments, Disarmament and International Security* pp. 659-664.

(34) Estos ejemplos del uso de los agentes biológicos con fines hostiles han sido tomados de la página sobre armas y biotecnología del portal del CICR en Internet en la dirección [www] COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA [http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwpList2/Focus:Biotechnology_and_weapons?OpenDocument\(25/10/2004\)](http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwpList2/Focus:Biotechnology_and_weapons?OpenDocument(25/10/2004)).

(35) Esta técnica ya es una realidad. A finales del año 2003 un equipo de científicos estadounidenses creó un virus artificial, a partir de genes sintéticos, con un funcionamiento similar al de un virus en estado natural. La noticia fue recogida, en diferentes medios, en particular, en la edición del viernes 14 de noviembre de 2003 del diario *Levante*, p. 76.

pias tropas o población, lo cual podría incrementar el interés en las armas biológicas;

6. El recurso a nuevos métodos para propagar de manera disimulada agentes biológicos que se producen naturalmente [biorreguladores], con objeto de modificar procesos fisiológicos o psicológicos de la población destinataria, como la conciencia, el comportamiento y la fertilidad, a veces durante varios años;

7. La producción de agentes biológicos que podrían atacar la infraestructura agrícola o industrial. Incluso en caso de liberación accidental, dichos agentes podrían tener efectos desconocidos e incontrolables en el entorno natural;

8. La fabricación de agentes biológicos capaces de modificar la composición de los genes humanos, que transmitiéndose de generación en generación, podrían tener repercusiones nefastas en la evolución misma del género humano.

IV. UNA NUEVA AMENAZA: EL BIOTERRORISMO

Como ya se ha indicado, los peligros que derivan de las armas biológicas se han incrementado a causa de los avances biotecnológicos, pero también del riesgo de atentados bioterroristas. Nadie puede dudar en la actualidad que la era de la globalización en la que vivimos inmersos, especialmente intensa a partir de la caída del bloque comunista y gracias a los progresos en las nuevas tecnologías de la comunicación, es también una era de transnacionalización sin precedentes del fenómeno terrorista. En efecto, los Estados participantes en la cumbre del G7/G8 ya en 1996 en Lyon llamaron la atención sobre la amenaza de utilización de materiales nucleares, biológicos y químicos, así como sustancias tóxicas, con propósitos terroristas (36). Posteriormente, los envíos de paquetes postales y cartas infectados con carbunco o ántrax que siguieron a la agresión del 11 de septiembre de 2001 (37) contra los

(36) *Vide* G7/8, Lyon Summit, *Declaration on Terrorism*, 27 June 1996. Sobre la prevención de ataques terroristas con armas nucleares ROTHBERG, B.L., «Averting Armageddon: Preventing Nuclear Terrorism in the United States (1997-1998) 8:79 *Duke Journal of Comparative and International Law* pp. 79-134.

(37) Se ha afirmado que las esporas de ántrax son especialmente atractivas para los terroristas a causa de su elevada resistencia a los factores adversos a su diseminación y su consiguiente alto grado de permanencia en el medio en el que han sido liberadas. *Vide* PURVER, R., «Chemical and Biological Terrorism...», *supra* nota 13, p. 6.

Estados Unidos (38) (en adelante, EEUU) pusieron de manifiesto la gravedad del peligro de la utilización de las armas biológicas y que tales riesgos no proceden únicamente de actores estatales y de la guerra bacteriológica en un sentido estricto. Tal y como el Secretario de las Naciones Unidas destacó el 1 de octubre de 2001, mientras que el mundo ha sido incapaz de prevenir los ataques del 11 de septiembre, es posible prevenir futuros actos terroristas que empleen armas de destrucción masiva. En palabras del propio Secretario, los peligros más serios proceden de grupos no estatales, o incluso de un solo individuo, que adquieran y usen un arma nuclear, química o biológica (39).

La información sobre los atentados terroristas con agentes biológicos perpetrados hasta la fecha es un tanto controvertida (40). Lo que parece incuestionable es que, por el momento, las acciones bioterroristas han sido poco frecuentes y las dirigidas a causar un alto número de víctimas han fracasado (41) a causa de la carencia de la tecnología necesaria para desarrollar los agentes biológicos, la falta de personal científico con los conocimientos apropiados para dicha tarea y, muy especialmente, debido a la propia naturaleza de los agentes biológicos; es decir, tal y como se ha indicado en páginas precedentes, las armas biológicas tienen un carácter impreciso y un impacto imprevisible ya que son extremadamente sensibles a los factores ambientales. No obstante, parece evidente que en la actualidad estos obstáculos pueden ser vencidos y la posibilidad de que un grupo terrorista atente con agentes biológicos causando víctimas masivas es cada vez más real. Esta circunstancia es propiciada por la disponibilidad de científicos dispuestos a investigar en este campo, algunos procedentes de programas estatales de armamento biológico, y la facilidad para adquirir las sustancias y la información necesarias para fabricar las armas bioló-

(38) Sobre dichos ataques y sobre las repercusiones de los mismos en el Derecho Internacional puede verse el trabajo de FIDLER, D.P., «Bioterrorism, Public Health, and International Law» (2002) 3:1 *Chicago Journal of International Law* pp.7-26, *praesertim* 10-15.

(39) *Vide* UNITED NATIONS Secretary-General, *Addressing Assembly on Terrorism, Calls for Immediate, Far-Reaching Changes' in the UN Response to Terror*, SA/SG/7977, GA/9920, 1 October 2001, disponible en <http://www.un.org/News/Press/docs/2001/sgsm7977.doc.htm> (25/10/2004).

(40) *Vide* ALIA PLANA, M., «La prohibición de las armas...», *supra* nota 1, p. 49-50.

(41) Sobre los casos documentados de acciones terroristas con agentes biológicos puede consultarse PURVER, R., «Chemical and Biological Terrorism...», *supra* nota 13, pp. 10-17. Sobre el atentado en el Estado de Oregón en 1984 que provocó más de setecientos infectados por *salmonelosis*, el primer uso masivo de un agente biológico con fines terroristas, se puede consultar OTERO SOLANA, V., «Los agentes biológicos, la amenaza...», *supra* nota 18, p. 66.

gicas (42). Además, como se ha destacado anteriormente, la biotecnología moderna puede proporcionar nuevos agentes biológicos más precisos y medios de propagación más eficaces, agravando los riesgos de acciones bioterroristas (43).

La posibilidad del recurso a los agentes biológicos por parte de grupos terroristas y del empleo de las innovaciones biotecnológicas con fines militares u hostiles incrementan significativamente los riesgos que derivan de las armas biológicas y, por ello, hacen necesaria, por parte de la comunidad internacional, una revisión de las disposiciones internacionales que regulan dichas armas y la adopción de las medidas apropiadas para su fortalecimiento, garantizando su plena aplicabilidad a las nuevas armas y agentes biológicos que son fruto de la biotecnología moderna.

V. LA PROHIBICIÓN DE LAS ARMAS BIOLÓGICAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. Las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907 (44) supusieron un importante paso adelante en los esfuerzos para regular convencionalmente la guerra bacteriológica (45), pero el Protocolo relativo a la

(42) Sobre los medios de adquisición de los agentes biológicos y químicos *vide* PURVER, R., «Chemical and Biological Terrorism...», *supra* nota 13, p. 7 y 8.

(43) Ciertos autores entienden que se ha exagerado el riesgo de atentados bioterroristas con resultados masivos: «In the case of biological weapons—which have become the most feared category of [Weapons of mass destruction] in terms of likely terrorist use—although the requisite material for devising a [Biological Weapon] agents is widely available, the skill and expertise for effectively weaponising a [Biological Weapon] agent is still seemingly beyond terrorist groups. Overall, acquiring [Weapons of mass destruction] capabilities for delivery against targets is a lot harder for terrorists than is generally acknowledged in the literature». *Vide* O'NEIL, A., «Terrorist use of weapons of mass destruction: how serious is the threat?» 57:1 (2003) *Australian Journal of International Affairs* pp. 3 y 109.

(44) La Declaración de San Petersburgo de 1868, aunque no se refiere expresamente a las armas biológicas, enumera los principios generales del Derecho Internacional de la Guerra, que en tanto que obligatorios para todos los Estados, prohíben la utilización de ciertas armas biológicas contrarias al principio de necesidad militar y humanidad. *Vide* WYNEN THOMAS, A. V. & THOMAS, A. J., Jr., *Legal Limits...* *supra* nota 5, pp. 44 y 45.

(45) La Conferencia de Bruselas de 1874, convocada a instancias del zar de Rusia, para aprobar el proyecto de Declaración internacional concerniente al Derecho y Costumbres sobre la Guerra examinó la inclusión de una disposición sobre la diseminación de enfermedades contagiosas y el uso de sustancias para el desarrollo de tales enfermedades en el territorio enemigo. No obstante, la Conferencia entendió que la prohibición de venenos bastaba, ya que esta disposición englobaba también las sustancias para diseminar enfermedades contagiosas. La Declaración de Bruselas no fue nunca aprobada por la Conferencia pero influyó en los Convenios adoptados en las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907. *Ibid.*, pp. 45 y 46.

prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológico, ya mencionado en las primeras páginas del presente trabajo, ha sido durante medio siglo el único convenio general que prohibía expresamente la guerra biológica (46). No obstante, la prohibición de las armas biológicas en este tratado cubre tan sólo ciertos aspectos de su utilización. Efectivamente, el Protocolo prohíbe el «empleo en la guerra» de los medios químicos y bacteriológicos, tanto en supuestos defensivos como ofensivos, tácticos o estratégicos (47). La expresión «empleo en la guerra» implica que ni la producción, desarrollo de tales medios ni la investigación o el almacenamiento están prohibidos por el Protocolo.

Las disposiciones del Protocolo han dado lugar a diferentes controversias en torno a la interpretación de su ámbito. La prohibición de «métodos bacteriológicos de guerra» alude aparentemente sólo a los agentes bacteriológicos, es decir, microorganismos, pero existen otros agentes de guerra biológica, ya mencionados, por ejemplo, virus, hongos y rickettsias, que podrían quedar fuera del alcance del Protocolo si el término «bacteriológicos» se interpretara desde un punto de vista científico estricto. No obstante, esta posibilidad parece contraria a las intenciones de los negociadores del Protocolo que pretendían, ciertamente, la prohibición de la guerra biológica en general (48).

Otra de las dudas que origina el Protocolo de 1925 es la cuestión de los tipos de armas biológicas que cubre. En otras palabras, del tenor del

(46) Las disposiciones sobre venenos y armas venenosas del Convenio II de la Conferencia de 1899, readoptado como el Convenio IV de la Conferencia de 1907, fueron de gran interés en el desarrollo de la prohibición de utilización de armas biológicas a pesar de que tales disposiciones tan sólo confirman la norma consuetudinaria relativa a la prohibición de veneno. No obstante, al margen de la eficacia de la prohibición consuetudinaria, la delimitación del ámbito del Convenio IV y la redacción del mismo suscitaron tantas y tan serias diferencias sobre su interpretación entre los Estados y la propia doctrina que éstas afectaron a la efectividad y alcance de la propia prohibición de veneno. De un lado, el Convenio no era aplicable a aquellos agentes biológicos que escapaban a la categoría de veneno o a los agentes biológicos que dañaban los objetos ya que no afectaban a los seres vivos. De otro lado, las discusiones más controvertidas se referían a la condición de veneno de ciertos agentes biológicos y, por tanto, a su sujeción a la prohibición y a la aplicación del Convenio a aquellos agentes biológicos descubiertos a partir de 1907. *Vide* artículo 23.a, b y e del Anexo al Convenio IV; *Vide* WYNEN THOMAS, A. V. & THOMAS, A. J., Jr., *Legal Limits... supra* nota 5, p. 49.

(47) *Vide* KARSH, E. *et al.*, *Non-conventional weapons proliferation in the Middle East* (Oxford:Clarendon Press) (1993) p. 4.

(48) *Vide* WYNEN THOMAS, A. V. & THOMAS, A. J., Jr., *Legal Limits... supra* nota 5, pp. 76 y 77. En ese mismo sentido *vide* también GOLDBLAT, J., «La Convention sur... *supra* nota 9, p. 269-270.

propio Protocolo parece derivarse que sólo es aplicable a aquellas armas bacteriológicas que violan el principio de humanidad y causan un sufrimiento innecesario. Por ello, el Protocolo no sería aplicable a las armas biológicas que dañan la vida animal, vegetal y desde luego, tampoco a las armas bacteriológicas que dañan las propiedades o los bienes. No obstante, ciertos autores entienden que sobre la base de los trabajos preparatorios del Protocolo puede apoyarse una interpretación que somete, además de las armas bacteriológicas contra seres humanos, las armas contra animales y vegetales (49), abarcando así la mayor parte de los agentes biológicos.

Finalmente, la existencia de, aproximadamente, veinte reservas expresadas por las Partes contratantes contribuye a minar, en cierto modo, la efectividad del Protocolo añadiendo confusión al ámbito de aplicación del mismo. La práctica totalidad de las reservas declaran que el Protocolo es obligatorio únicamente en relación con otras Partes contratantes y que la prohibición de recurrir a las armas biológicas cesa en cuanto las fuerzas armadas de un Estado enemigo o sus aliados incumplan el Protocolo. Es decir, los Estados que realizaron dichas reservas perseguían el mantenimiento de un derecho a responder, en el caso de una agresión con agentes biológicos, conservando la posibilidad de atacar con el empleo de, al menos, agentes similares a los utilizados en la agresión (50).

En definitiva, el entramado convencional que regulaba los medios de guerra biológica o limitaba el armamento biológico, antes de la negociación del CAB presentaba graves lagunas. Tras la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas hicieron un llamamiento para la eliminación de todas

(49) *Vide* WYNEN THOMAS, A. V. & THOMAS, A. J., Jr., *Legal Limits... supra* nota 5, p. 77.

(50) El caso más preocupante es el de la reserva del Estado de Israel que indica que: «The Protocol shall cease to be binding on Israel in regard to any enemy state whose armed forces, or the armed forces of whose allies, or the regular or irregular forces, or *groups or individuals* operating from its territory, fail to respect the prohibitions which are the object of the protocol» [la cursiva es añadida]. De acuerdo con los términos de dicha declaración, un ataque bioterrorista por parte de un grupo que opere desde el territorio de otro Estado podría justificar una represalia israelí que incluyera el uso de agentes biológicos. La cuestión del derecho a responder a una agresión perpetrada con armas biológicas con armas similares se ha suscitado igualmente en el Convenio sobre las armas biológicas. No obstante, las Partes contratantes afirmaron en 1996 con motivo de la Segunda Conferencia de Revisión de este convenio que las reservas relativas a la represalias, mediante el uso de cualquiera de las sustancias o productos prohibidos por el Convenio, incluso condicional, son totalmente incompatibles con la prohibición absoluta y universal de desarrollo, producción, almacenamiento, adquisición y retención de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas. Sobre la Conferencia *vide* documento de las Naciones Unidas BWC/CONF:II/13; *vide* también GOLDBLAT, J. & BERNAUER, T., *The Third Review... infra* nota 65, pp. 17-22.

las armas de destrucción masiva (51). De ese modo, a lo largo de los años 50 y 60 las armas biológicas fueron incluidas en las discusiones relativas al desarme general y completo.

2. En el camino hacia la prohibición internacional de las armas biológicas, las iniciativas de sensibilización de las Naciones Unidas (52) y de la Organización Mundial de la Salud han tenido una especial relevancia (53). Sin embargo, la iniciativa que llevaría a la adopción del Convenio sobre armas biológicas fue lanzada por el gobierno británico. En 1968, el primer ministro laborista británico Harold Wilson propuso un convenio internacional sobre armas biológicas como respuesta a las críticas que el programa del Reino Unido sobre armas químicas y biológicas había suscitado (54). Las razones que impulsaron al *premier* a impulsar específicamente la regulación internacional de las armas biológicas fueron, entre otras, que los EEUU no renunciarían a las armas químicas y que las armas biológicas son demasiado sensibles a los cambios climáticos y a las mutaciones genéticas y presentan por ende un impacto incierto y una utilidad dudosa (55). Las grandes potencias no tenían nada que perder si abandonaban las armas biológicas ya que contaban con sus armas nucleares (56) y al mismo tiempo tenían mucho que ganar ya que privaban a los Estados no nucleares de un medio de guerra poco costoso (57). La Unión Soviética y los

(51) *Vide* resolución 1 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de enero de 1946.

(52) En particular, el informe de las Naciones Unidas sobre los problemas de la guerra química y bacteriológica, publicado en 1969, documento A/7575/Rev.1, S/9292/Rev.1, *Rapport du Secrétaire général, Les armes chimiques et bactériologiques (biologiques) et les effets de leur utilisation éventuelle*, New York, 1969.

(53) *Vide* ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ *Santé publique et armes chimiques et biologiques*, Genève, 1970.

(54) *Vide* WRIGHT, S., «Double langage et guerre bactériologique» *Le Monde Diplomatique* noviembre 2001 n° 572 48e année, p. 3.

(55) *Ibid.*, p. 3.

(56) Las armas biológicas han sido desarrolladas en primer lugar por los Estados desarrollados especialmente los EEUU, el Reino Unido, Francia, la URSS, Alemania, Japón y Canadá. Para las potencias nucleares, las armas biológicas tienen un carácter complementario ya que, evidentemente, las armas nucleares son más eficaces. Frente a esto, diferentes autores han afirmado el carácter sustitutivo de las armas biológicas para los Estados no nucleares: «(...) substitut potentiel, disent certains, pour les [puissances] non nucléaires: l'armement biologique étant infiniment meilleur marché et plus facile à fabriquer ou à acquérir que l'armement nucléaire, des États incapables de se procurer des armes atomiques pourraient, par ce succédané, accéder à une position moins inférieure par rapport aux Grands, et venir ainsi participer, dans une certaine mesure, au grand jeu de la dissuasion et de la menace». *Vide* MEYROWITZ, H., *Les armes biologiques...* *supra* nota 5, p. 11, nota 26; también PEARSON, G.S., «Interdiction des armes biologiques. Activités en cours et perspectives» (n° 825: mayo-junio 1997) *Revue Internationale de la Croix Rouge* p. 290-293.

(57) *Vide* WRIGHT, S., «Double langage... *supra* nota 54, p. 3.

EEUU llegaron a las mismas conclusiones y en noviembre de 1969 el presidente Richard Nixon anunció el fin del programa estadounidense de guerra bacteriológica y su respaldo al CAB (58). De ese modo, la URSS y las grandes potencias occidentales mantenían las armas nucleares y los Estados en desarrollo Partes en el CAB renunciaban a un medio de disuasión tan eficaz como el nuclear (59).

Las negociaciones del Convenio sobre las armas biológicas fueron relativamente rápidas (60) y el Convenio sobre armas biológicas fue adoptado el 10 de abril de 1972, entrando en vigor el 26 de marzo de 1975 (61).

En el artículo I las Partes contratantes se comprometen a no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener, nunca ni en ninguna circunstancia (1) agentes microbianos u otros agentes biológicos o toxinas, sea cual fuere su origen o modo de producción, de tipos y en cantidades que no estén justificados para fines profilácticos, de protección u otros fines pacíficos; (2) armas, equipos o vectores destinados a utilizar esos agentes o toxinas con fines hostiles o en conflictos armados (62).

El Convenio se aplica, por tanto, a los agentes microbiológicos y a otros agentes bacteriológicos, así como las toxinas, pero el propio Convenio omite intencionadamente todo tipo de definición de uno u otro término. En general, se puede entender como agente biológico aquellos organismos microbianos vivos capaces de reproducirse y de infectar, mientras que las toxinas serían los productos derivados de los organismos vivos, inertes y sin capacidad de reproducirse.

(58) Vide GOLDBLAT, J., «La Convention sur... *supra* nota 9, p. 271 y nota 6. Sobre la renuncia estadounidense a las armas biológicas *vide* TUCKER, J., «A Farewell to Germs: The US Renunciation of Biological and Toxin Warfare, 1969-70» (2002) 27:1 *International Security* pp. 107-148.

(59) Vide WRIGHT, S., «Double langage... *supra* nota 54, p. 3. En la práctica, no se puede afirmar con seguridad que las potencias que impulsaron el CAB renunciaran completamente a sus programas biológicos. De hecho, en el caso soviético se ha constatado que las autoridades de la Unión Soviética continuaron con sus investigaciones en este ámbito a pesar de la ratificación del CAB.

(60) Vide GOLDBLAT, J., «La Convention sur... *supra* nota 9, p. 284.

(61) El Convenio entró en vigor para España el 20 de junio de 1979 (*BOE* n° 165, de 11 de julio de 1979) y tiene en la actualidad 144 Partes contratantes. Para un análisis crítico del Convenio *vide* GOLDBLAT, J., «La Convention sur... *supra* nota 9, p. 269-286, *praesertim* 271-282; y también ROMANOV, V. A., «La dimension humaine de la Convention sur les «armes silencieuses» n° 825: mayo-junio 1997) *Revue Internationale de la Croix Rouge* pp. 305-316.

(62) Entre las medidas que deben ser adoptadas están incluidas las medidas nacionales para prohibir o prevenir el desarrollo, la producción, el almacenamiento, la adquisición o la retención de los agentes especificados en el artículo I en el territorio del Estado, bajo su jurisdicción o bajo su control en cualquier lugar (artículo IV).

Por lo que respecta a los nuevos descubrimientos en el ámbito de la biotecnología, el CAB cubre *todos los agentes biológicos* que «no estén justificados para fines profilácticos, de protección u otros fines pacíficos» e incluye los medios para utilizar dichos agentes. De modo que no suscita duda alguna su aplicabilidad plena a los nuevos agentes biológicos, derivados de la biotecnología. No obstante, la prohibición consagrada en el CAB de no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener no es absoluta ya que están permitidos los tipos y las cantidades de agentes biológicos y toxinas destinados a fines profilácticos, de protección o a otros fines pacíficos. Es decir, el Convenio autoriza el desarrollo, la producción e incluso el almacenamiento de agentes biológicos patógenos en cantidades limitadas si estos agentes están vinculados a la producción de medios de defensa tales como las vacunas, las terapias o los trajes de protección especial. De hecho, las Partes no están sometidas a la obligación de declarar los agentes biológicos o las toxinas utilizadas en actividades no prohibidas por el Convenio de 1972.

La investigación misma está permitida por el CAB ya que no hace referencia a la misma. Podría decirse que la investigación con fines ofensivos está prohibida y la defensiva permitida de acuerdo con el artículo 1, párrafo 2, del Convenio. No obstante, la distinción entre actividades de investigación civiles y las militares, defensivas u ofensivas, es muy difícil (63) y es ciertamente posible que los Estados burlen las disposiciones del CAB, ya que la tarea de diferenciar entre usos defensivos y usos ofensivos es complicada; efectivamente, salvo el caso extremo de almacenamiento de armas biológicas, la tarea de diferenciar entre usos defensivos y usos ofensivos es sumamente compleja y requeriría la determinación de las intenciones de los autores de tales actividades. Un esfuerzo ciertamente volátil.

El rasgo fundamental del CAB es la obligación asumida por las Partes contratantes, que se comprometen a destruir o desviar hacia fines pacíficos lo antes posible todos los agentes, toxinas, armas, equipos y vectores especificados en el artículo I. Esta disposición ha convertido al Convenio sobre armas biológicas en el primer tratado internacional que impone la desaparición de toda una categoría de armas.

Las Partes contratantes también se comprometen a no transferir a nadie, directa o indirectamente, los agentes especificados en el artículo I y a no ayudar, alentar o inducir a fabricarlos o adquirirlos (artículo III). En

(63) *Vide* PARIS, K., «The expansion of the Biological Weapons Convention...», supra nota 1, p. 515.

ese sentido, la comunidad internacional es plenamente consciente del papel que el CAB y, en particular, su artículo III, puede jugar en la lucha contra los peligros que derivan del bioterrorismo. La Conferencia Ministerial sobre Terrorismo que tuvo lugar en París en julio de 1996, recomendaba, en su Declaración Final, a las Partes contratantes en el Convenio sobre armas biológicas que confirmaran en la Cuarta Conferencia de Revisión su compromiso para asegurar, mediante la adopción de medidas nacionales, el cumplimiento efectivo de sus obligaciones dimanantes del CAB para tomar toda medida necesaria para prohibir y prevenir el desarrollo, producción, almacenamiento, adquisición o retención de tales armas en su territorio, bajo su jurisdicción o bajo su control en cualquier lugar, con el fin de, *inter alia*, excluir el uso de tales armas con propósitos terroristas (64).

La Cuarta Conferencia de Revisión del Convenio sobre armas biológicas tomó nota de la recomendación de la Conferencia Ministerial sobre Terrorismo y en la sección relativa al artículo IV del CAB, en la Declaración Final de la Conferencia, las Partes contratantes reconocen la necesidad de asegurar el cumplimiento pleno de sus obligaciones para excluir la utilización de armas biológicas y tóxicas en actividades terroristas o criminales. Esta disposición se vio reforzada por la sección relativa al artículo III de la misma Declaración en la que las Partes contratantes afirman que este precepto del CAB es suficientemente comprensivo para prohibir la transferencia a cualquier destinatario en el ámbito internacional, nacional o subnacional, aceptando así de manera irrefutable la plena aplicación del artículo III a individuos o grupos de individuos.

Por otro lado, el artículo X autoriza el intercambio de equipo, materiales e información para la utilización con fines pacíficos de los agentes biológicos y las toxinas. El reto reside en encontrar las fórmulas para combinar la aplicación de este artículo con la prohibición de transferencia del artículo III.

Las consultas y la cooperación entre las Partes contratantes para solucionar los problemas relativos al objetivo del CAB y a su aplicación están previstas en su artículo V. Por su parte, en el artículo VI se incluye una disposición, muy común en los tratados de desarme o limitación de armamentos, que regula un procedimiento de denuncia ante el Consejo de Seguridad para aquellos casos en los que una Parte advierta que otro Estado Parte viola las disposiciones del CAB.

(64) *Vide* Ministerial Conference on Terrorism, *Final Declaration*, Paris, 30 July 1996.

Tal y como se ha indicado, el Convenio sobre armas biológicas no incorporó ningún mecanismo de verificación (65), a pesar de que durante las negociaciones se barajaron diferentes propuestas formales e informales relativas a la misma. Las causas de que las delegaciones optaran por evitar la inclusión de un mecanismo de verificación son muy diversas, pero es conveniente mencionar algunas de las más relevantes: en primer lugar, las armas biológicas poseen unos rasgos tales que convierten la tarea de verificación en un trabajo especialmente complejo; efectivamente, la facilidad para su desarrollo en laboratorios sencillos, que con pequeñas muestras pueden provocar una epidemia, dificulta la verificación; así como el gran número de laboratorios médicos, farmacéuticos y biotecnológicos, públicos y privados, implicados en la investigación biológica; además, en caso de inspección sobre el terreno es difícil determinar la ilegalidad de una actividad; por ejemplo, es difícil distinguir una epidemia provocada de una epidemia natural o incluso una actividad o unas sustancias declaradas como «legales» de conformidad con el CAB tras una inspección podrían ser pocos días después utilizadas con fines militares.

En otro orden de cuestiones, los argumentos vinculados a la seguridad nacional han determinado siempre una gran reticencia de los Estados hacia las medidas de verificación y en el campo de las armas biológicas este sentimiento se ve reforzado por la desconfianza hacia los otros Estados, a causa de la facilidad para desarrollar y ocultar los programas de armamento biológico, y por el miedo, especialmente por parte de los Estados en desarrollo (66), a una injerencia en los asuntos internos.

En definitiva, la comunidad internacional no se dotó de un verdadero mecanismo de verificación en este ámbito, desaprovechando la excelente oportunidad que la negociación del Convenio sobre armas biológicas representaba. De este modo, las Partes Contratantes en el CAB únicamente pueden acceder a los mecanismos de cooperación previstos en el artículo V y al procedimiento de denuncia ante el Consejo de Seguridad, establecido en el artículo VI; ambos fundamentados jurídicamente tanto en el propio CAB como en la Carta de las Naciones Unidas.

(65) *Vide* GOLDBLAT, J. & BERNAUER, T., *The Third Review of the Biological Weapons Convention: Issues and Proposals. Research Paper n° 9, April 1991* (UNIDIR: New York) (1991) pp. 8-10.

(66) Sobre la postura de los Estados en desarrollo sobre el CAB *vide* ZALUAR, A. & MONTELEONE-NETO, R., «La Convention de 1972 sur les armes biologiques. Le point de vue des États du Sud» (n° 825: mayo-junio 1997) *Revue Internationale de la Croix Rouge* pp. 317-332.

A pesar de esta clamorosa laguna en el Convenio, la verificación ha sido uno de los temas más destacados en las reuniones de las Partes en el CAB celebradas hasta la fecha (67). De hecho, la Segunda Conferencia de revisión, que tuvo lugar del 8 al 26 de septiembre de 1986 (68), se cerró con un clima favorable a la negociación de un mecanismo de verificación, tanto por parte de los EEUU como del lado de los Estados socialistas (69). Posteriormente, en 1994 en una conferencia especial, celebrada del 19 al 30 de septiembre, las Partes contratantes acordaron establecer un Grupo a cargo del estudio de medidas apropiadas, incluidas las medidas de verificación y elaborar propuestas de fortalecimiento del CAB para ser incluidas, en su caso, en un instrumento obligatorio a considerar por las Partes contratantes (70). El 30 de marzo de 2001 el Grupo ya contaba con un texto de negociación o *composite Protocol text* (71) que reunía todos los elementos esenciales para un protocolo efectivo, incluido un sistema de inspecciones *in situ* en caso de alegaciones de infracción del CAB (72). A

(67) De conformidad con el artículo XII, párrafo 2 del Convenio sobre las armas biológicas, la Conferencia de las Partes debe reunirse cada cinco años para verificar la eficacia del Convenio. Las Declaraciones finales de las Conferencias están disponibles en la base de datos de la Universidad de Bradford sobre el CAB, en la dirección [www] <http://www.brad.ac.uk/acad/sbtwc/revconf/bw-revconf.htm> (25/10/2004).

(68) *Vide* documento de las Naciones Unidas BWC/CONF:II/13; *vide* también GOLDBLAT, J. & BERNAUER, T., *The Third Review... supra* nota 65, pp. 17-22.

(69) *Vide* KARKOSZKA, A., «La Convention sur les armes biologiques» in SUR, S. (dir.) *La vérification des accords sur le désarmement et la limitation des armements: moyens, méthodes et pratiques*. UNIDIR 91/48 (New York: UNIDIR) (1991) p. 217.

(70) El Grupo especial debía considerar definiciones de términos y objetivos, tales como listas de agentes y toxinas biológicas, equipos y tipos de actividades; la incorporación de medidas de confianza y transparencia; un sistema de medidas de promoción del cumplimiento aplicables a las actividades e instalaciones relevantes, no discriminatorias y no intrusivas en la medida de lo posible, coherentes con la aplicación efectiva del sistema y no debería conducir a abuso alguno. *Vide* UNITED NATIONS *Special Conference of the States Parties to the Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction*, Final Report, BWC/SPCONF/1, Geneva, 19-30 September 1994; también resolución de las Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/48/65, de 5 de enero de 1994 y A/RES/49/86, 11 de enero de 1995. Los documentos de las diferentes sesiones están disponibles en [www] <http://www.brad.ac.uk/acad/sbtwc/adhocgrp/bw-adhocgrp.htm> (25/10/2004).

(71) *Vide* UNITED NATIONS *Procedural Report of the Ad Hoc Group of the States Parties to the Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction*, BWC/AD HOC GROUP/56-1 and 56-2, 18 May 2001, Geneva.

(72) La Universidad de Bradford, Reino Unido, ha editado en red un estudio completo de las cuestiones fundamentales suscitadas por el proyecto de protocolo, incluyendo el tema de las inspecciones, el régimen de transferencia de agentes biológicos y demás elementos y de la Organización sobre armas biológicas, disponible en [www] <http://www.brad.ac.uk/acad/sbtwc/pissues/protocoliss.htm>. (25/10/2004).

pesar de los avances alcanzados, en agosto de 2001, la delegación de los EEUU hizo pública una declaración en la que manifestaba que el enfoque adoptado en el texto no era capaz de realizar el mandato del Grupo y se confesaba incapaz de dar su apoyo al texto propuesto, incluso si se introducían cambios, porque lo consideraba no sólo ineficaz sino peligroso para la seguridad nacional americana (73). El rechazo de los EEUU decepcionó al resto de participantes y supuso un serio revés a los esfuerzos del Grupo. La Quinta Conferencia de revisión del CAB terminó el viernes 7 de diciembre 2001 con la propuesta de los EEUU de que se pusiera fin al mandato del grupo especial encargado del proyecto de protocolo de verificación ante la sorpresa de todos los participantes, incluida la delegación de la Unión Europea (74). Las Partes contratantes decidieron suspender la sesión hasta el 11 de noviembre del 2002 (75). Finalmente, en septiembre de 2002 los EEUU anunciaron que no participarían en la negociación del protocolo sobre verificación antes del año 2006 (76), dando a lugar a la suspensión de las negociaciones oficiales del mismo (77).

(73) «The protocol, which was proposed, adds nothing new to our verification capabilities. And it was the unanimous view in the United States government that there were significant risks to US national interests and that is why we could not support the protocol. Implementation of such a protocol would have caused problems...for our biological weapons defence programmes, would have risked intellectual property problems for our pharmaceutical and biotech industries and risked the loss of integrity and utility to our very rigorous multilateral export control regimes». Citado por PEARSON, G. S., *et al.*, «The US Rejection of the Composite Protocol: A Huge Mistake based on Illogical Assessments. Executive». Evaluation Paper No. 22, disponible en [www] <http://www.brad.ac.uk/acad/sbtwc/briefing/exe22.htm> (25/10/2004). Vide también RISSANEM J., «United States Rejects Protocol» *BWC Protocol Bulletin*, July 25, 2001 disponible en [www] <http://www.acronym.org.uk/bwc/bwc05.htm> (25/10/2004).

(74) La Unión Europea es partidaria de la adopción de un protocolo con medidas de verificación estrictas. Tanto el Consejo de Ministros, mediante la aprobación el 17 de mayo de 1999 de una posición común —publicada en *DOCE* L 133, 28.5.1999, p. 3— como el Parlamento Europeo a través de una resolución adoptada el 14 de junio de 2001, en sesión plenaria, han mostrado su apoyo al protocolo de verificación. Sobre esta postura vide RISSANEM J., «US Jeopardises BWC Protocol» 57 (may 2001) *Disarmament Diplomacy*, disponible en [www] <http://www.acronym.org.uk/dd/dde57/57bwc.htm> (25/10/2004).

(75) Vide RISSANEM J., «US Forces BWC Conference to be Suspended without Agreement» *BWC Review Conference Bulletin*, December 7, 2001 disponible en [www] <http://www.acronym.org.uk/bwc/revcon7.htm> (25/10/2004).

(76) En este punto es conveniente destacar, que la adopción de un protocolo sobre verificación habría supuesto no sólo el fortalecimiento de las prohibiciones relativas al desarrollo y el empleo de las armas biológicas, sino que se habría erigido también en un instrumento extraordinariamente útil en la lucha internacional contra el bioterrorismo. Efectivamente, las medidas estrictas de verificación habrían contribuido a impedir la transferencia de armas o agentes biológicos a grupos o individuos con fines terroristas.

(77) Sobre la negociación del protocolo vide DANDO, M.R., *Preventing Biological Warfare. The Failure of American Leadership* (Palgrave: New York) (2002). En la obra se

3. Finalmente, una vez examinados los convenios internacionales que consagran prohibiciones o restricciones en el campo de las armas biológicas, hay que traer a colación la cuestión de la existencia de una norma consuetudinaria que proscribe la guerra biológica. Efectivamente, diferentes autores y representantes de Estados se han manifestado a favor de la existencia de una norma consuetudinaria que prohíbe la utilización de las armas biológicas y han aportado argumentos que refuerzan dicha teoría. Aunque el estudio de la cuestión escapa del propósito del presente trabajo, puede ser interesante destacar, siquiera brevemente, los siguientes aspectos. En primer lugar, existe una práctica de abstención de utilización de tales armas biológicas que deriva, fundamentalmente, del respeto de las disposiciones del Protocolo de 1925, pero, además, en diferentes ocasiones, los miembros de las Naciones Unidas han reconocido, casi unánimemente, el carácter obligatorio de los principios y los objetivos del Protocolo, al margen de su participación en tal instrumento (78). De forma que, sobre la base de una práctica general, en este caso de una abstención, la existencia de una norma, convencional y extraconvencional, la conformidad de la práctica a la norma y la convicción de los Estados, manifestada no sólo en su adhesión al Protocolo de 1925, sino también en su apoyo a diferentes resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (79) es posible afirmar la existencia de una norma consuetudinaria que prohíbe específicamente la guerra biológica. Esa es también la posición del CICR cuando afirma que actualmente las disposiciones del Protocolo de 1925 son parte integrante del Derecho Internacional consuetudinario.

VI. LA INICIATIVA DEL CICR SOBRE BIOTECNOLOGÍA, ARMAS Y HUMANIDAD

A pesar de la contribución fundamental del Protocolo de 1925 y del CAB a la lucha contra las nuevas armas biológicas, el CICR, inquieto por

aborda no sólo la negociación del instrumento sino también la posición de los EEUU y la opinión de la industria biotecnológica y farmacéutica de ese país sobre el proyecto de protocolo. También puede consultarse DELLER, N. & BURROUGHS, J., «Arms Control Abandoned: The Case of Biological Weapons» (2003) XX: 2 *World Policy Journal* 37-42; PARIS, K., «The expansion of the Biological Weapons Convention...», supra nota 1, pp. 521-543; HART, J., KUHLAU, F., & SIMON, J., «Chemical and biological weapon developments and arms control» (2003) *SIPRI Yearbook 2003: Armaments, Disarmament and International Security* pp. 645-650.

(78) Vide MEYROWITZ, H., *Les armes biologiques...* supra nota 5, pp. 93-101

(79) Vide resolución 2162 (XXI), de 5 de diciembre de 1966, de la Asamblea General de las Naciones Unidas y la resolución 2603 de 1969.

las amenazas novedosas que derivan de la biotecnología y del bioterrorismo y consciente de la necesidad de reducir las posibilidades de que dichas tecnologías se empleen en perjuicio de la humanidad lanzó la *Iniciativa sobre biotecnología, armas y humanidad* (80). La iniciativa es también la consecuencia de la seria preocupación del CICR ante el fracaso de los Estados Partes en el CAB para fortalecerlo mediante los mecanismos apropiados, en particular, mediante un protocolo sobre verificación. El CICR pretende fomentar un debate profundo sobre los riesgos, la regulación y las responsabilidades implicadas en los progresos biotecnológicos. El pilar fundamental de la iniciativa del CICR es un *llamamiento*, emitido el 25 de septiembre de 2002 (81), a:

— todas las autoridades políticas y militares para que reafirmen su compromiso con las normas del Derecho Internacional Humanitario, por las que se prohíbe el empleo con fines hostiles de los agentes biológicos, y trabajen juntos en el establecimiento de controles eficaces de la biotecnología potencialmente peligrosa;

— las comunidades científica y médica, a la industria y a la sociedad civil en general para que garanticen un control eficaz del conocimiento y los agentes biológicos potencialmente peligrosos.

En su llamamiento, el CICR también instaba a los Estados a que aprobaran, a un alto nivel político, una declaración sobre «Biotecnología, armas y humanidad», en la que se renovaría el compromiso con las normas vigentes y se contraería la obligación concreta de tomar medidas preventivas (82).

En definitiva, la intención del CICR es advertir a todos los Estados, y en particular a las Partes contratantes en el CAB, tal y como hizo ante la Quinta Conferencia de Revisión de este Convenio, que el plan de trabajo elaborado por dichas Partes no responde adecuadamente a las amenazas

(80) La Iniciativa cuenta con su propio portal en Internet en el sitio del CICR [www] COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA <http://www.cicr.org>, en la sección de temas.

(81) Poco antes de la emisión del llamamiento, el CICR celebró una reunión de expertos gubernamentales e independientes en Montreux, Suiza, en la que se debatió sobre los temas fundamentales en materia de biotecnología, armas biológicas, Derecho Internacional, ética y responsabilidad social. Los resultados de la reunión están disponibles en el sitio en Internet del CICR.

(82) El proyecto de declaración, que no ha sido aprobado por el momento, está publicado en el sitio *web* del CICR.

que plantean actualmente las armas biológicas, así como animarles a que adopten otras medidas más eficaces (83).

VII. NUEVAS ARMAS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En las páginas previas se ha puesto de manifiesto la plena aplicabilidad de la prohibición y las restricciones de Derecho Internacional en materia de armas biológicas a los nuevos agentes y armas biológicos que derivan de las biotecnologías modernas. No obstante, también se ha subrayado que las deficiencias de la regulación internacional en dicho campo han determinado que el CICR pusiera en marcha la *Iniciativa sobre biotecnología, armas y humanidad*. Estas deficiencias también hacen necesario recordar que, en todo caso, los Estados están obligados a respetar el Derecho Internacional Humanitario cuando estudian, desarrollan, adquieren o adoptan un nuevo medio o método de combate. Esta idea está perfectamente consagrada en el Derecho Internacional Humanitario, en concreto cabe recordar en este punto el artículo 36 del Protocolo I, precepto relativo a las armas, medios y métodos nuevos (84):

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

Es decir, los Estados Partes están obligados a establecer si el recurso a nuevas armas o medios o métodos de guerra es conforme al Derecho Internacional. La obligación se impone a cualquiera de las Partes contratantes, tanto en el supuesto de que dicha Parte desarrolle o fabrique por sí misma

(83) También en el sitio *web* del CICR puede consultarse la Declaración del CICR con motivo de la Quinta Conferencia de Revisión del Convenio sobre las armas biológicas.

(84) Sobre el precepto *vide* DAOUST, I. *et al.*, «¿Nuevas guerras, nuevas armas? La obligación de los Estados de examinar la licitud de los medios y métodos de hacer la guerra» *Revista Internacional de la Cruz Roja* 846 (2002). La versión electrónica de este artículo en español está disponible en el sitio en Internet del CICR [www] COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA <http://www.cicr.org>. Las citas se refieren a esa misma versión.

las armas, medios o métodos (85), como en el caso de mera adquisición o adopción de los mismos. Esta obligación implica jurídicamente que cada Estado Parte debe adoptar la legislación apropiada y los procedimientos adecuados para evaluar la licitud de las nuevas armas, medios y métodos de combate de conformidad con el Protocolo I o *cualquier otra norma de Derecho Internacional aplicable a dicha Parte* (86). Por tanto, cada Estado tiene que identificar, en primer lugar, los convenios internacionales en los que es Parte y que restringen o prohíben determinadas armas, medios o métodos de combate. Por lo que respecta a las nuevas armas biotecnológicas, son especialmente relevantes, el Protocolo de 1925 y el Convenio sobre las armas biológicas, examinados anteriormente.

En segundo lugar, cada Estado debe considerar las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario, que son aplicables en todas las circunstancias a las nuevas armas, medios y métodos de combate, incluyendo las armas biotecnológicas. Efectivamente, los tratados internacionales no cubren todas las cuestiones relevantes concernientes a la conducta de las fuerzas armadas durante las hostilidades, ni otros aspectos como las nuevas armas o medios y métodos de combate; en tales circunstancias, las normas consuetudinarias, reiteradas en numerosos convenios y avaladas por el Tribunal Internacional de Justicia (87), suplementan las normas codificadas, siendo aplicables en cualquier situación. La norma consuetudinaria básica en materia de conflictos armados es que el derecho de los combatientes a adoptar medios y métodos de guerra para derrotar al

(85) Habitualmente, los «métodos de combate» es una expresión que se identifica con el modo o la manera de emplear una determinada arma. El término «medios de combate» es sinónimo, para la mayoría de los autores, de «armas». Aunque el uso simultáneo en el artículo 36 de los términos «armas» y «medios de combate» añade una cierta confusión a la distinción indicada.

(86) Sobre la base de dicha evaluación, el Estado Parte autorizará, regulará o prohibirá el empleo de la nueva arma, medio o método en todas las posibles circunstancias de uso o solamente en alguna de ellas. Desde luego, dicha decisión no es vinculante para otros Estados. *Vide* DAOUST, I. *et al.*, «¿Nuevas guerras, nuevas armas?...», *supra* nota 84, pp. 2-3.

(87) En particular, en el párrafo 78 de su opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. La opinión está disponible como documento de la Asamblea General de las Naciones Unidas en NACIONES UNIDAS *Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, Doc. A/51/218, 19 de julio de 1996; también en el repertorio de la CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA *Legalidad de la amenaza y el empleo de armas nucleares, opinión consultiva de 8 de julio de 1996*, CIJ *Recueil* 1996 p. 226 y ss. Sobre la Opinión *vide* POZO SERRANO, P., «La licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares: la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996 (1997) 69 *Revista Española de Derecho Militar* pp. 249-280. También el número especial de la *Revista Internacional de la Cruz Roja* N°. 139, de enero-febrero de 1997.

enemigo no es ilimitado. Es decir, las necesidades militares deben armonizarse con las consideraciones de humanidad. De este principio general emanan una serie de principios subsidiarios que están en la base del resto del Derecho Internacional Humanitario. Dichos principios son habitualmente organizados en torno a las nociones de necesidad militar, proporcionalidad, discriminación o distinción, humanidad y la prohibición de armas que causan daños superfluos y males innecesarios. En ese sentido, en ausencia de una prohibición expresa, cualquier arma es considerada como ilícita, siempre y cuando no respete los principios generales y las reglas fundamentales del Derecho Internacional de la Guerra. Estas consideraciones son perfectamente aplicables a los nuevos agentes biológicos que derivan de las biotecnologías modernas. De hecho, los efectos indiscriminados de las armas biológicas novedosas y los sufrimientos superfluos que ciertos agentes biológicos, nuevos o ya conocidos, causan, o pueden causar, confirman que el empleo de los mismos es contrario a los principios fundamentales de Derecho Internacional Humanitario (88).

Finalmente, hay que mencionar la llamada «cláusula Martens». La cláusula fue claramente enunciada en el preámbulo del Convenio IV de La Haya de 1907 sobre las leyes y usos de la guerra terrestre, en el que las Partes hacen constar que «en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del Derecho de Gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública» (89). Este principio consuetudinario ha sido confirmado en numerosos convenios internacionales, por ejemplo, en el artículo 1.2 del Protocolo adicional I. Por lo que respecta al ámbito de las nuevas armas biotecnológicas, es interesante destacar que la propia Corte Internacional de Justicia ha afirmado que la cláusula es un medio eficaz para hacer frente a la rápida evolución de la tecnología militar (90). Por tanto, incluso en ausencia de normas convencionales aplicables, los ciudadanos y los com-

(88) Al margen de que, desde luego, son contrarios al Convenio sobre las armas biológicas, plenamente aplicable a los agentes biológicos derivados de las biotecnologías modernas, tal y como se ha argumentado anteriormente.

(89) La cláusula fue denominada a partir del nombre del delegado ruso en la Conferencia primera de La Haya, Fedor Fedorovitch Martens, quien redactó la cláusula que fue incorporada originariamente en el Convenio IV de La Haya de 1907. La cláusula ilustra las bases jurídicas y morales de las obligaciones humanitarias haciendo referencia no sólo al derecho, sino también a principios jurídicos y al sentimiento de humanidad.

(90) *Supra* nota 87.

batientes permanecen bajo la protección de las normas y principios de Derecho Internacional consuetudinario, del principio de humanidad y de los dictados de la conciencia pública (91).

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

A pesar de que el Protocolo de 1925 y el Convenio sobre las armas biológicas han contribuido de una manera significativa a la prohibición y a las restricciones en materia de armas biológicas, la regulación internacional de las mismas es claramente deficiente, en particular, las armas biológicas están escasamente controladas. A estas circunstancias se suman los riesgos que derivan de las biotecnologías modernas y la amenaza del bioterrorismo. En este contexto, parece inevitable que, en cualquier momento, las nuevas invenciones y los progresos biotecnológicos se empleen con fines militares u hostiles.

Ciertos sectores de la sociedad civil tienen una responsabilidad especial en la lucha contra los usos indebidos de las biotecnologías y los agentes biológicos; de manera particular, los científicos y los profesionales de la medicina, la industria farmacéutica y la industria biotecnológica. La adopción de códigos de conducta profesionales e industriales es un elemento fundamental en dicha tarea.

Pero la responsabilidad primordial para prevenir el eventual empleo de las nuevas armas biotecnológicas incumbe a las autoridades nacionales. Todos los Estados deben ratificar el Protocolo de 1925 y el CAB y adoptar las legislaciones estrictas que eviten los usos indebidos de los agentes biológicos y las nuevas tecnologías, incluidas las leyes penales apropiadas. Además, deben asegurar que los miembros de sus fuerzas armadas conocen y respetan la regulación sobre las armas biológicas y la prohibición de la guerra bacteriológica.

No obstante, los esfuerzos individuales de cada Estado no son suficientes. Es necesaria una tarea colectiva, basada en una estrategia multilateral, respetuosa del Derecho Internacional, efectiva y que incluya medidas estrictas, entre otras, un mecanismo eficaz de verificación. Frente al riesgo de atentados bioterroristas y la proliferación internacional de las

(91) *Vide* MERON, T., «The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience» (2000) 94:1 pp. 78-89; también CASSESE, A., «The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky» (2000) 11:1 1 *European Journal of International Law* pp. 187-216.

armas biológicas, incluidas las biotecnológicas, no caben las iniciativas unilaterales basadas en la amenaza de uso o el uso de la fuerza. Precisamente, el problema más relevante en el ámbito de la lucha contra el terrorismo internacional y la proliferación de las armas de destrucción masiva es la posible usurpación, por parte de una oligarquía de Estados poderosos, del poder normativo conferido a la comunidad internacional, cuando no, pura y simplemente, el peligro de que un Estado se arroge el papel de «policía» del orden internacional. Es decir, el problema de fondo es el permanente riesgo de la hegemonía de los intereses estratégicos sobre el Derecho Internacional. Asistimos a lo que puede denominarse una etapa «imperial» en las relaciones internacionales, pues una única superpotencia hegemoniza el orden internacional tras el fin de la política de bloques. Esa hegemonía se ha reforzado aún más tras los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, que han dado pie a una estrategia desplegada por la Administración Bush (y por los Estados que la siguen más o menos disciplinadamente) que monopoliza la política internacional en la esfera de la lucha contra el terrorismo internacional y la proliferación de armas de destrucción masiva. Estos objetivos no sólo se erigen en prioridad de la agenda política global, sino que constituyen el nuevo criterio con el que se juzga la legitimidad de las actuaciones de los agentes de la sociedad internacional y por consiguiente tienen unos efectos mayores de lo que podíamos pensar inicialmente sobre el orden y las relaciones internacionales, de un lado, y sobre el Derecho Internacional Público, de otro.

En ese sentido, se ha llamado la atención sobre la capacidad desestabilizadora —no sólo del terrorismo y la proliferación de las armas de destrucción masiva, sino también de la respuesta de los EEUU y ciertos aliados ante los mismos— sobre el orden y las relaciones internacionales, como se ha indicado, y sobre el propio Derecho Internacional Público, subvirtiendo ciertas instituciones jurídicas esenciales e imponiendo la necesidad de reformularlas. Por ello, es posible advertir ciertos cambios emergentes que se abren paso en esta nueva etapa y que están en relación con la estrategia de «guerra contra el terrorismo» y la proliferación de armas de destrucción masiva: la erosión de los derechos y libertades en aras de una mayor eficacia de las medidas antiterroristas, la ampliación de la noción de legítima defensa, que llega hasta el extremo de la «defensa preventiva» ante los «posibles» riesgos que derivan del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva o el debate en torno a las competencias del Consejo de Seguridad respecto al sistema de paz y seguridad.

Como hemos visto, todos estos problemas derivan directamente de la estrategia adoptada por los EEUU y una parte de la propia comunidad

internacional para hacer frente al terrorismo internacional y la proliferación de armas de destrucción masiva. Por ello, parece apropiado reiterar aquí la opinión vertida por numerosos expertos acerca de la urgencia de asumir un enfoque alternativo en el que conjuntamente con las medidas de lucha contra el terrorismo se aborde también las causas de fondo del mismo, una estrategia a largo plazo que considere la necesidad de adoptar medidas sobre la erradicación de la pobreza, justicia social, democracia y pluralismo político, la solución de conflictos en diferentes regiones del mundo, en particular, en Oriente Medio, o el respeto a los derechos humanos.

En estos momentos, no cabe sino expresar una seria preocupación por la dirección hacia la que parece orientarse el sistema internacional actual. En la actualidad asistimos a la coexistencia *contra natura* de una tendencia al fortalecimiento de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales en materia de cooperación en diferentes ámbitos con la tendencia a un amplio reconocimiento de que los Estados conservan ciertos espacios de acción unilateral en materia de empleo de la fuerza, que van más allá del sistema de la Carta de las Naciones Unidas y que se manifiestan crudamente en los ámbitos de la lucha contra el terrorismo internacional y contra la proliferación de las armas de destrucción masiva.

LA CONTRATACIÓN EXTERIOR DEL MINISTERIO DE DEFENSA

Miguel Sanabria Luengo
*Capitán de Intendencia
del Ejército del Aire*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. A) La contratación exterior en el TRLCAP. CAPITULO I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y MODALIDADES. 1. Delimitación conceptual. 2. Contratos comerciales internacionales. A) Definición y descripción. 3. Contratos acogidos al sistema de ventas en el extranjero del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica (FMS). A) La Política de asistencia a la Seguridad. B) Análisis de los instrumentos contractuales. C) La inversión de la posición de la Administración. 4. Modalidades contractuales de cooperación militar industrial. A) Definición. B) Contratos en el seno de la OTAN. C) Los Memorandos de entendimiento. CAPITULO II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MODALIDADES CONTRACTUALES. 1. Las exclusiones de la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas. A) Diferencias entre convenios y contratos. B) Convenios consecuencia del artículo 296 del TCE. C) Otras exclusiones. 2. Carácter Administrativo de los contratos comerciales. El carácter administrativo especial de los contratos FMS. A) El criterio legal de distinción. B) Naturaleza jurídica de los instrumentos de cooperación en material de industria militar. CAPÍTULO III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN EXTERIOR. 1. Normativa aplicable. A) Vigencia del RD 1120/1977. B) Usos y costumbres vigentes en el comercio internacional: La Ley UNCITRAL y su significación actual. 2. Régimen jurídico de los contratos comerciales. A) Los actos preparatorios. B) Precio y presupuesto. C) Selección del contratista. E) Las Garantías. F) Ejecución del contrato. G) Solución de Controversias: Inmunidad de jurisdicción y ejecución. H) Pago del precio. 3. Régimen jurídico de los MOUS. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCIÓN

La deficiencia tecnológica de nuestra nación en el campo de la industria militar obliga a recurrir a terceros países para la adquisición del material necesario para el cumplimiento de los fines que las Fuerzas Armadas tienen

encomendados constitucionalmente. Esta situación, supone por un lado la apertura al mercado mundial de la contratación pública, caracterizada en algunos sistemas como el nuestro como administrativa. Ello hace que no sea sólo conveniente sino también necesario la realización de un estudio con alcance metodológico propio del Derecho internacional privado. El desenvolvimiento de la actuación del Ministerio de Defensa en el ámbito del comercio internacional de armamento cristaliza en la conformación de un espacio transnacional de la contratación pública, revestido de unas particularidades que dotan al mismo de autonomía y reglas propias.

La determinación de su régimen jurídico, ha de pasar necesariamente por el análisis de la legislación especial aplicable y su vigencia, contrastándola con la normativa que regula los contratos denominados típicos o nominados. Dentro del citado análisis se pone de manifiesto la diferente postura que adopta la administración contratante, la merma en la ostentación de prerrogativas y si esta situación es compatible con los fines que se persiguen en la contratación pública.

En este mismo orden de cosas, destaca la escasa regulación de este sector de la contratación, no solamente a nivel nacional, sino también dentro del ámbito de la legislación europea.

Ello plantea dos cuestiones fundamentales, por un lado si lo que pretende el legislador es dotar de plena autonomía a este sector, o bien por el contrario situarlo dentro del ámbito de la contratación pública, bien que con un carácter especial, en el que convergen distintos tipos de derechos.

Por último, una vez determinado su régimen jurídico, resulta conveniente analizar las especialidades que se presentan dentro de las modalidades contractuales en este sector de la contratación pública, haciendo hincapié en el estudio de su naturaleza jurídica y, sobre todo, en la determinación del ámbito de competencia desde el punto de vista constitucional. Nos estamos refiriendo a la distinción entre convenio y tratado internacional, con las consecuencias que ello conlleva desde el punto de vista de la competencia para su realización.

El objeto final de este análisis no es otro que la determinación de los principios que inspiran la contratación exterior del Ministerio de Defensa, así como poner de manifiesto la escasa regulación de este sector, tanto en la legislación española como en la europea.

A) LA CONTRATACIÓN EXTERIOR EN EL TrLCAP

El Texto Refundido por el que se aprueba la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TrLCAP) aborda una serie de problemas, sin

duda, susceptibles de ser tipificados como de Derecho internacional privado, contemplando, siquiera tímidamente, el fenómeno de la contratación pública cuando entra en juego el elemento internacional. Este fenómeno tiene lugar en dos ámbitos diferenciados de la actuación contractual de nuestras Administraciones Públicas, definidos por la presencia del elemento extranjero nacionalidad o lugar de celebración y ejecución fuera del territorio nacional. Es decir, cuando estamos en presencia de cualquiera de estos dos elementos, el mencionado texto legal aborda problemas propios del Derecho internacional privado. Ahora bien la aparición de los mismos, es consecuencia de la existencia cada vez mayor de una contratación pública internacional.

Nos referimos tanto a la contratación que se desenvuelve en el territorio nacional, caracterizada por la participación de un contratista extranjero, como a aquella efectuada fuera de nuestras fronteras, con independencia del carácter nacional o extranjero de la parte que contrata con la Administración.

Y es que, si el fenómeno de la unificación internacional referida a la contratación pública, viene determinado por la apertura del mercado internacional de la contratación pública, la necesaria consecuencia del mismo es la existencia de una regulación específica en cuanto a las condiciones y requisitos necesarios para el acceso a los procedimientos de licitación, directamente condicionada en el caso español, por el proceso de integración acometido en el marco de la Unión Europea.

Se establece así, en la Ley interna española, una doble distinción entre contratistas nacionales y contratistas extranjeros, sometiendo a su vez a un régimen diverso el acceso de los contratistas de Estados miembros de la Unión, claramente privilegiados respecto de los del resto de los Estados, lo que en principio pudiera contradecir las normas contenidas en el Acuerdo sobre contratación pública de la Organización Mundial del Comercio.

Estas normas que existen en mayor o menor medida en todas las legislaciones nacionales de los Estados incursos en este fenómeno aperturista, están íntimamente conectadas con el contenido del Derecho internacional privado, en la medida en que determinan el goce o disfrute de determinados derechos por parte de las empresas. A título meramente indicativo, podemos destacar las normas internas españolas contenidas en el TrLCAP, relativas a publicidad, capacidad y solvencia económica de las empresas, clasificación y registro, así como las garantías exigidas para poder concurrir a los procedimientos de adjudicación abiertos y restringidos.

La intervención de una Administración pública determina una modulación sustancial del principio de autonomía conflictual, propio del Derecho internacional privado, que resulta aún más patente en los sistemas

como el español o el francés, partidarios de subsumir estos tipos contractuales bajo el Derecho Administrativo. Lo que implica, que la intervención de una Administración Pública en este tipo de contratación internacional, relaja las exigencias establecidas en la regulación de su contratación nacional, pero impide de alguna manera, el juego total de la autonomía conflictual que se da cuando las partes contratantes son particulares.

Esta calificación, consecuente con el régimen jurídico establecido para los mismos, en ocasiones se relaja, como en el caso español, ante los supuestos de contratación celebrada y a ejecutar en el extranjero. En efecto, el ordenamiento interno español, contiene, una regulación pormenorizada de unos tipos contractuales específicos y concretos, llamados contratos nominados. En definitiva, la consideración como contrato administrativo, de alguna de las figuras cuyo estudio proponemos, flexibiliza la aplicación del principio de la autonomía conflictual, en los supuestos de contratación realizada en el marco territorial español a pesar del elemento extranjero nacionalidad.

Idéntico postulado resulta predicable respecto de los contratos privados internacionales efectuados en territorio nacional. Y es que, no sólo los actos preparatorios y de ejecución aparecen regulados en las normas contenidas en la actual TrLCAP. En la reglamentación de fondo aparecen mezclados en distintas proporciones el Derecho administrativo y el Derecho privado.

Por otro lado, merece especial consideración, el tratamiento de los aspectos relativos a la solución de controversias derivadas de las figuras objeto de exposición, quizás tratadas de manera insuficiente en la actual Ley de Contratos. Esta insuficiencia de tratamiento, no obstante, tratará de ser completada mediante propuestas de soluciones más acordes con el carácter internacional de los tipos contractuales objeto de análisis y, en definitiva, con el ámbito en el que la actividad contractual de la Administración se desenvuelve: el del comercio internacional. La nueva regulación plantea problemas de competencia judicial internacional y de arbitraje.

Dentro ya de la contratación objeto de estudio de este trabajo, la contratación exterior del Ministerio de Defensa, la regulación contenida en el TrLCAP resulta insuficiente. En primer lugar, porque excluye de su ámbito de aplicación gran parte de las modalidades contractuales a través de las cuales se desarrolla este tipo de contratación. En segundo lugar, por la inseguridad en cuanto a la vigencia de la normativa contractual específicamente aplicable a estos contratos. El TrLCAP no se refiere a ella, por lo que cabe albergar alguna duda sobre su vigencia.

La incertidumbre que existe sobre el régimen jurídico aplicable comienza en el momento en que se analiza su naturaleza jurídica, cuestión que tampoco resuelve la citada ley de Contratos.

Con todo, hay que destacar que el TrLCAP constituye un hito en el tratamiento de la internacionalidad de la Contratación administrativa. Las modificaciones introducidas por la Ley 13/1995, Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como el art. 117, la habilitación de la introducción de normas y usos del comercio internacional en los contratos que sean consecuencia de la aplicación del artículo 296 del Tratado de Roma (TCE) y la flexibilización de los requisitos para la concurrencia de empresarios extranjeros a la contratación administrativa, constituyen factores que ponen de relieve la actual consideración del legislador hacia este tipo de contratación, cada vez más común fruto del proceso globalizador en el que nos hallamos inmersos (1).

CAPÍTULO I DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y MODALIDADES

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El concepto de contratación exterior del Estado, y en nuestro caso, del Ministerio de Defensa, se contraponen al de contratación interior. Ésta se antoja bien sencilla de definir a saber: se puede definir como aquella que se enmarca plenamente dentro de la legislación española, sea administrativa o civil. Contratación exterior será, pues, aquella que se extiende más allá del ámbito de aplicación de las leyes españolas y que, por lo tanto, en mayor o menor medida cae en el ámbito de una legislación extranjera, o dentro de una jurisdicción foránea.

¿Cuándo se produce este fenómeno? La respuesta más sencilla es la siguiente: cuando el contrato produce efectos jurídicos fuera del territorio nacional. Dos son los supuestos imaginables:

Que el contrato se celebre en territorio extranjero o

Que el contrato se celebre con una persona no residente (que en lo sucesivo, y por mayor facilidad de expresión «extranjero», recogiendo el supuesto más normal), y la prestación tenga lugar, en todo o en parte, en territorio extranjero.

(1) Sobre el artículo 117 del TrLCAP, que lleva por rúbrica «los contratos celebrados en el extranjero», puede verse el amplio comentario del que es autor FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, EMILIO en *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas* de Emilio Jiménez Aparicio (Coord.). Aranzadi - Thomson. 2.ª Edición. 2002. Págs. 1.071 a 1.115.

En ambos supuestos se produce, cuando menos, un conflicto entre dos o más ordenamientos jurídicos, aunque a la postre pueda resultar aplicable la legislación española.

El lugar de celebración del contrato, señalado como supuesto a) más arriba, sería por sí solo inoperante si no fuera unido a un hecho cierto, y si lo hace es porque la prestación contractual tiene lugar, en todo o en parte en el extranjero.

El fenómeno de la contratación exterior del Ministerio de Defensa al que se alude en el presente trabajo, toma como supuesto normal el de contratos entre el Estado español y los particulares extranjeros. Ahora bien, en numerosas ocasiones se presenta, o puede presentarse, el caso de que el particular extranjero es otro Estado u organismo público del mismo. Es en ese momento en el que se entra en una zona gris, en donde no aparece claramente delimitado el borde entre contrato y Tratado Internacional.

Por otro lado, la contratación exterior del Ministerio de Defensa y del Estado en general, se encuentra en un vértice de ordenamientos jurídicos: El Derecho Administrativo y el Derecho Privado, Civil o Mercantil; el Derecho Privado y el Derecho Internacional Público. De ahí que las tareas de delimitación conceptual del sistema jurídico en el que se desenvuelve la contratación exterior hayan sido vacilantes y poco claras, como se verá en las páginas siguientes.

Siguiendo el planteamiento de Werner Goldschmidt (2), lo primero que se observa es que la relación jurídica contractual entre un Estado soberano y un particular extranjero es una relación asimétrica, es decir, una relación en la que las partes no se encuentran en una misma situación jurídica de partida. El Estado es titular de las potestades inherentes a la soberanía: poder legislativo y poder reglamentario. El Estado goza de privilegios procesales tanto en el interior como en el exterior.

Pues bien, el ideal de justicia requiere convertir las relaciones jurídicas «asimétricas» en relaciones «simétricas», mediante la elaboración de los conceptos jurídicos precisos que otorguen a la parte contractual más débil las suficientes garantías frente a la más poderosa.

En eso, como afirma el profesor Saínz de Vicuña (3), y no en otra cosa ha consistido la legislación laboral (protectora del trabajador), la legislación administrativa (limitadora de las potestades públicas y creadora de los derechos subjetivos del administrado), la legislación arrendaticia (protectora del arrendatario), etc.. La normativa contractual pública parte del pre-

(2) GOLDSCHMIDT, W. «*State contracts: a methodological study*». 1972.

(3) SAÍNZ DE VICUÑA, A. «*La Contratación Exterior del Estado*». 1986 pag 18.

supuesto de que la Administración goza de una posición de preeminencia, que se justifica en la salvaguardia del interés general. Dicha posición se manifiesta en las prerrogativas públicas de que dispone la Administración en el contrato. El necesario reequilibrio de la posición jurídica del particular se consigue a través del reconocimiento del equivalente económico del contrato.

El segundo problema que surge en este tipo de contratación es el de la asimetría entre las posiciones que adopta nuestro Estado a la hora de celebrar contratos de suministro con potencias extranjeras en el campo de la tecnología militar. En estos casos, como ya veremos a lo largo de este ensayo, nuestra Administración se ve obligada a someterse a contratos de adhesión.

En cualquier caso, por mucho que los diferentes instrumentos contractuales establezcan cláusulas que equiparen las posiciones de las partes, el Estado en el momento en que se ve inmerso en este tipo de contratación se ve despojado en mayor o menor medida de las potestades que ostenta en la contratación nominada o típica. Ello obedece como se ha apuntado con anterioridad a la dependencia de nuestra nación en el campo de la tecnología militar, así como a la entrada en juego del Derecho Internacional privado, basado en el principio de paridad entre las partes.

Por tanto, se puede concluir que la contratación exterior del Ministerio de Defensa objeto de estudio en este ensayo es aquella que produce efectos jurídicos en el extranjero. Entran dentro de ella todos los contratos del citado Ministerio:

Que se celebren en territorio extranjero o

Que cualquiera que sea el lugar de contratación se celebren con una persona jurídica u organismo público extranjero y la prestación tenga lugar en todo o en parte en territorio extranjero.

Que el objeto del contrato sea el suministro de material militar.

Ahora bien circunscribiéndonos más al objeto de estudio de nuestro trabajo, estas circunstancias clarificativas del concepto de contratación exterior de la Administración militar, se presentan en unas modalidades contractuales concretas, que son las que a continuación van a ser analizadas. Básicamente podemos clasificarlas en tres grandes grupos:

a) Contratos comerciales con empresas extranjeras.

b) Contratos acogidos al sistema de ventas en el extranjero, del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica (FMS).

c) Instrumentos de cooperación industrial en materia militar con organismos y gobiernos extranjeros.

2. CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES DE SUMINISTROS MILITARES CON EMPRESAS EXTRANJERAS.

A) Definición y descripción

Se puede definir el contrato comercial internacional cuyo objeto sea la adquisición de suministros de carácter militar, como aquel que celebra la Administración militar con una empresa extranjera en territorio nacional y cuyas prestaciones tengan lugar, en todo o en parte, en territorio extranjero.

La primera aclaración que procede realizar al respecto, es que el término extranjero utilizado en la definición abarca tanto al territorio de la Unión Europea como al extracomunitario. No obstante, como luego se analizará al tratar el régimen jurídico de estos contratos, existen diferencias sustanciales en su regulación dependiendo de si la empresa en cuestión es comunitaria o no.

Los contratos comerciales, como cualquier otro contrato administrativo, nace como consecuencia de una necesidad, que en nuestro caso se trata de la adquisición de material militar. Este material militar debe estar comprendido en la lista establecida por la Decisión del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 15 de abril de 1958. Esta lista fue ampliada por la Directiva 80/767/CEE, sobre contratos de suministros, de 22 de julio de 1980 (4). Resulta necesario que el objeto de los contratos esté incluido dentro de esta lista, pues de lo contrario no estaríamos sino ante un contrato en el que una de las partes es extranjero, lo que no plantea ninguna dificultad de carácter jurídico.

La existencia de esta lista, como a lo largo de este trabajo analizaremos, tiene su causa o justificación en la excepción establecida en el artículo 296 del Tratado de Roma a la aplicación sus normas al sector de la defensa nacional de cada Estado. Esta norma fue desarrollada por la directiva 77/62/CEE de 18-8-1977, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro.

La necesidad a la que nos estamos refiriendo, debe ser elevada al órgano competente en materia de contratación administrativa en el ámbito del Ejército de que se trate. Para la determinación del citado órgano se estará a lo dispuesto en el Real Decreto 1437/2001 de 21 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de convenios, contratos y acuerdos técnicos en el ámbito del Ministerio de Defensa (5), así como en la Orden

(4) Ver DOCE 28/8/1980.

(5) Ver BOE núm.306, de 22 de diciembre de 2001.

DEF /941/2002, de 19 de abril, sobre delegación de competencias de autoridades del Ejército de Tierra, Armada y Ejército del Aire, en materia de convenios y contratos en el ámbito del Ministerio de Defensa (6).

Una vez determinado el órgano de contratación que ha de iniciar el expediente, se procederá a la redacción de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que han de regir el contrato en cuestión, así como el correspondiente pliego de prescripciones técnicas. Aprobados éstos comenzará el correspondiente procedimiento de adjudicación, que dadas las características del objeto del contrato se realizará por el procedimiento negociado sin publicidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 182 f) o c) de la LCAP (7).

Hasta aquí, desde el punto de vista jurídico no se aprecia ninguna diferencia con la iniciación y adjudicación de un contrato de suministro en lo que al régimen jurídico se refiere. No obstante, como se puso de manifiesto en la introducción, el material de que se trata y el carácter extranjero de la empresa licitante introducen diferencias sustanciales al régimen jurídico del contrato en cuestión. Sin ánimo de entrar en el análisis pormenorizado del régimen jurídico aplicable a estos contratos comerciales, que será objeto de los capítulos siguientes, sí conviene no obstante resaltar las características básicas y diferenciadoras de esta modalidad contractual.

Así, partiendo del objeto de estos contratos, nos encontramos con un mercado muy especial, el del material militar, que prácticamente es monopolístico. Esto implica que las reglas aplicables a estos contratos no son siempre las más ventajosas para la Administración. En primer lugar, la Administración no puede hacer valer todas las potestades que ostenta en la contratación nominada, debido fundamentalmente al carácter del mercado y en segundo lugar a la introducción de cláusulas que recogen normas y usos del comercio internacional.

Fundamentalmente estas normas y usos de comercio internacional tienden a la consecución de paridad en la posición de las partes. Las cláusulas a las que nos referiremos más adelante, afectan sobre todo a la forma de entrega y recepción del material, a la jurisdicción a la que se deben

(6) Ver BOD núm 87, de 6 de mayo de 2002.

(7) La letra f) del artículo 182, permite acudir a la adjudicación por procedimiento negociado sin publicidad en aquellos contratos que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296 del Tratado de Roma, que deba celebrar el Ministerio de Defensa con empresas extranjeras, cuando no existan empresas españolas capacitadas para ejecutarlo. Por otro lado, la letra c) del mencionado artículo 182 establece la misma posibilidad que el anterior apartado cuando a causa de la especificidad técnica tan sólo, pueda encargarse el contrato a un único proveedor.

someter las partes, a las garantías a prestar por el adjudicatario y al arreglo de controversias que surgen a lo largo de la vida del contrato. Todo ello, ha llevado a la lógica toma de medidas para el pago de estos contratos que por otro lado, presenta especialidades y ha sido objeto de regulación ad hoc.

3. CONTRATOS ACOGIDOS AL SISTEMA DE VENTAS EN EL EXTRANJERO DEL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (FMS)

A) La Política de la Asistencia a la Seguridad

Los contratos celebrados por nuestra Administración para la adquisición de material militar en el extranjero más importantes tanto desde el punto de vista de su número como de la cuantía de los mismos, son los celebrados con el Gobierno de los Estados Unidos a través del sistema de ventas en el extranjero (*Foreign Military Sales*) establecido por el mencionado Gobierno.

Su existencia data desde el reestablecimiento de nuestras relaciones bilaterales con dicha nación en 1952, tras el levantamiento del embargo acordado por Naciones Unidas al final de nuestra guerra civil.

Concretamente, con el recrudecimiento de la guerra fría entre los bloques existentes, los Estados Unidos ven en nuestra nación un aliado en el sur de Europa al que interesa dotar de armamento suficiente para contrarrestar la amenaza soviética en nuestra área geográfica.

A partir de la firma de los Acuerdos de Cooperación Militar de 1952, que incluían la cesión de terrenos para la instalación de bases americanas en nuestro territorio, comienza una relación comercial en el sector armamentístico que continúa en la actualidad.

La mencionada relación queda enmarcada dentro del desarrollo de la mencionada Política de Asistencia a la Seguridad del Gobierno Americano, como parte integrante de sus relaciones exteriores.

Desde el punto de vista legislativo (estadounidense), la mencionada política se ampara en dos normas fundamentales, la denominada Ley de Ayuda al Exterior (*Foreign Assistance Act*) de 1961 y la Ley de Control de Exportación de Armas (*Arms Export Control Act*) de 1976.

La definición más exacta de este tipo de asistencia o ayuda viene recogida en el primer texto legal mencionado. Así en su sección 502B titulada «*International Human Rights Defense*, Defensa Internacional de los Dere-

chos Humanos, la define como «el conjunto de actividades de asistencia militar, de apoyo económico, formación y adiestramiento militar y de pacificación tendentes al aseguramiento de los intereses norteamericanos en el exterior» (8).

La intención del Gobierno Norteamericano al promulgar este tipo de leyes, se centra en dar cobertura legal a un conjunto muy amplio de actividades a fin de poder desarrollar una política exterior eficaz (9).

La participación española en dichas actividades, se ha concentrado básicamente en las relativas a adquisiciones de material, si bien cada vez más se está participando en los referentes a servicios de mantenimiento de sistemas de armas..

B) Análisis de los instrumentos contractuales

La gestión y desarrollo de estos contratos, denominados «cases», suponen en la práctica un procedimiento complejo en el que destaca una situación jurídica y tácticamente predominante de una de las partes, el Departamento de Defensa Norteamericano (en adelante, DOD *Department of Defense*).

En primer lugar conviene aclarar la diferencia entre el Programa FMS y el «case FMS». Así, el programa puede desarrollarse a través de uno o varios «cases», cuyo objetivo final se concreta en la adquisición de un determinado sistema de armas, o en la mejora y alargamiento de la vida útil de uno ya existente (10).

El desarrollo contractual de este procedimiento de adquisición, viene determinado por el DOD, a través de la elaboración de normas de obligado cumplimiento, a saber (11):

(8) USA Deptment of Defense, *Security Assitance Policy and Procedures* 1991.

(9) La puesta en funcionamiento de la mencionada política de asistencia se ha concretado en la realización de una serie de programas a saber:

Programa de Financiación Militar al Exterior.

Creación de un Fondo de Apoyo Económico.

Programa de Adiestramiento y Educación Militar.

Operaciones de Pacificación.

Programa de Ventas Militares al Exterior.

Programa de Ventas de Construcciones Militares al Exterior.

(10) Como por ejemplo la actualización de la aviónica de los cazas F-18 A Hornet.

(11) Vienen establecidas en «*FMS Staataements and Procedures*» del DOD, cuya última actualización data de 1998.

— *Solicitud*

El proceso se inicia con la petición del Gobierno extranjero a través de la cumplimentación de la denominada *Letter of Request* (LOR) o solicitud. Esta fase no difiere en absoluto de lo que podría ser una petición de ofertas a un proveedor en un contrato de suministro. En principio, carece de valor contractual.

— *Documentos de carácter contractual*

Recibida por el DOD la petición, a través de la LOR antes analizada, procede al estudio de la viabilidad del suministro, valorando entre otras cosas la conveniencia de su realización atendiendo a razones políticas y de seguridad.

En caso de aceptarse la petición, el DOD emite la denominada LOA (*Letter of offer and Acceptance*), que contiene el verdadero contrato del suministro.

Este documento, va precedido de un acuerdo de intenciones, que en realidad es un instrumento por el que se ceden artículos a prueba, con objeto de determinar si es conveniente la adquisición por parte del peticionario. Resulta conveniente destacar que dicho acuerdo deviene vinculante si los bienes objeto de suministro superan las pruebas, objetivamente determinadas por ambas partes, para su definitiva adquisición.

Como se afirmó anteriormente el documento denominado LOA, constituye el verdadero contrato del suministro, constando de siete partes fundamentales, a saber:

- Obligaciones del Gobierno USA.
- Obligaciones del Gobierno comprador.
- Indemnizaciones y asunción de riesgos.
- Entregas de material.
- Términos y condiciones financieras.
- Garantías.
- Resolución de controversias.

— *Obligaciones del vendedor*

El Gobierno vendedor se obliga mediante dicho documento a hacer todo lo posible para poner a disposición del comprador el material solici-

tado en la cuantía inicialmente acordada. Es decir, éste cumple con la realización de todas las actividades necesarias para la realización del suministro, con independencia de que se lleve a cabo o no. Además, en la misma cláusula, el citado Gobierno vendedor se reserva el derecho a rescindir el contrato en cualquier momento, sin que el comprador tenga derecho a resarcimiento alguno, si concurren razones de seguridad nacional que aconsejen la citada resolución.

Como se puede apreciar las obligaciones del Gobierno Norteamericano son un tanto limitadas, lo que resulta lógico si se tiene en cuenta que el objetivo final es armar a terceros países.

— *Obligaciones del comprador:*

Aparte de la lógica obligación del pago del precio en los plazos acordados, existen otras relativas a la utilización del material así como las que afectan al derecho de propiedad de los suministros.

En primer lugar, el comprador se compromete a utilizar los artículos adquiridos para los fines acordados en la LOA, que en realidad se podrían denominar «fines impuestos».

Del mismo modo, el comprador se compromete a utilizarlos para los fines que figuren en cualquier tratado bilateral de asistencia de cualquier tipo distinto del anterior.

En este sentido, esta parte estará obligada a mantener las medidas de seguridad que prescriba el Gobierno USA, en cuanto al material declarado como secreto, siendo totalmente responsable de cualquier incumplimiento que se produzca a este respecto.

Las penalidades por el incumplimiento de estas obligaciones pueden suponer el cese de la contratación con dicho Gobierno de manera definitiva.

Como se puede apreciar, el derecho de propiedad de los suministros está limitado y sometido a un control posterior durante la vida útil de los mismos.

Dentro del capítulo de las obligaciones básicas que asume el comprador, destaca particularmente la imposición de la obligación que recae sobre éste de indemnizar al Gobierno Norteamericano por cualquiera de los daños causados por los siguientes motivos:

Daños o perjuicios que causen a cualquier material del DOD, con independencia de la concurrencia de culpa o negligencia por parte del comprador. Es decir, que si en el proceso de adquisición y puesta a disposición del comprador de cualquier bien objeto del contrato, el Gobierno Nortea-

americano causare daños a un tercero o a sí mismo, responderá de los mismos el comprador.

Esta cláusula que se puede considerar inicialmente como abusiva, es justificada por parte del DOD toda vez que el programa de ventas al extranjero del citado Gobierno tiene por objeto facilitar a las naciones amigas determinados bienes en el ámbito de la cooperación en materia de seguridad y en principio sin interés comercial alguno (12).

— *Garantías*

Las garantías a las que nos vamos a referir en este apartado, son aquellas que forman parte de la adquisición del material en cuestión, exigibles al fabricante. Así pues en general, se entiende que el DOD, exigirá en nombre del Estado comprador el cumplimiento de dichas garantías siempre y cuando no sea él mismo el fabricante. Cualquier coste que surja como consecuencia de esta exigencia será a costa del Estado comprador.

Es decir, la garantía es exigida por el DOD al fabricante y en caso de que coincida éste con el primero, no existirán. No obstante la función que cumplen estas garantías coincide plenamente con la determinada para la garantía definitiva en la contratación nominada, es decir tiene una naturaleza de pena convencional (13), cuyo objeto consiste en la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del contrato.

No obstante cabe destacar, en cuanto a la prestación de garantías se refiere, la obligación por parte del Estado comprador de la prestación de las mismas en el momento de la firma del documento LOA que como se señaló anteriormente se puede decir que es el verdadero contrato. Es decir se invierte la posición de la Administración pues es a ella a la que le corresponde la garantía del pago del contrato, participando éstas de la naturaleza de arras penitenciales en el sentido recogido en el artículo 1454 de nuestro CC, además de constituir un pago parcial del contrato en cuestión.

— *Resolución de conflictos*

De acuerdo con el contenido general de estos contratos, el Estado comprador se compromete a dirimir cualquier conflicto que surja en cuanto a la interpretación del contrato, únicamente entre las partes sin posibilidad

(12) Cfr con preámbulo de la Ley de Ayuda al Exterior (*Foreign Assistance Act*) de 1961.

(13) NUÑEZ MUNAIZ, R. «*Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*», 1996 pag 141.

de someterlo al enjuiciamiento de Tribunales internacionales ni a terceros de otro tipo.

De la presente exposición de las cláusulas de carácter general contenidas en este tipo de contratos, se puede apreciar una ausencia de paridad entre las partes, a favor del DOD, lo que implica una inversión de la posición de nuestra Administración con respecto a la que esta adopta en la contratación nominada, que será analizada a continuación.

C) La inversión de la posición de la Administración

El objeto de este apartado no es otro que el análisis de la inversión de la posición que adopta nuestra Administración en este tipo de contratos, es decir determinar en qué manera se separa este tipo de contratación de los principios generales imperantes en la contratación general y sus posibles consecuencias.

Antes de analizar la posición de la Administración en este tipo de contratos, conviene definir las potestades que asisten a la misma en el ejercicio de su actividad contractual.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 59.1 del TRLCAP, *«la Administración, dentro de los límites y con sujeción a lo dispuesto en la referida Ley, ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos»*.

Estas prerrogativas no son nuevas sino que han estado presentes en las dos leyes anteriores al actual TRLCAP. Ello obedece a que los actos que sean dictados por la Administración en el ejercicio de las prerrogativas aludidas se someten al régimen común de los actos administrativos. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diversas sentencias. El Alto Tribunal (14) considera que *«la Administración cuenta con un medio formal determinado para ejercitar sus derechos, que excede de las facultades propias de los sujetos privados, cual es el conocido como el privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva, en virtud del cual dicha Administración puede decidir sobre todos los aspectos que ofrece la relación contractual desde la perfección y validez del contrato, su interpretación y el modo, tiempo y forma de las prestaciones debidas por el contratista.»*

(14) Al respecto ver STS de 11 de febrero de 1980.

Del mismo modo, el mencionado Tribunal (15) afirma la presencia del principio de autotutela administrativa en el ejercicio de su actividad contractual: *«los contratos administrativos, precisamente por la vinculación de su objeto a una finalidad de interés general, aún obedeciendo a los mecanismos propios de la figura contractual introducen en ésta un conjunto de modulaciones, de entre las que destaca la aplicación del privilegio de la decisión unilateral ejecutiva. La Administración aparece así revestida de dicha prerrogativa siempre que persiga intereses públicos que le son propios, sin que pueda despojarse de ella ni siquiera cuando opera en un cauce contractual.»*

La vinculación del objeto de la contratación pública a una finalidad de interés general justifica la existencia de los mencionados privilegios a favor de la Administración contratante. Ello implica la adopción de una posición dominante frente al contratista, lo que significa el mantenimiento con toda firmeza del principio de *ius imperium* fijar el tope máximo del precio que la Administración está dispuesta a pagar por la contratación del servicio o suministro de que se trate; por consiguiente, el futuro contratista no podrá nunca rebasar en sus proposiciones dicho precio límite, pero sí en cambio rebajar el mismo según sus cálculos comerciales. Lo que no puede ser afectado, ya que ello conculcaría el mencionado principio, es presentar una proposición con precio indeterminado o condicionado, pues ello supondría la eliminación automática de la licitación.

La imposibilidad de contratar sin crédito, es asimismo otro principio fundamental que informa la contratación del Estado y ello como prueba de la seriedad y honestidad de la Administración al garantizar el pago de lo contratado; para ello, en todo expediente de contratación deberá existir el documento acreditativo de la existencia del crédito para llevar a cabo dicho pago.

Por último, especial importancia presenta la aplicabilidad del principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato. Por este principio se debe entender según el Tribunal Supremo (16): *«que el contratista conoce cómo en el desarrollo del contrato está expuesto a un riesgo, a un evento punible y dañoso y corre con el albur que todo ello implica, con conocimiento de su posibilidad y esperanza de que no suceda».*

La inclusión de este principio en el artículo 99 de la LCAP, implica que el contratista será responsable de la ejecución del contrato salvo que concurran causas de fuerza mayor que impidan su realización.

(15) Al respecto ver STS de 28 de septiembre de 1987.

(16) Al respecto ver STS de 31 de marzo de 1997.

De la presente exposición se puede deducir que la posición que adopta la Administración en los contratos objeto de análisis es de inferioridad con respecto a la que presenta el Gobierno Norteamericano.

Así, podemos destacar en este sentido las siguientes excepciones a los privilegios que ostenta la Administración en la contratación general y por ende a su posición en los contratos de que se trate.

Ante la necesidad surgida, la Administración acude al único proveedor existente, el DOD. En este momento, la aplicación del principio de libre competencia y no discriminación deviene inaplicable, si bien queda plenamente justificada su exclusión por razones obvias al ser único el posible proveedor.

Si bien la necesidad va acompañada de un pliego de cláusulas administrativas particulares y del correspondiente pliego de prescripciones técnicas, el verdadero contrato a diferencia de lo establecido en diferentes sentencias del Tribunal Supremo, lo constituye la LOA, documento que como se analizó anteriormente, en cuya redacción no interviene apenas la Administración contratante. Ello conlleva el establecimiento de cláusulas a las cuales ésta se adhiere, perdiendo por tanto la posición dominante que ostenta en la contratación general de la Administración.

El objeto del contrato está limitado, en tanto en cuanto las obligaciones que asume el DOD, se limitan a hacer todo lo posible para poner a disposición del solicitante el material objeto del contrato. Constituye ésta una obligación genérica, cuyo incumplimiento es muy difícil de probar, pues no se establecen parámetros de lo que se entiende por «hacer todo lo posible».

En su parte tercera relativa a asunción de riesgos en la ejecución del contrato, la LOA invierte el principio de riesgo y ventura, recayendo éste totalmente en el Estado solicitante.

Esta inversión se manifiesta especialmente en el momento de la recepción del suministro de que se trate, de tal suerte que la puesta a disposición del material objeto del contrato, se entiende realizada bien en la fábrica donde se ha construido el material, bien en el puerto o aeropuerto de salida. A partir de ese momento la parte compradora asume todos los riesgos que puedan afectar al suministro en cuestión. Esta circunstancia se presenta de igual manera en los contratos comerciales en los que se haya pactado una entrega EX WORKS o FCA.

El derecho de propiedad sobre el material adquirido está limitado tanto en su utilización como en lo que se refiere a su posible enajenación posterior. En el propio contrato la parte compradora se compromete a no enajenar el material objeto del contrato sin autorización del Gobierno norteamericano. Del mismo modo el mencionado instrumento contractual recoge el compromiso por parte del adquirente de no utilizar el material contra

determinados países aliados de los Estados Unidos que se señalan en el propio documento o bien quedan pendientes de designación.

Con carácter general, los precios indicados en la LOA son estimativos y sujetos a variaciones. El compromiso que adquiere el DOD en cuanto al precio se refiere, se limita a realizar sus mayores esfuerzos para mantener el precio inicialmente pactado, lo que implica en definitiva una cierta indeterminación del precio final. Asimismo, cualquier gasto en el que incurra el citado organismo en la ejecución del contrato será objeto de indemnización por parte del Estado comprador.

El contrato FMS, está sometido a las Leyes americanas específicamente aplicables al contrato, así como al Derecho general estadounidense.

De la misma manera, la parte contratante acepta la resolución de cualquier conflicto que surja en la ejecución del contrato de una manera bilateral o interpartes excluyendo explícitamente el arbitraje o el sometimiento de la disputa a cualquier tribunal de carácter internacional.

Como se puede apreciar en esta esquemática exposición, la posición que adopta el DOD —de hecho— es una posición de fuerza, lo que implica una auténtica excepción a la posición que adopta nuestra Administración en la contratación típica.

La desigual postura que adopta nuestra Administración en este tipo de contratos responde a la dependencia tecnológica que en el sector de la industria de Defensa padece nuestra nación desde hace décadas. Soluciones para cambiar esta situación jurídica y económica son posibles. De hecho los acuerdos de cooperación en esta materia con otros países del ámbito europeo, así como el reconducir las adquisiciones que en la actualidad se llevan a cabo a través del sistema FMS, hacia contratos comerciales directamente con las empresas fabricantes, suponen en la práctica una mejora de las condiciones de contratación y, por ende, de la posición de nuestra Administración.

No obstante, la justificación desde el punto de vista jurídico de la adopción de esta posición viene de la mano del ya reiterado Real Decreto 1120/1977, en cuyo preámbulo ya se reconoce la dependencia tecnológica española en este sector de la industria y, por tanto, la falta de cobertura legal de este tipo de contratos por parte de la legislación general.

4. MODALIDADES CONTRACTUALES DE COOPERACIÓN MILITAR INDUSTRIAL

A) Definición

En este epígrafe se van a analizar los instrumentos de cooperación en materia de armamento y material militar que se lleva a cabo entre nuestra

nación y otras extranjeras, cuyo desarrollo se efectúa bien en el ámbito de las distintas organizaciones internacionales de seguridad de las que España forma parte, o bien directamente entre los distintos Estados.

El hecho de que la cooperación se desarrolle de una manera u otra, tiene consecuencias jurídicas de importancia en tanto en cuanto su régimen jurídico varía sustancialmente.

Dentro de las dos posibilidades aludidas, cabe distinguir, por un lado, la adquisición de material a través de las distintas agencias pertenecientes a la Organización del Tratado del Atlántico Norte y, por otro, los diferentes acuerdos entre Estados que se desarrollan al margen de las normas dictadas por esta Organización, denominados *Mous* (*Memorandums of Understanding*).

Ambos instrumentos de cooperación persiguen la misma finalidad que no es otra que la adquisición de material militar en las mejores condiciones para los distintos países intervinientes. Difieren en principio de las modalidades contractuales analizadas anteriormente, tanto en la forma como en el contenido y por el régimen jurídico aplicable a su ejecución.

B) Contratos en el seno de la OTAN

La primera fórmula de cooperación enunciada, es decir la adquisición a través de las distintas agencias logísticas integradas en la OTAN, deriva de la participación española en la citada organización.

La procedimiento de utilización de las citadas agencias está regulado en la Directiva de procedimientos nº 251 de la Agencia logística NAMSA (*NATO Agency for Maintenance and Supply Acquisitions*), cuyo objeto es determinar y establecer los procedimientos de adquisición a través de la citada agencia y al mismo tiempo definir la forma de implantación de los mismos.

El objetivo principal de la NAMSA no es otro que conseguir los precios más favorables para el material de aprovisionamiento y servicios de carácter militar. A través de la citada Agencia se ponen en contacto los distintos Gobiernos miembros de la OTAN, para hacer compras de gran volumen y de esta manera obtener mejores precios. En la actualidad, nuestro país participa en la Agencia mencionada con un 3,12% del volumen total de las operaciones.

España utiliza este sistema de abastecimiento desde el 1 de enero de 1985, momento a partir del cual se somete sin reservas a las Directivas y textos básicos de la NAMSA. La mencionada Directiva 710 fue informa-

da positivamente por parte de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa, mediante informe de fecha 22 de diciembre de 1986. En el citado informe se pone de relieve que la contratación informada estaba exceptuada de la aplicación de la Ley de Contratos del Estado, Texto articulado aprobado por Decreto 932/1965, de 8 de abril, por su artículo 2º punto 5º, considerando que este tipo de contratación habría de regirse por lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 1120/77 de 3 de mayo regulador de la contratación de material militar en el extranjero.

En la actualidad este tipo de contratación queda también excluida de la aplicación del actual TrLCAP, en virtud de lo expuesto en su artículo 3.1 apartado i), según el cual quedan excluidos del ámbito de la citada Ley «los contratos y convenios efectuados por el procedimiento específico de una organización internacional».

Teniendo en cuenta, lo anteriormente expuesto, el régimen jurídico aplicable vendría dado por el contenido del RD 1120/1977 tantas veces mencionado, así como por las normas internas de la cooperativa logística.

Con respecto a la forma de participación de cada país miembro de la OTAN en las contrataciones que se realicen a través de esta agencia, resulta conveniente destacar las siguientes modalidades:

— *Asociaciones de Apoyo (western System Partnership-WSP)*

Esta modalidad de cooperación consiste en la asociación y constitución de grupos de países miembros de la OTAN, que trabajan de una forma conjunta bajo un acuerdo formal suscrito por todos ellos y aprobado por el Comité de Dirección de la NAMSA con el objetivo final de gestionar el apoyo logístico de un determinado sistema de armas que poseen todos ellos.

Las oficinas de programas de la citada agencia son las responsables de proporcionar el apoyo logístico a las WSP, si bien ésta última es la que controla el funcionamiento de aquella.

— *Conferencias de apoyo (support conferences)*

Estas conferencias constituyen grupos de expertos que trabajan como órganos asesores del comité de dirección para proponer soluciones e implementar instrucciones de índole práctico relacionadas con el apoyo logístico de un sistema de armas o de un programa específico.

La carta de la NAMSA define la logística cooperativa como la totalidad de disposiciones bilaterales y multilaterales destinadas a optimizar el apoyo logístico de modo racional (17). Su objetivo es utilizar las economías de escala para lograr ahorros y aumentar la eficiencia en las adquisiciones. La progresiva reducción de los presupuestos de defensa de los países miembros de la Alianza Atlántica están auspiciando el interés en la utilización de estos procedimientos. La NAMSA con funciones protagonistas en este campo, está desarrollando en la actualidad distintos programas en el sentido indicado, que son genéricamente conocidos como:

Nato logistics Stock exchange, cuyo objeto principal consiste en desarrollar herramientas de gestión logística, que basadas en los más modernos usos empresariales y en la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones, permitan cumplir con los requerimientos nacionales de los sistemas de armas comunes. Este programa se desarrolla a través de tres sistemas:

SHARE (*stock Holding and Asset Requirement Exchange*), que consiste en el establecimiento de un inventario virtual con objeto de predecir el consumo global de un determinado artículo para todos los usuarios en el seno de la OTAN, a partir del tratamiento de datos de consumo de cada nación. Este sistema considera todos los inventarios de todos los países implicados, como único inventario de la Organización.

COMMIT (*Common Items Materiel Management system*). El siguiente paso a realizar en la cadena logística, consiste en el establecimiento de una gestión única para los artículos comunes utilizados por más de un país miembro de la Alianza. La ventaja de dicho establecimiento radica en la reducción drástica de las existencias en los inventarios nacionales y por ende de las correspondientes inversiones, con lo que obviamente se reducirán también los riesgos de mantener los posibles excesos.

PROFIT, el último paso consiste en el establecimiento de un canal de comercio electrónico que ligue al productor del material y al consumidor del producto de defensa. En este proceso interactivo, los peticionarios introducen sus necesidades y las industrias contestan presentando sus ofertas.

En cuanto al procedimiento de adquisición se refiere, como se señaló con anterioridad, el objetivo de NAMSA consiste principalmente en conseguir los precios más favorables en la adquisición del material de aprovisionamiento y servicios relacionados con el mismo.

(17) Al respecto ver el ANEXO I de la Carta de la NAMSA. (BOE 15/1/1985).

La oferta más favorable que se ajuste a los requisitos técnicos y criterios de garantía de calidad estipulada en la propuesta de solicitud (RFP), serán aceptados con independencia de la fuente de obtención a nivel nacional.

El procedimiento de contratación más utilizado, está inspirado en el principio de la competitividad internacional. La NAMSA adquiere material a través de concursos cuya normativa se encuentra regulada en los denominados reglamentos de contratación de la misma agencia (18). Dentro de estos reglamentos se recoge el principio denominado balance de producción, según el cual se debe favorecer a la industria de aquellos países miembros cuyas aportaciones a los presupuestos de la NAMSA sea mayor. España en la actualidad participa con una cuota que supone el 3.5%.

A tenor de lo expuesto cada país es clasificado en alguna de las siguientes categorías:

- Mejor ubicado.
- Peor ubicado.
- Ubicación deficiente.

En principio el precio de las ofertas sobre artículos predefinidos de iguales características tiene un valor preponderante, si bien, la clasificación enunciada resulta definitiva. Por otro lado, conviene señalar que salvo raras excepciones, existe una limitación geográfica ceñida a las industrias de los países miembros de la OTAN, para poder concurrir sus industrias a estos procesos concursales.

En cuanto al iter del ciclo contractual se refiere, desde el punto de vista de la agencia el proceso se inicia con la recepción de una solicitud de material por parte de un Estado miembro. Para ello se debe confeccionar un documento normalizado de petición y entrega, directamente por el organismo que efectúe la petición (19). La Agencia iniciará el procedimiento de contratación realizando una búsqueda de otros interesados en la misma adquisición. Continuando con la creación de cualquiera de las asociaciones contractuales mencionadas con anterioridad.

A partir de ese momento y una vez delimitada la participación de cada país en la adquisición. La agencia procederá a la solicitud de las ofertas aplicando los criterios definidos en el párrafo anterior.

El resultado del procedimiento de adjudicación se plasmará en un documento contractual entre la agencia NAMSA y el proveedor de que se

(18) Al respecto ver Anexo II de la Carta de NAMSA, documento MC 86/2.

(19) El documento en cuestión es el 225-1 de la NAMSA publicado en el *General Procedures guide book* de la citada Agencia de 1999.

trate (20). Las normas que regirán dicho contrato son las establecidas en la propia carta de la agencia y sus anexos, a las que expresamente deben someterse los proveedores. Con carácter general la solución de discrepancias y conflictos entre las partes quedan encomendados al Tribunal de arbitraje de la Haya (21).

La entrega y transmisión de la propiedad del material solicitado por los distintos países se realiza de acuerdo con lo establecido en el anexo II de la carta de la NAMSA, con independencia de los procedimientos y sistemas de recepción que establezcan los países asociados.

En el plano interno, es decir en la tramitación nacional de este tipo de adquisiciones, el procedimiento que se sigue resulta muy simple y reducido.

En primer lugar, siguiendo los principios de la LCAP, aunque no resulte directamente aplicable, como veremos a la hora del análisis de su régimen jurídico, la necesidad surgida da origen a la creación de un expediente.

El expediente de contratación se iniciará por el órgano competente de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 1437/ 2001, de 21 de diciembre, sobre desconcentración de facultades en materia de contratos y convenios en el ámbito del Ministerio de Defensa. A pesar de existir esta desconcentración de facultades del Ministro de Defensa y del Secretario de Estado de Defensa en los Jefes de los mandos militares relacionados en el citado Real Decreto, en este tipo de expedientes al ser consecuencia de la aplicación del Real Decreto 1120/1977, el Secretario de Estado tiene reservada la facultad de dictar la orden de proceder.

Para que la misma tenga lugar resulta imprescindible la confección y remisión al citado órgano de una memoria justificativa de la necesidad así como de la propuesta de contratación a través de la Agencia.

Al expediente se incorporará la solicitud del Ministerio de Defensa a la agencia y cuantos documentos de interrelación con la agencia vayan surgiendo.

Las recepciones de material se realizarán en la medida de lo posible de acuerdo con las normas establecida en la LCAP al respecto. Ahora bien, no se debe perder de vista que el contrato lo gestiona y suscribe la Agencia, lo que implica que cualquier reclamación sobre el material objeto del contrato se realizará a la Agencia y no al contratista directamente.

(20) Resulta especialmente significativo que la contratación del material se realizará en nombre y por cuenta de la Agencia, según lo establecido en el artículo 10 (a) de la carta de NAMSA.

(21) Cláusula de arbitraje recogida en el anexo II de la carta de la NAMSA.

En cuanto a los aspectos financieros se refiere, la financiación de estos contratos se realizará de acuerdo con las normas de funcionamiento de la Agencia que dividirá los costes del mismo entre los estados participantes.

En este punto resulta necesario puntualizar que las aportaciones económicas para atender la participación del Ministerio de Defensa en estos contratos se llevarán a cabo de acuerdo con el Real Decreto 2122/1993, sobre pagos en el extranjero para compras de material militar, que deriva de la existencia misma del ya reiterado Real Decreto 1120/1977.

C) Los Memorandos de entendimiento

El segundo instrumento de cooperación mediante el cual nuestro Ministerio de Defensa adquiere material de guerra se denomina memorando de entendimiento.

El Memorando de Entendimiento (MOUS) término procedente del inglés «*Memorandum of Understanding*», se pueden definir como acuerdos escritos entre Gobiernos o entre un Gobierno y una Organización internacional, firmado por representante autorizado.

Los principales fines que cumplen los citados instrumentos son los siguientes:

- Obtener acuerdos eficaces en los programas de cooperación en materia de armamento.

- Ser un medio rentable para la consecución de sistemas y programas de interés mutuo.

- Favorecer la confianza mutua entre los países y las industrias.

- Poner en común recursos para alcanzar objetivos comunes con menor coste económico.

- Establecer políticas generales y recíprocas sobre investigación y desarrollo, producción, adquisición y apoyo logístico.

En realidad, estos instrumentos se materializan en unos acuerdos entre las distintas naciones participantes para la realización de un proyecto en común. En los propios acuerdos se crean órganos directores de los programas que van a desarrollarse, encargados del control, gestión y seguimiento de los mismos. Son precisamente esos órganos directores los que dictarán, de común acuerdo entre sus miembros, las normas que habrán de regir los diversos instrumentos contractuales que se generarán durante la vida del proyecto.

Piénsese que tanto la duración del proyecto como las necesidades que van a surgir durante su ejecución no son conocidas de antemano. Estos

acuerdos generales serán a su vez, por tanto, fuente de multitud de contratos de naturaleza muy distinta que van desde la adquisición de material hasta contratos laborales del personal que trabaja al servicio del proyecto.

Por otro lado, cabe destacar que tanto el lugar de celebración de los contratos derivados de los acuerdos generales como su lugar de ejecución varía atendiendo a la nacionalidad de los distintos gobiernos participantes.

En cualquier caso, siempre se realizarán los contratos en nombre y por cuenta del órgano directivo que se crea ad hoc para la gestión y dirección del proyecto.

El acuerdo general o MOU propiamente dicho presenta una estructura normalizada en la que se diferencian las siguientes partes (22):

a) Memoria justificativa, en la que se explican los objetivos del proyecto a grandes rasgos.

b) Índice de materias del acuerdo.

c) Definiciones de términos empleados y abreviaturas, con referencias a otros acuerdos y documentos que sean de aplicación.

d) Objetivos y ámbito de aplicación, en los que se describe la naturaleza y los objetivos propios del programa en sus distintas fases si las hubiere. Además se incluye en este epígrafe el grado de compromiso en la participación de cada uno de los firmantes

e) Organización estatal. En este epígrafe se establece la estructura organizativa básica del programa y los derechos y obligaciones de cada participante. Asimismo se especifican las responsabilidades generales conjuntas en relación con la política, directrices, control y supervisión del programa por medio de una organización ad hoc como es un Consejo de Administración y un Comité de dirección de programas.

f) Organizaciones industriales. En este apartado se establecen las estructuras industriales necesarias para la consecución del programa, en la que se especifican claramente las obligaciones genéricas de los contratistas colaboradores.

g) Necesidades de información. En este punto se declaran los informes periódicos a confeccionar por los distintos participantes, su idioma y periodicidad mínima.

h) Relaciones contractuales. En este punto, clave para el desarrollo del programa se especifican las relaciones entre los distintos países y la organización así como entre ésta y la industria implicada.

(22) La estructura descrita se encuentra en el libro de «apuntes de logística» de la Jefatura de Estudios del Centro de Estudios Superiores de Intendencia de la Armada, de difusión limitada.

i) Reparto de costes. Donde se establece la cuota de participación entre los distintos países.

j) Retirada y extinción del acuerdo. Se establecen las normas para entrar y salir del programa así como la duración del acuerdo y la extinción de las relaciones jurídicas derivadas del mismo.

k) Solución de conflictos. Por último se establece la forma de solución de conflictos generados durante la ejecución del acuerdo. Los contratos derivados del mismo están sujetos, salvo pacto en contrario a estas reglas, que como norma general no someten las disputas que pudiera haber a ningún Tribunal internacional ni siquiera a los nacionales de los participantes mismos, sino que las soluciones vienen dadas tras las consultas entre los participantes representados por los Directores nacionales.

En el plano interno, es decir desde el punto de vista de la tramitación administrativa de estos programas en España, comienza como cualquier otro expediente con la elevación al órgano correspondiente de una necesidad. Se debe distinguir si estos acuerdos contienen obligaciones económicas o no. Si la respuesta es afirmativa, con carácter previo a la iniciación del expediente contractual se exige la incoación de un expediente de gasto, que se iniciará por parte del Secretario de Estado de Defensa, quien tiene atribuida dicha potestad en virtud de lo establecido en el ya mencionado el Real Decreto 1437/2001, sobre desconcentración de competencias en materia de contratos y convenios en el ámbito del Ministerio de Defensa.

Una vez iniciado el correspondiente expediente de gasto, se procederá a la realización de la intervención y fiscalización correspondiente por parte de la Intervención General del Ministerio de Defensa. Concluirá con la aprobación del gasto por parte del Ministro, salvo que el acuerdo prevea gastos que abarquen más de una anualidad, que es lo más común, en cuyo caso la aprobación corresponderá al Consejo de Ministros según lo preceptuado en los artículos 61 y 74.4 de la Ley General Presupuestaria.

Es en este punto, precisamente donde se manifiesta más claramente la calificación que hoy por hoy las autoridades españolas otorgan a este tipo de instrumentos. Así, la aprobación del gasto y la consiguiente autorización de firma que tiene encomendada el Consejo de Ministros para estos instrumentos, según lo establecido en el Real Decreto 1437/2001 y el artículo 74 de la LGP, ponen de manifiesto la asimilación de estos instrumentos con los convenios de colaboración. No obstante y sin ánimo de entrar directamente en el análisis de su naturaleza jurídica, objeto de capítulos posteriores de este ensayo, aparentemente existen diversas diferencias entre éstos y los convenios de colaboración. Entre ellas, la primera que salta a la vista es sin duda el hecho de que en su regulación los convenios

de colaboración se entienden entre administraciones públicas y no entre gobiernos. Por otro lado, estos instrumentos aunque en puridad participan de las características propias de los convenios de colaboración, también son fuente de contratos de todo tipo que ya no son propiamente convenio y que sin embargo desde el punto de vista del gasto público que conllevan, son tratados de igual manera.

Por otro lado, y siguiendo en el nivel puramente interno relativo a la tramitación de los mismos, desde el Ministerio de Defensa se han establecido normas internas para la regulación y tramitación de MOU s, concretamente la Orden Ministerial Comunicada 53/1997 de 24 de septiembre sobre coordinación de actividades que generan relaciones bilaterales o multilaterales con terceros estados u organizaciones internacionales y la norma guía de mayo de 1990 emitidas por la Dirección General de Política de Defensa (23).

La tramitación concreta de los distintos contratos generados por el MOU, siguen las normas emanadas de los órganos directivos enunciados con anterioridad, si bien se puede afirmar que en cuanto a las recepciones de los materiales en cuestión objeto de los mismos, y el régimen de pagos, se siguen las normas generales sobre contratación administrativa general como en el caso de los contratos FMS y con las agencias de la OTAN.

Vemos pues que la presencia de los principios generales que inspiran la contratación administrativa general están presentes en la regulación de estos instrumentos aun cuando su régimen jurídico está excluido de la LCAP.

Precisamente, es éste uno de los problemas que se van a analizar a continuación, en el capítulo dedicado a la naturaleza jurídica de las modalidades contractuales objeto de estudio. Y es que la determinación de su naturaleza jurídica no resulta fácil de acometer y por ende su régimen jurídico, ya que inicialmente se aprecia que estos instrumentos participan de la naturaleza jurídica de los convenios, concretamente de los celebrados en virtud del artículo 296 del TCE. Pero también presentan caracteres propios de tratados internacionales. A su vez son fuente generadora de contratos de suministro y de otro tipo. La naturaleza jurídica de estos contratos derivados tampoco se aprecia nítidamente. Todo ello, carecería de importancia si no tuviese repercusiones, especialmente en lo que a la solución de controversias y a su régimen jurídico se refiere.

Estas cuestiones son las que precisamente se van a tratar y analizar en los capítulos siguientes.

(23) La OMC 53/1997 de 24 de septiembre se publicó en el BOD nº 252 de 30 de septiembre de 1997.

CAPÍTULO II NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MODALIDADES CONTRACTUALES

1. LAS EXCLUSIONES DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A) Diferencias entre convenios y contratos

Las exclusiones enunciadas en el artículo 3.1d) de la TrLCAP, originan no pocos problemas a la hora de determinar la naturaleza jurídica de los contratos ahora objeto de estudio y, por ende, su régimen jurídico. Así el citado precepto bajo la rúbrica *negocios y contratos excluidos* declara fuera del ámbito de la LCAP a «los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales». Asimismo, excluye también del ámbito de aplicación de la Ley a los **«convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea»**.

Aparentemente, la TrLCAP trata a los contratos como un negocio jurídico distinto del convenio. Con lo cual, la primera tarea que debemos abordar será la de examinar las posibles diferencias entre ambas figuras con objeto de poder encuadrar los contratos ahora objeto de estudio en alguna de ellas y así determinar si a la vista de lo establecido por la Ley están o no excluidos de su ámbito de aplicación.

Como señala Bassol Coma (24) la distinción entre convenios y contratos surge en el ámbito de los Derechos francés y belga, como fenómeno ligado a la evolución de los denominados contratos de Derecho Público, que en el tránsito de un Estado abstencionista a otro intervencionista, amplían el campo original de los contratos administrativos, dirigidos a la satisfacción inmediata de las necesidades, fundamentalmente de aprovisionamiento, de la Administración, al nuevo ámbito de actuación del sector público, la gestión económica y la regulación de los mercados. Convenios y contratos —en sentido estricto— son modos o variantes de un mismo

(24) BASSOLS COMA, M. «Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público», en Revista de Administración Pública, núm 82, Ene- Abr. 1977 pags 78 y ss.

genus, el de los negocios jurídicos bilaterales. En efecto, es nota común a convenios y contratos el ser consecuencia de una manifestación de voluntad, reguladora de situaciones jurídicas implicadas (libertad de pactos); la característica distintiva, por el contrario, radica en que frente al modelo clásico de los contratos en que se da un antagonismo patrimonial en las prestaciones de las partes, los convenios responden a la idea de **colaboración** en la consecución de un fin común.

El punto clave estaría —continúa el autor— «*en el significado de las declaraciones de voluntad implícitas en los convenios que al responder a la nueva realidad de la colaboración, carecen en su objeto del significado obligacional y patrimonial característico del contrato clásico*» (la cursiva es nuestra).

Esta distinción se plasma, en fin, en la propia denominación de una y otra figuras, para las que se resucita la diferenciación de Derecho Romano entre convenio, mero acuerdo que no genera acción ni produce vínculo obligatorio, y contrato, donde aquel contenido se encuentra presente (25).

En cualquier caso, como afirma el citado autor, el interés público del fin común que determina la idea de colaboración y la presencia de uno o varios entes jurídico-públicos como partes en el negocio da lugar a que los convenios, al igual que los contratos administrativos, se encuentren englobados en la categoría amplia de los contratos de Derecho Público, hallándose sometidos en su regulación al Derecho Administrativo.

Partiendo de estas características esenciales de la naturaleza de los convenios, es posible establecer un cuadro de similitudes y diferencias entre los contratos y más concretamente los administrativos, y los convenios:

Como similitud esencial, la existencia de una concurrencia negocial de voluntades ajena a la imposición propia de los actos administrativos.

También comparte con los contratos administrativos el dirigirse a la satisfacción común de una necesidad pública.

En cuanto al objeto, frente al intercambio de prestaciones patrimoniales, servicios o cosas por precio, característico de los contratos, incluido los administrativos, en los convenios de acuerdo con el fin de cooperación que les es propio, se contraponen una obligación de comportamiento, actividad o conducta, no a un precio cierto, sino a una compensación o concurso financiero público, que puede materializarse en la aplicación de exenciones o bonificaciones tributarias.

(25) PANIZO GARCÍA, A. «*Régimen Jurídico de los Convenios de Colaboración*». Obra conjunta 1996. pp. 926-927.

Mientras el contrato administrativo es una fórmula de reclutar colaboradores o cooperadores para una actividad administrativa de modo que el contratista gestiona o participa en el cumplimiento de los intereses propios de la Administración, el convenio es una forma de realización de una función pública que, a diferencia del contrato, ora es común y compartida por ambos contratantes públicos, desde la respectiva esfera de sus competencias (convenios de colaboración del apartado 1 c) del art. 3 de la LCAP), ora se cumple mediante la realización de una actividad propia del particular conviniente, en cuyo cumplimiento concurre una razón de interés público (convenio de colaboración del apartado 1 d) del mismo artículo de la Ley) (26).

En opinión de Panizo García (27), se pueden definir los convenios como «aquellos negocios jurídicos bilaterales, celebrados por un ente jurídico público con otros entes jurídico-públicos o con personas físicas o jurídicas, sometidas a derecho privado, regulados por el derecho administrativo, que en virtud de la presencia de predominante de la idea de colaboración en la consecución de un fin común de interés público, se encuentran excluidos del régimen general que para los contratos de la Administración establece la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sometándose a un régimen jurídico especial designado en la propia Ley».

Por otro lado, existen otras opiniones doctrinales al respecto, que aportan cierta claridad a la diferenciación entre ambas figuras negociales. Así como señala Rodríguez de Santiago (28), «tanto en las relaciones entre Administración y ciudadano, como en las que se entablan entre Administraciones Públicas, la designación de un acto jurídico con conceptos como los de «convenio», «concierto», «acuerdo», «protocolo» o alguno semejante, muchas veces pretende justamente, más que remitir a un determinado régimen jurídico, evitar un pronunciamiento expreso sobre la precisa naturaleza de aquellos que se sitúa bajo esos términos...y se ha demostrado que bajo la ambigua terminología del convenio, del concierto se esconden no pocas veces resoluciones administrativas necesitadas de aceptación por parte de su destinatario o normas con un especial procedimiento de elaboración. En otras ocasiones, no obstante, sí que debe admitirse la existencia de verdaderos contratos.»

(26) MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S. «*El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*». 1996 pp 120-123.

(27) Op cit 24.

(28) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. «*Los convenios entre Administraciones Públicas*» 1995 pags 95 y 96.

En rigor, se puede afirmar, como así lo hace Gómez de Mercado (29) que los convenios no son contratos, aunque con éstos integran una categoría más amplia, la del negocio jurídico. Así, Osorio Morales (30) significa (bien que en relación con un problema diferente) que «las normas y principios que rigen los negocios jurídicos bilaterales son generalizables y aplicables a los contratos, pero existen otros principios y normas exclusivamente aplicables a los convenios.»

En cualquier caso, y con independencia del valor que a las voluntades de las partes debe conferirse y, en concreto, si de la mencionada concurrencia de dichas voluntades hay que concluir que estamos ante un verdadero contrato, es una cuestión que no se puede responder a partir, exclusivamente, de que el ordenamiento o las partes se valgan del término «convenio». Y tampoco el pago del precio es definidor del contrato frente al convenio como pone de manifiesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (31).

Hay que estar, por tanto, a la naturaleza jurídica de los derechos y obligaciones contenidas en el negocio jurídico para determinar la calificación del mismo como contrato o como convenio. Lo que resulta verdaderamente relevante, a efectos de determinar si los contratos objeto de estudio están o no excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones, es el hecho de que la voluntad del legislador se plasma en la diferenciación de estas dos categorías negociales, excluyendo de su ámbito de aplicación a los convenios comprendidos en la letra d) del apartado 1 de su artículo 3.

B) Convenios que sean consecuencia del artículo 296 del TCE

La exclusión enunciada en la letra g) de su artículo 3.1 de la LCAP, relativa a los convenios que sean consecuencia de la aplicación del artículo 296 TCE resulta particularmente importante a la hora de analizar la naturaleza jurídica de los contratos objeto de este trabajo. Así, el mencionado artículo 296, antiguo artículo 223.1. establece:

(29) GÓMEZ DE MERCADO, F. artículo «*Los Convenios Administrativos y otras relaciones excluidas de la legislación de contratos de la Administración.*» Revista de Derecho Administrativo junio 1996.

(30) «*Notas para un teoría general del contrato.*» Revista de Derecho privado, diciembre de 1965, pag 1073.

(31) Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 3/1997, de 10 de noviembre.

«1. Las disposiciones del presente Tratado no obstarán a las siguientes:
Ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación sea contraria a los intereses esenciales de su seguridad;

Todo estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones o material de guerra; estas medidas no podrán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.

El Consejo por unanimidad y a propuesta de la Comisión, podrá introducir modificaciones en la lista que estableció el 15 de abril de 1958, de los productos sujetos a las disposiciones de la letra b) del apartado 1.»

El mencionado precepto fue desarrollado por la Directiva 77/62/CEE sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. En opinión de Martín Urrea Salazar a propósito de esta exclusión ya introducida por la Ley 13/95, «...nuestro texto legal excluye de su ámbito de aplicación a los convenios que sean consecuencia de la aplicación del artículo 223.1b) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, la LCAP no se refiere pues a los contratos incluidos en este sector, expresamente excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas Comunitarias, sino a los convenios.» (32).

Considerando, por tanto, que el Ministerio de Defensa podrá utilizar discrecionalmente tanto la institución contractual como la los mencionados convenios para la adquisición del material amparado por el artículo 223.1.b), actual 296.

Es decir, en principio se puede afirmar que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, los convenios de todo tipo que integren la producción y comercio de armas, municiones y material de guerra, con fines estrictamente militares y más concretamente aquellos que se refieran a la relación de material de guerra y similares incluida en la Resolución del Consejo de Comunidades Europeas de 15 de abril de 1958 y Directiva del consejo 93/36/CEE de 14 de junio de 1993.

Esta exclusión, en opinión de Torres Viqueira (33) o es una auténtica obviedad, o supone una aportación sustancial en el ámbito de la contratación militar. Si sólo se refiere a los convenios de colaboración para la pro-

(32) URREA SALAZAR, M.J «*La Contratación Internacional de las Administraciones Públicas*», 1999 pp 120-121.

(33) TORRES VIQUEIRA, E. «*Elementos procedimentales de la contratación Militar*» 2001, pp 445-446.

ducción y el comercio de armas, municiones y material de guerra, se convierte en una reiteración del párrafo anterior, pues allí se comprenden, como excepción a la aplicación de la Ley, todos los supuestos de convenios de colaboración, cuando sea la colaboración el verdadero objeto del convenio; y en consecuencia están incluidos los de carácter militar.

Si bajo el término «convenios» se comprende toda suerte de pactos, acuerdos y conciertos que versen sobre la producción y comercio de armas, municiones y material de guerra, y no sólo los de colaboración, estaríamos ante una exclusión sustancial que abarcaría a cualquier tipo de negocio jurídico bilateral, incluido naturalmente el contrato.

Al respecto, una vez más, existen consideraciones a favor y en contra de esta última posición.

Así, por un lado, se debe considerar que la exclusión tiene su origen en la habilitación del tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en la que no se hace alusión alguna a los posibles negocios jurídicos que «la producción y comercio de armas, municiones y material de guerra pudieran generar».

En este sentido, la exclusión es genérica, y vale por tanto para convenios y contratos. Cabría la interpretación de que la medida interna adoptada por la Ley española distingue los supuestos convenios-excluidos de la Ley- y de contratos- no excluidos-; pero esta posición supone una discriminación no justificada. En efecto, si la razón de la exclusión radica, como bien expresa el Tratado, en la protección de los intereses esenciales de su seguridad, no se comprende que tales intereses resulten protegidos en los convenios y no así en los contratos. A mayor abundamiento, téngase en cuenta que los negocios jurídicos de producción y comercio, hacen referencia en nuestro ordenamiento jurídico contractual, a figuras típicas y nominadas de contratos (suministros de fabricación o de adquisición; servicios de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes), que difícilmente pueden ser encajados en el modelo de convenios.

Por otro lado, las normas que integran el Derecho contractual comunitario, concretamente las Directivas 93/36 y 92/50 recogen la exclusión del artículo 296 (antiguo 223) del Tratado, referida a los contratos de suministros y servicios. La obligada trasposición de su contenido al Derecho interno abogan por la inclusión del término de «contrato» en el genérico de «convenio», o por lo menos, constituyen una referencia obligada para interpretar que los contratos de suministro, asistencia y de servicios, cuyo objeto verse sobre «armas, municiones o material de guerra», identificados en la lista que aprobó el Consejo, están excluidos del régimen ordinario de la contratación pública.

Para García de Enterría (34) «en la misma letra d) y de una forma un poco asistemática, se ha incluido un tipo de contrato excluido que nada tiene que ver con los convenios de colaboración»: **Los contratos y convenios (típicos) que sean consecuencia del artículo 223.1b) del Tratado de la CEE....** Parece que hay que concluir que a este específico sector de la industria y el comercio de material bélico la Ley no es aplicable en ninguna de sus disposiciones, sin duda por razones de seguridad de la Defensa.»

Por su parte Asís Roig (35) considera que el ámbito cubierto por la excepción del artículo 3.2.1d) de la Ley no sólo afecta a la contratación militar exterior, sino también a la celebrada o ejecutada en territorio nacional. No obstante, dicha excepción al proyectarse sobre la totalidad del comercio con fines militares, es evidente que cubre los contratos de suministros, instalaciones, servicios y asistencia técnica relativos al armamento.

Como consideraciones en contra el propio Torres Viqueira (36) apunta lo siguiente: «la exclusión formulada respecto de los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado de Roma, no parece, a la luz de la Ley, una excepción general y absoluta que comprenda a todo tipo de contrato administrativo». Para apoyar esta postura el citado autor resalta las diferentes alusiones que contiene el texto legal a los contratos que sean consecuencia del contenido del artículo 296, como el artículo 182f) entre otros. Esto es, si la LCAP excluyera de su ámbito de aplicación tanto a los convenios como a los contratos, carecería de sentido que posteriormente entrase a regularlos.

Por su parte, Miranda González (37) considera en cierta medida coincidiendo con Torres Viqueira, que al contrario de la fiel adaptación que nuestra Ley va haciendo de las directivas comunitarias, en los contratos a los que se refiere el artículo 223.1.b) (actual 296) del Tratado de Roma, se ha apartado de la disposición comunitaria, adoptando una posición ecléctica, ya que si bien no ha aceptado la exclusión total de la Ley de Contratos, tampoco los incluye en su totalidad y acude para ello a la figura de los convenios que se autorizan a llevar a cabo al margen de la misma. La consecuencia, continúa el autor, no es otra que la de que el Ministerio de Defensa está autorizado para celebrar contratos relativos al material com-

(34) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Curso de Derecho Administrativo, Tomo I.»1993 Citado por Torres Viqueira en «Elementos Procedimentales de la Contratación Militar»2001 pp 443-444.

(35) *Ibidem* pp-444-445.

(36) *Ibidem* pp. 445-446.

(37) MIRANDA GONZÁLEZ, J. «La Contratación de las Administraciones Públicas». 1995 pp 232-233.

prendido en el artículo 296, y al mismo tiempo, evidentemente llevar a cabo un convenio, al margen de la Ley de Contratos, como por ejemplo con Santa Bárbara, Izar etc., lo que «viene a legalizar situaciones que hasta ahora estaban más o menos al margen de la ley».

Como se puede apreciar, la cuestión no es pacífica, sin embargo parece acertado pensar que la intención del legislador va dirigida a someter al ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones a los contratos que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado de Roma, dejando al margen de la misma a los convenios. Esta afirmación está plenamente justificada a tenor de lo dispuesto en el artículo 175.2 de la LCAP que establece que se regirán por esta Ley «los contratos de suministro que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296 TCE, que celebre el Ministerio de Defensa con empresas extranjeras, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional» (38). En el mismo sentido se redacta para el supuesto de contratos de servicios, el artículo 210i) de la LCAP.

Por lo expuesto se puede afirmar que estaremos, en lo que los llamados contratos comerciales se refiere, ante verdaderos contratos administrativos y no ante convenios, lo que tiene relevancia en lo relativo al régimen jurídico aplicable.

Sin embargo, la determinación de si estamos ante convenios o contratos en las restantes modalidades contractuales se refiere, plantea no pocos problemas con idénticas consecuencias que los anteriores.

C) otras exclusiones

Por último, en la letra i) del punto primero del citado artículo tercero del TRLCAP, se excluye del ámbito de aplicación del mismo texto legal a los contratos y convenios que efectuados por el procedimiento específico de una organización internacional. Como se puso de manifiesto anteriormente una de las modalidades contractuales utilizada por el MINISDEF, es

(38) El texto del artículo art. 175 modificación introducida por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, establece que «Los contratos que se celebren con empresas extranjeras de Estados no pertenecientes Comunidad Europea cuando su objeto se fabrique o proceda de fuera del territorio nacional y los de suministro que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296 del Tratado de Roma que celebre la Administración Militar con empresas extranjeras, se regirán por la presente Ley, sin perjuicio de lo que se convenga por las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes del comercio internacional.

precisamente las compras de material a través de cooperativas logísticas en el ámbito de la OTAN. Dichas adquisiciones se desarrollan con sujeción a la normativa interna de la citada organización y por tanto al margen de la regulación contenida en el TRLCAP.

2. CARÁCTER ADMINISTRATIVO DE LOS CONTRATOS COMERCIALES.

EL CARÁCTER ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE LOS CONTRATOS FMS

A) El criterio legal de distinción

De la lectura del artículo 5 del TRLCAP se deduce la existencia de tres tipos de contratos que pueden celebrar las Administraciones Públicas: contratos administrativos, privados, mixtos y especiales. Para la Ley son contratos administrativos nominados *«aquellos cuyo objeto directo conjunta o separadamente sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 26 del artículo 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos»*.

En relación con los contratos administrativos especiales, la Ley de Contratos de 1995 recogió la doctrina del Tribunal Supremo que había interpretado la noción de «servicio público» utilizada por la Ley de Contratos de 1965 para calificar el contratos como administrativo como «cualquier actividad que la Administración desarrolle para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia» esto es, toda actividad «que se refiera al tráfico o giro específico del órgano administrativo que celebre el contrato» (39).

En efecto, con la actual dicción legal «se ha ampliado el campo de la de los contratos administrativos especiales, pues la vinculación al giro o tráfico de la Administración contratante, la tratarse de una mera vinculación y no de una pertenencia estricta, permite incluir en esta categoría aquellos contratos que afecten al concreto interés público perseguido por la Administración de que se trate» (40).

(39) Al respecto, ver STS de 16 de mayo y de 16 de octubre de 1996.

(40) Al respecto ver Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 5/96, de 7 de marzo.

Por otro lado, el apartado tercero del mencionado artículo 5 utiliza un criterio residual para calificar los contratos como privados «los restantes contratos celebrados por la Administración.....». Entre el listado de contratos privados que la propia Ley recoge, y en concordancia con lo previsto en el apartado primero de este precepto, se consideran como contratos de este tipo, además de los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento, y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, los contratos de seguros y bancarios y de inversiones y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

En opinión de Moreno Molina (41), el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo manifiesta la clara tendencia a calificar como administrativos, por la finalidad e interés general subyacente, el destino de los elementos intervinientes en la contratación y la aplicación amplia de concepto del interés general y servicio público subyacente (42).

Una vez expuesto el criterio legal que determina el carácter administrativo de los contratos celebrados por la Administración, procede analizar la naturaleza jurídica de los instrumentos contractuales objeto de estudio.

En primer lugar, como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, las tres grandes modalidades contractuales a través de las cuales el Ministerio de Defensa adquiere el material necesario para el cumplimiento de sus fines en el exterior, se concretan en los denominados contratos comerciales, contratos acogidos al sistema de ventas en el extranjero y otros acuerdos de cooperación industrial en materia de defensa.

Los contratos comerciales, ya definidos como aquellos celebrados entre la Administración militar y una empresa extranjera, cuyo objeto consiste en la adquisición de material de defensa procedente a su vez del extranjero, aparentemente encajarían en la descripción contenida en los artículos 5 y 172 de la LCAP, lo que nos permitiría calificarlos como contratos típicos de suministro o fabricación. Sin embargo, la introducción del elemento extranjero en la relación contractual, los otorga un cierto carácter «especial» dado el régimen jurídico aplicable. Hasta tal punto puede llegar esa separación, como más tarde analizaremos al tratar sobre el mismo, que incluso su regulación puede separarse de la contenida en el TrLCAP. Todo depende del grado de introducción de normas y usos del comercio internacional que en cada caso se produzca.

(41) Ibid- pag 85.

(42) Al respecto ver STS de 10 de marzo de 1999.

En cuanto a las otras dos modalidades contractuales objeto de análisis se refiere, se debe distinguir por un lado, los contratos acogidos al sistema de ventas en el extranjero del gobierno de los Estados Unidos de América (FMS) y, por otro, el resto de modalidades de cooperación en materia de industria militar.

Ciertamente, en el supuesto de los contratos FMS, su origen se encuentra en la celebración del Tratado de Cooperación Hispano Americano de 1952. No obstante, a nuestro juicio se debe distinguir entre el Tratado u acuerdo en si mismo considerado, que por supuesto queda excluido del ámbito de aplicación de la LCAP y por otro lado, los contratos derivados del mismo.

¿Ante qué tipo de contratos estamos? ¿Cuál es su naturaleza jurídica?

Para dar respuesta a estas preguntas, parece lógico acudir al origen de la regulación de los mismos.

El esfuerzo codificador de la reforma de la LCE determinó, junto con otras circunstancias de carácter más coyuntural, el afloramiento de un régimen especial de contratación en el exterior: la contratación militar en el extranjero. Su régimen jurídico básico se encontraba dominado por dos criterios de exclusión directa de la LCE:

la prevista en el artículo 2.3: *«las operaciones que celebre la Administración con los particulares sobre bienes y derechos cuyo tráfico resulte matizado en virtud de disposiciones legales, o sobre productos intervenidos, estancados o sobre productos intervenidos»* (43).

La establecida en el artículo en el apartado 2.6 de la LCE: *«Los contratos del Estado que se celebren y ejecuten en el extranjero»*.

En cuanto a la primera exclusión, es cierto que no alcanzaba a la totalidad de los contratos militares sino aquellos contratos que se refirieran a este tipo de bienes y en cuanto a generadores de una específica problemática militar, los relacionados con el armamento.

En ambos casos, el régimen jurídico resultante tiene como rasgo común que los referidos contratos y negocios jurídicos seguirán regulándose por sus normas específicas, aplicándose los principios de la Ley para resolver las dudas que pudieran plantearse.

La existencia de una regulación específica no se produciría hasta la publicación del Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo sobre contratación militar en el extranjero, desarrollado por la Orden ministerial de 16 de

(43) Al tiempo de dictarse la reforma de la LCE, el carácter de bienes de tráfico intervenido se fundamentaba en el Decreto de 27 de diciembre de 1944, de Reglamento de Armas y explosivos.

junio de 1977, que con posterioridad será completada con un régimen jurídico específico para el pago de obligaciones derivadas de estos contratos en el extranjero contenido en el Real Decreto 2122/1993, de 3 de diciembre, de Gestión financiera de determinados fondos destinados a la adquisición de material y servicios complementarios en el exterior, que constituye su actual régimen.

Las principales características de esta regulación residen en los siguientes puntos:

Su ámbito de aplicación no coincide completamente con el ámbito de aplicación propio y específico de la contratación en el extranjero, previstos en la derogada LCE y su normativa de desarrollo, ya que contempla — es más constituye el tipo regulador— el contrato celebrado con un gobierno u organismo público extranjero, sin acepción del lugar donde se ejecute el contrato.

La regulación de los mencionados contratos se concentra en: a) la atribución a la autoridad militar de la competencia para la celebración de estos contratos, sin perjuicio de la información que deba facilitar a otros ministerios interesados; b) el establecimiento de un procedimiento específico de pagos mediante el mecanismo de pagos a justificar o la utilización de créditos documentarios como mecanismos de garantía del precio del contrato, y c) normas relativas a la recepción del material.

Como se expondrá más adelante, esta normativa no ha sido expresamente derogada ni por la Ley 13/1995 ni por el actual TrLCAP.

En la exposición de motivos del propio Real Decreto 1120/1977, ya se pone de manifiesto la exclusión de estos contratos de la entonces vigente Ley de Contratos del Estado cuando dice textualmente: *«Las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa no contemplan en su totalidad las circunstancias y problemas que se plantean con motivo de las relaciones jurídicas que en determinados casos surgen, para conseguir la máxima eficacia del contenido de los tratados y acuerdos suscritos con otros Estados, tanto por el objeto del contrato, como por la naturaleza del contratista».*

Siguiendo la distinción realizada por la doctrina entre Convenio y contrato ya expuesta en el epígrafe anterior, todo parece apuntar a que estamos en presencia de verdaderos contratos. Si bien estos contratos presentan las particularidades de que las partes implicadas son Gobiernos de Estados soberanos. Cabe por tanto, plantearse si este tipo de contratos entra dentro del ámbito de aplicación de la actual Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o, por el contrario, estamos ante la exclusión enunciada en el artículo 3.1e) del citado texto legal, en cuyo caso no tendría sentido dilucidar sobre la naturaleza administrativa de los mismos.

Por otro lado, la regulación que hace nuestro ordenamiento de los tratados internacionales no alcanza a los contratos entre Estados, dado que los tratados constituyen manifestaciones por escrito de voluntades concordantes imputables a dos o más sujetos de Derecho Internacional, de la que se derivan derechos y obligaciones para las partes según las normas de derecho internacional.

Esto quiere decir que el régimen jurídico de los tratados internacionales viene determinado por las normas de Derecho Internacional, mientras que los contratos o acuerdos aun con otros Estados u organizaciones internacionales, es la voluntad concordante de las partes dentro de los márgenes que a las mismas impongan los ordenamientos internos de cada una (44).

En efecto, el Derecho de Tratados ha surgido en una etapa de la evolución de la Humanidad que podemos calificar de «liberal» desde una perspectiva política y económica, es decir con Estados que limitaban su concepto y su acción a una idea de funciones de soberanía; la relación entre un Estado y los demás implicaba siempre un dar y recibir político, y de ahí una primera perspectiva: toda relación convencional entre Estados era un tratado internacional, cualquiera que fuese su denominación.

A medida que los Estados han asumido responsabilidades en el campo de la economía, y a medida que ha ido creciendo el intervencionismo del Estado en todos los campos, han ido apareciendo relaciones de otro tipo entre ellos, no catalogables bajo el epígrafe de «tratados».

Ni el Derecho interno ni el Derecho internacional permiten establecer una distinción conceptual clara entre contratos y tratados, aplicable a todos los supuestos.

No obstante la afirmación anterior, teniendo en cuenta el enunciado de la exposición de motivos del Real Decreto 1120/1977, la razón de ser de esta norma es precisamente, la cobertura legal de determinados aspectos no contemplados por la entonces vigente LCE para el logro de los fines contenidos en los acuerdos y tratados suscritos por nuestra nación. Es decir, quizá sea aquí donde más claramente se distingue entre los tratados y acuerdos por un lado, y los contratos derivados de los mismos por otro.

Bajo esa premisa, la definición naturaleza jurídica de estos contratos vuelve a plantearse. Por un lado, entonces y bajo la vigencia de la LCE estos contratos estaban excluidos de su ámbito de aplicación. Por otro lado, si estamos ante verdaderos contratos y no acuerdos ni tratados, en principio quedarían dentro del ámbito de aplicación de la actual Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Sin embargo, tanto su objeto, material mili-

(44) SAÍNZ DE VICUÑA, A. «*La contratación exterior del Estado*». 1986 pp-90-92.

tar y de seguridad, como el carácter de la otra parte contratante, un gobierno, introduce especialidades que los distinguen de los contratos nominados y por tanto no parece que la LCAP contemple totalmente su regulación aunque no los excluya absolutamente de su ámbito de aplicación.

Estaríamos por tanto, en presencia de contratos administrativos especiales a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.2b) según el cual *son contratos administrativos especiales aquellos cuyo objeto sea distinto de los enunciados en el párrafo anterior*; en nuestro caso el objeto es el material militar adquirido a un gobierno extranjero, «*que tengan naturaleza especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante por satisfacer de forma directa una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley*».

Es decir, la Administración mediante estos contratos satisface una necesidad específica de su competencia la adquisición de material militar, pero a través de la contratación del mismo con gobiernos extranjeros, concretamente con el gobierno de los EEUU.

Por otro lado, la propia LCAP no contempla este supuesto, y sí el que la otra parte sea una empresa. En este último supuesto la diferencia que existe con respecto a los contratos nominados es simplemente la introducción de normas y usos del comercio internacional pactados entre las partes, mientras que en los contratos FMS estamos ante unos verdaderos contratos de adhesión a unas cláusulas que nada tiene que ver con las prácticas de comercio internacional.

Por tanto, se puede concluir que los contratos FMS, son verdaderos contratos administrativos, si bien revisten un carácter especial tanto por la razón de su objeto como de la otra parte contratante, un gobierno.

No son contratos comerciales propiamente dichos, pues la otra parte es un Gobierno y no una empresa. Por otro lado, el Tratado de Cooperación contempla la posibilidad de la existencia de ayuda militar, pero no especifica la forma.

De acuerdo con el artículo 7 de la LCAP estos contratos se regirán por sus propias normas con carácter preferente, que en nuestro caso, como más adelante se analizará se tratará del Real Decreto 1120/1977 y normas de desarrollo.

B) La naturaleza jurídica de los instrumentos de cooperación en materia de industria militar

Dentro de las distintas modalidades de cooperación en materia de industria militar analizadas en este trabajo, destacan por su singularidad

los contratos celebrados en el seno de la agencia de la Organización del Tratado del Atlántico Norte para la cooperación en materia de adquisición de suministros y servicios de mantenimiento.

Este tipo de contratos están expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la LCAP al estar incluidos en el apartado 1, letra i de su artículo tercero.

Los elementos definidores de estos contratos coinciden plenamente con las causas de exclusión establecidas en el propio texto de la LCAP. Así como se puso de manifiesto en su descripción, nuestra nación se adhirió a la carta fundacional de la NAMSA, agencia encargada de la gestión de este tipo de contratos. En la citada carta además se establece un procedimiento específico de contratación al cual debe acudir cada una de las naciones miembro.

Queda claro que estamos ante un tipo de contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, lo que no obsta para que tanto en su tramitación interna como en aquellos aspectos que no estén totalmente recogidos por la propia Carta de la NAMSA y sus procedimientos de desarrollo, se apliquen las normas generales de contratación administrativa.

A su vez, existen normas reguladoras especiales para la realización de los pagos que sean consecuencia de estos contratos, que por otra parte son comunes a todas las otras modalidades analizadas en este trabajo.

Se puede afirmar, por tanto, que estamos ante contratos o convenios derivados de procedimientos específicos de una organización internacional y por tanto sometidos en gran manera al derecho internacional público.

Por último, la naturaleza jurídica predicable de los instrumentos denominados MOUS, resulta a priori fácil de determinar. Son convenios, acuerdos entre gobiernos que no derivan necesariamente de un tratado internacional previo y cuya razón de ser estriba en la necesidad de la puesta en común de los conocimientos tecnológicos que cada uno de los países contratantes tiene en el campo militar, con el objeto final de conseguir un nuevo sistema de armas o el mantenimiento y modernización de uno existente. Estos acuerdos, cuya frecuencia en cuanto a su celebración se refiere es cada vez mayor, participan de la naturaleza de los convenios consecuencia del artículo 296 del Tratado de Roma y por tanto están expresamente excluidos del ámbito de aplicación del TrLCAP. Cabe no obstante preguntarse si estamos ante este tipo de convenios o si en ocasiones pudiéramos estar ante verdaderos acuerdos o tratados.

Como ya se apuntó, el artículo 3.1e) del TrLCAP excluye de su ámbito de aplicación los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados o con entidades de Derecho Internacional Público. Siguiendo con el contenido del artículo 3 del citado texto legal, en su apartado segundo establece que

los supuestos contemplados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse. Solución ésta que en opinión del Profesor Antonio Sainz de Vicuña (45), que debe criticarse, ya que el mero hecho de que el contratante extranjero sea un Estado no debería alterar *per se*, el régimen jurídico que corresponda al contrato.

Por otra parte ¿cuáles son las normas peculiares a las que alude la Ley?, si los acuerdos tienen la naturaleza de tratado internacional, la remisión hay que entenderla hecha al Derecho de los Tratados, a la legislación Constitucional española y al Decreto 801/ 72, de 24 de marzo regulador de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales. Si por el contrario, los acuerdos tienen carácter de contratos, las únicas normas peculiares que les son aplicables son las contenidas en el RD 1120/1977 tantas veces aludido.

Por otra parte, nuestro Derecho positivo no dilucida la cuestión de fijar unos criterios válidos para distinguir los contratos entre Estados de los tratados. El único criterio existente es el de competencia para la celebración de unos y otros: los tratados requieren las competencias previstas en el Decreto 801/72, modificado por la Constitución española de 1978, mientras que los contratos no están sujetos a limitación competencial propia de los tratados, ya que todos los ministros pueden contratar y delegar dicha facultad. Pero ese es un criterio formal y válido *a posteriori*; que existan unas competencias u otras será consecuencia de una calificación del negocio jurídico bien como contrato, bien como tratado, y lo que no proporciona nuestro ordenamiento es el criterio distintivo entre uno y otro.

El problema es que tampoco existe un criterio establecido en el Derecho Positivo Internacional. El artículo 2º, de la Convención de Viena de 1969 sobre Derechos de Tratados dice:

«Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento público único o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación particular.»

Con lo cual, la cuestión se formula así: ¿ Cuándo un acuerdo entre Estados se rige por el Derecho Internacional?

Según Sainz de Vicuña (46), la opción entre una u otra alternativa dependerá del contenido del acuerdo considerado como un todo. Pero no caben reglas generales.

(45) SAÍNZ DE VICUÑA, A. «La Contratación Exterior del Estado», 1986 pp18-19.

(46) *Ibidem* pp20-22.

Por otro lado, los acuerdos políticos, basados en la buena fe, no entrañan compromisos jurídicos regidos por el Derecho Internacional, sino que generan obligaciones políticas exigibles en este último plano. Responden a distintas denominaciones, tales como declaraciones de principios o de intenciones, comunicados, acuerdos técnicos, memoranda... se trata de lo que en Derecho Internacional se conoce con el nombre de «Pacto entre caballeros».

En ocasiones, los acuerdos políticos, por su contenido o por razón del país con el que se celebran afectan a la política exterior. En nuestro ordenamiento el respaldo jurídico de este tipo de acuerdos se encuentra en el propio artículo 97 de la CE, donde se atribuye al gobierno la dirección de la política exterior. La tramitación de estos acuerdos requiere autorización del Consejo de Ministros a solicitud del Ministerio de Asuntos Exteriores.

En otras ocasiones, los acuerdos llamados técnicos o administrativos, se tramitan y se concluyen directamente por el departamento correspondiente. En este supuesto, el Ministro respectivo es quien informa al Consejo de su conclusión. Es precisamente en este ámbito de acuerdos políticos donde se encuadran los MOUS, tal y como se recoge en la Orden Ministerial Comunicada del Ministerio de Defensa sobre regulación y tramitación de MOUS, Orden nº 53/1997 de 24 de septiembre, así como en las normas guía de la Dirección General de Política de Defensa de 11 de septiembre de 1990 y en el documento aclaratorio de estas normas guía de 10 de febrero de 1990.

No obstante lo anteriormente enunciado, dado el carácter difuso y complejo de la definición de MOU, a continuación se van a recoger una serie de dictámenes del Consejo de Estado e informes de la Asesoría Jurídica del MINISDEF, donde de alguna manera se clarifica el contenido que puedan tener estos acuerdos y cuándo se consideran Acuerdos Técnicos o auténticos Tratados Internacionales sometidos a los requisitos que establece el artículo 94 de la CE. El Consejo de Estado (47) se ha pronunciado al respecto en varias ocasiones afirmando lo siguiente:

No todo Acuerdo Internacional que conlleve gasto público necesita ser sometido a autorización de las Cortes, «será precisa autorización parlamentaria para aquellos convenios o tratados cuya ejecución exceda de las competencias normales de la Administración de la Hacienda Pública, por no poder ser atendida con las asignaciones ordinarias del organismo público al que se encargue la misma. Tampoco será preciso solicitar autorización parlamentaria para aquellos tratados cuya ejecución financiera pueda

(47) Ver Dictamen del Consejo de Estado 43008 de 2 de abril de 1981.

atender la Administración de la Hacienda Pública o el Gobierno sin recabar la intervención de las Cortes Generales».

Desde el punto de vista de las obligaciones de gasto que pudieran generarse el citado órgano consultivo distingue entre Tratado y acuerdo o convenio.

Así considera el citado órgano consultivo, que nacen obligaciones financieras en el sentido del artículo 94.1 CE de cuando se prevean gastos a cargo del Estado español que excedan del ámbito temporal de un ejercicio presupuestario (48).

Ello no está comprendido en el artículo 61.2 de la Ley General Presupuestaria.

Es decir con carácter general, aunque nuestro ordenamiento no lo distinga con nitidez, un acuerdo de voluntades entre Gobiernos siempre que su contenido entre dentro de su ámbito competencial ordinario, no constituirá necesariamente un Tratado internacional, y sí un contrato que se registrará por las normas aplicables a cada caso concreto.

En cuanto a los informes de la Asesoría Jurídica General sobre MOUS se refiere, éstos se han pronunciado sobre cuestiones concretas acerca de MOUS en los que España participa, como el derecho aplicable a los posibles problemas de responsabilidad por daños derivados o en conexión con las actividades comprendidas en el ámbito de los mismos. Asimismo se han pronunciado respecto a si estos instrumentos constituyen una manifestación o no de la actividad competencial del Gobierno o por el contrario deben concluirse mediante un Tratado Internacional con intervención de las Cortes Generales.

En cuanto a las normas que regulan la responsabilidad por daños derivados o en conexión con las actividades comprendidas en un MOU, la mencionada Asesoría ha considerado que dichas normas son distintas de las previstas con carácter general en la Convención de Londres de 1951 reguladora del Status de fuerzas de la OTAN y de la Convención de Ottawa en la que aquella se inscribe (49). Toda responsabilidad por daños está regulada en los citados Acuerdos con carácter general, por lo que para la modificación de su régimen debe adoptarse en un documento internacional de nivel adecuado, esto es en un Acuerdo Internacional en el sentido de la expresión dado por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, en su artículo 2.1 a).

(48) Ver Dictamen del consejo de Estado 45.460 de 2 de junio de 1993.

(49) Los primeros informes se refieren a consultas sobre responsabilidad por daños aplicables al MOU BICES, Satélite HELIOS, AGS/ SOSTAR X e EUCLID.

Por otra parte la misma Asesoría, recomienda que en el plano financiero se establezcan las medidas necesarias para evitar que las disposiciones de este carácter contenidas en un MOU, no impliquen una modificación de la legislación tributaria, pues en ese caso exigiría autorización de las Cortes Generales para su aprobación.

Por otro lado en cuanto a la regulación de este tipo de acuerdos por parte de nuestra legislación, la mencionada Asesoría considera que existe un vacío normativo en lo que se refiere a la suscripción de contratos, acuerdos y convenios entre Gobiernos o con Organizaciones Internacionales.

De un lado están excluidos del TRLCAP, pero de otro lo cierto es que la regulación en nuestro ordenamiento de los Tratados Internacionales no alcanza los convenios, acuerdos ni los contratos entre Gobiernos, dado que los Tratados son manifestaciones por escrito de voluntades concordantes imputables a dos o más sujetos de Derecho Internacional, mientras que los MOUS constituyen acuerdos entre Estados basados en la buena fe y la reciprocidad que no comportan vinculación jurídica.

Como se puede apreciar, no existe una definición clara de estos instrumentos que permita determinar su naturaleza jurídica de manera inequívoca, máxime si se tiene en cuenta que en la mayoría de las ocasiones los contratos que derivan de estos acuerdos se celebran en nombre de la organización que se crea en cada programa concreto como se expuso en la descripción de los MOUS. No obstante, a la vista de lo expuesto, se puede afirmar que, en general, estamos ante acuerdos o convenios entre Gobiernos y no ante tratados propiamente dichos, lo que tiene indudables consecuencias a la hora de definir el régimen jurídico aplicable.

CAPÍTULO III LÍNEAS BÁSICAS DEFINITORIAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN MILITAR EXTERIOR

1. NORMATIVA ADMINISTRATIVA APLICABLE

A) Vigencia del RD 1120/1977

La primera cuestión que suscita el estudio del régimen jurídico aplicable a las modalidades contractuales objeto de estudio, es precisamente la vigencia del Real Decreto 1120/1977 de 3 de mayo, sobre contrata-

ción militar en el extranjero (50), desarrollado por la Orden de 16 de junio de 1978.

En opinión del Profesor De Asis Roig (51) existen dos razones que justifican el planteamiento de esta cuestión:

La primera es la que se deriva de la desaparición del elenco de las relaciones excluidas de la aplicación directa de la LCAP de los dos supuestos que justificaban su régimen específico (52) y la segunda, la aparición de una regulación propia de la contratación pública en el extranjero y que se formaliza de una forma especialmente intensa en el contrato de fabricación de suministros al extranjero (art. 175 LCAP). Ahora bien la inclusión directa dentro del elenco de relaciones excluidas de la aplicación directa de la Ley de los Convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado de Roma, así como la falta de derogación expresa de dicha norma ofrecen una sólida base para entenderla vigente.

Ahora bien, la mencionada exclusión contenida en el artículo 3.1 d) in fine, sólo puede referirse a aquellos contratos en los que se den las siguientes condiciones:

Protección de los intereses de Defensa relacionados con el comercio de armas, pero que no pueda desvirtuar el principio de competencia (por lo tanto no parece que pueda adoptarse criterios capaces de falsear las principales garantías de la competencia, como son los mecanismos de salvaguarda del interés público en la adjudicación del contrato).

Cuando el destino de los indicados productos esté dirigido a fines específicamente militares sin que puedan alterarse dichas reglas, siempre y cuando el producto esté incluido en la lista elaborada al efecto en los términos previstos en los apartados 2 y 3 del citado artículo.

Los restantes artículos en cuanto no cubiertos por la excepción contenida en el artículo 3.1d) de la LCAP, estarán, con carácter general sujetos al régimen común de la contratación.

Parece poder deducirse que sólo estarán sujetos a este régimen de excepción, en lo que se refiere a los contratos militares: los que se refieren a armamento o material de guerra destinado exclusivamente a fines militares (53).

(50) Sobre esta cuestión puede verse FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, EMILIO. Op. cit. Págs. 1104 y ss.

(51) DE ASIS ROIG, A. «Régimen de la Contratación de la Administración en el extranjero», artículo parte de la obra conjunta «Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», 1996 pp. 594-596.

(52) Apartados 2 y 6 de la antigua LCE.

(53) DE ASIS ROIG, A. Op cit. en nota 49 pág. 598.

En principio y de acuerdo con el artículo 3.2 del TRLCAP estos contratos «se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver dudas y lagunas que pudieran presentarse». De la misma manera, en su artículo 7, el mencionado texto legal se establece que «los contratos privados se regirán en cuanto a su preparación, efectos y extinción por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto las de derecho privado. No obstante, los contratos especiales, que se definen en el artículo 5.2 b), se regirán por sus propias normas con carácter preferente.»

Partiendo del contenido de los preceptos aludidos anteriormente, se puede concluir que este sector de la contratación administrativa, se encuentra regulado por normas especiales. El bloque normativo al que se hace referencia está presidido por el Real Decreto 1120/1977, de 3 mayo, de contratación militar en el extranjero, desarrollado por OM de 16 de junio de 1977. En su vertiente financiera se encuentra regulado por el RD 2122/1993, de 3 de diciembre, de gestión de determinados fondos destinados a la adquisición de material militar y servicios complementarios en el exterior. Este bloque normativo se puede considerar como principal o básico, pues existen normas aplicables al sector de diversa índole como son las exclusiones tributarias de las que disfruta este tipo de material así como normas particulares para la celebración y ejecución de contratos en el seno de la OTAN, todo ello sin desconocer el carácter supletorio que presenta la legislación general de contratación administrativa, frente a este tipo de contratación.

La justificación de la exclusión de este sector del régimen general de la Ley y el consiguiente establecimiento de un régimen jurídico específico y particular es consecuencia del objeto específico de estos contratos: el material de guerra. Como afirma el Consejo de Estado «este material no se encuentra libremente en el mercado, especialmente cuando se trata de material sofisticado». En estos supuestos «los proveedores no existen como mercado, sino antes bien son poseedores de patentes o exclusivas, que excluyen la posible y deseable licitación», transformándose el contrato de suministro en «una simple compraventa, donde es el Estado quien busca de modo directo al proveedor y no, como en la hipótesis usual, el licitador quien acude a la demanda de la Administración» (54).

El problema surge en aras de preservar el principio constitucional de seguridad jurídica, al determinar la actual vigencia de este peculiar bloque normativo tras la entrada en vigor del TrLCAP, y más concretamente con la inclusión del artículo 117 y el 176.2 del citado texto legal, que parecen

(54) Dictamen del Consejo de Estado nº 743/93 de 29 de julio.

amparar una derogación tacita del mismo. No parece ésta la voluntad del legislador quien podría haber derogado expresamente la mencionada regulación. Así pues como afirma Urrea Salazar (55) «la regulación por él contenida no se opone al régimen establecido en la Ley, sino que además constituye un complemento del mismo».

Tres son los supuestos contractuales contemplados en el RD 1120/1977, de 3 de mayo: a) Contratos de adquisición, suministros, conservación y reparación de material e instalaciones, así como los de prestación de servicios y asistencia técnica, destinados a cubrir las necesidades de la Defensa Nacional, que se formalicen entre la Administración Militar y un Gobierno u Organismo público extranjeros; b) contratos celebrados en España entre la Administración Militar y una Empresa privada extranjera; c) contratos celebrados y a ejecutar en el extranjero cuyo objeto sea de exclusivo interés militar (56).

El régimen jurídico de los contratos subsumibles en la primera hipótesis contractual es el establecido en el mencionado RD 1120/1977 y en las «disposiciones vigentes». Esto supone una remisión directa a la normativa general sobre contratación pública que resultará subsidiariamente aplicable, si bien el grueso de la regulación estaría contemplado en el citado RD. En puridad, la razón de ser de la existencia de éste, se centra en la justificación jurídica de los contratos celebrados con Gobiernos extranjeros para los que la legislación vigente en el momento de su promulgación carecía de cobertura legal. Este hecho se pone de relieve en el preámbulo del reiterado RD cuando en él se justifica su existencia, toda vez que «las circunstancias y problemas que se plantean con motivo de las relaciones jurídicas que en determinados casos surgen, para conseguir la máxima eficacia de los tratados y acuerdos suscritos con otros Estados, tanto por el objeto del contrato, que no está dentro del tráfico usual del comercio, como por la naturaleza del contratista».

Para los contratos celebrados en el territorio nacional con empresa privada extranjera el artículo 9 de la mencionada OM se remite a la legislación vigente en materia de contratación general del Estado. Esta remisión que hemos de entender al régimen general contenido en el TRLCAP con la obvia exclusión del artículo 117, no es sin embargo total e incondicional. Y es que «cuando concurran especiales razones que impidan la aplicación de la legislación general, tales contratos se regirán por lo que las partes convengan de

(55) URREA SALAZAR, M.J. «*La Contratación Internacional de las Administraciones Públicas*»1999. pp-118-119.

(56) Artículos 1,11 pº 1º del RD 1120/1977 y de la Orden de 16 de junio de 1978 respectivamente.

acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional». Esta previsión resulta singularmente coincidente con lo dispuesto en el artículo 176.2 del TRLCAP, respecto de los contratos de fabricación efectuados con empresas extranjeras de Estados no pertenecientes a la Unión Europea, cuando el objeto se fabrique o proceda de fuera del territorio nacional.

La tercera hipótesis contractual, la contratación celebrada y a ejecutar en el extranjero con empresa privada extranjera aparece regulada en virtud del párrafo segundo del artículo 11 del RD 1120/1977 por la legislación general sobre contratación en el exterior. La única modulación introducida en el régimen del artículo 117 es la relativa a la competencia de celebración de los contratos. En efecto, el mencionado artículo 11 establece que en estos contratos «se entenderán conferidas con carácter general a los jefes de los Departamentos militares las facultades que la legislación vigente atribuye al Ministro de Asuntos Exteriores, la cual será de aplicación en sus demás preceptos». Como régimen supletorio y en virtud del artículo 9 de la mencionada OM de 16 de junio de 1978 opera el régimen de la contratación en España con empresa privada extranjera.

Llegado a este punto, todo parece indicar que el citado RD continúa en vigor, en tanto en cuanto no existe una derogación expresa total del mismo en ninguna norma de igual o superior rango normativo. No obstante, sí se puede afirmar que no todos sus artículos continúan en vigor y que en alguna medida el contenido del citado RD ha sido derogado parcialmente.

En primer lugar, como consecuencia de determinados informes del Tribunal de Cuentas sobre la situación de fondos en el exterior y más concretamente en las Agregadurías dependientes del Ministerio de Defensa, el Real Decreto 2122/ 1993 deroga los artículos 2 y 7 del reiterado RD. Posteriormente, la Dirección de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa, formula una consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre la posibilidad de que las contrataciones de material militar con empresas y gobiernos extranjeros, de acuerdo con los artículos 2 y 11 del RD, puedan seguir adjudicándose por el nuevo procedimiento negociado introducido por la nueva Ley 13/95, y en el supuesto de que no tengan amparo en estos artículos, determinar cuál sería la normativa más adecuada para adecuar la legislación vigente a las necesidades propias del MINISDEF, permitiendo este tipo de contratación sin licitación pública.

Al respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (57) en su dictamen de 18 de octubre de 1996, considera derogado el conteni-

(57) Ver Dictamen 57/96 de 18 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

do de los artículos 2 y 11 del RD 1120/1977, por incompatibilidad de su contenido con el de la LCAP, con independencia de que sea posible la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en los casos en los que concurren las condiciones marcadas en Ley para su utilización.

Ahora bien, el citado dictamen se refiere en todo momento a la contratación con empresas extranjeras, no pronunciándose respecto a la contratación con gobiernos extranjeros u organizaciones extranjeras, lo que deja de una manera ambigua abierta la posibilidad de la utilización de este procedimiento en estos últimos casos.

Por otro lado, el TrLCAP tampoco deroga de una manera expresa el citado Real Decreto, lo que parece indicar una clara voluntad del legislador de mantenerlo en vigor, toda vez que no se opone al régimen establecido en la Ley sino que además, como se afirmó anteriormente, constituye un complemento del mismo. Complemento que por lo demás, aparece plenamente respetuoso con las obligaciones derivadas de las Directivas comunitarias liberalizadoras de este sector de la contratación.

B) Usos y costumbres vigentes en el comercio internacional: la Ley UNCITRAL y su significación actual

Al tratar la vigencia del Real Decreto 1120/1977, se ha apuntado que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 175.2 permite que los contratos de fabricación efectuados con empresas extranjeras no comunitarias de Estados no miembros de la Unión Europea, cuando el objeto se fabrique o proceda de fuera del territorio nacional y los de suministro que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que celebre el Ministerio de Defensa con empresas extranjeras, *se rijan por lo que las partes convengan de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional.*

Esta habilitación legal, plantea la siguiente cuestión: ¿qué se debe entender por normas y usos vigentes en el comercio internacional? y en su caso ¿Cuándo estas normas y usos se pueden considerar vigentes? La respuesta no es sencilla, tan sólo la casuística de este tipo de comercio nos puede dar una idea más o menos acertada de lo que se entiende en este sector internacional por normas y usos de comercio internacional. No obstante, cabe resaltar como parámetro fiable, en este sentido, la Ley modelo de UNCITRAL.

Desde su origen, en virtud de la Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, UNCITRAL ha procedido para

el cumplimiento de su mandato, destinado al fomento de la armonización y unificación progresivas del mercantil internacional, a la utilización de métodos y técnicas de diverso alcance (58). Entre estas destaca por su mayor amplitud, el de redacción de textos, radicalmente opuesto en cuanto a la efectividad de las recomendaciones, que poseen un valor meramente indicativo tendente a señalar los temas objeto de atención, adoptando posturas sobre su deseable tratamiento normativo (59).

Pero el estudio de cualquier Ley modelo, en nuestro caso la afectante a la contratación pública, pasa por la contextualización en el ámbito de lo que se ha venido a llamar el Derecho del Comercio Internacional, al cual aparece íntimamente vinculado en cuanto instrumento esencial del mismo. En efecto la Ley modelo se revela como un instrumento eficaz en la consecución de la armonización y unificación del Derecho, acaso ligeramente matizado por la circunstancia de ser un instrumento carente de valor normativo, pero no por ello carente de valor real. El mismo deriva tanto de la *autoritas*, propia del órgano que emana, como de la excepcional flexibilidad, circunstancia esta última de extraordinaria relevancia a la hora de valorar la capacidad de adaptación del instrumento unificador a las variables circunstancias del comercio internacional. pero lo cierto es que en su génesis, puesta de manifiesto en la Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, aparece directamente ligada al Derecho mercantil impregnado de los tintes de internacionalidad propios de la actividad comercial que se desenvuelve en el mercado internacional.

De este planteamiento inicial derivaríamos, como lógica consecuencia la exclusión de la contratación pública internacional del más amplio sector de la Derecho del Comercio Internacional, en clara alineación con aquellos que constriñen el contenido del mismo a las normas reguladoras de las relaciones mercantiles, de carácter estrictamente jurídico-privadas.

(58) Fue una iniciativa de la delegación de Hungría la que introdujo en el programa del 20º Periodo de sesiones de la Asamblea General de las naciones Unidas la propuesta de examen de las medidas a adoptar en el impulso del desarrollo progresivo del Derecho Internacional Privado, con miras a fomentar el comercio internacional. Sobre la base de esta propuesta se inicia el proceso de creación de UNCITRAL. En virtud de la Resolución 2102 (XX) de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1965, se inscriben el programa del 21º periodo de sesiones el tema «Desarrollo progresivo del Derecho del Comercio Internacional» y se pide al Secretario General que presente un informe sobre unificación y armonización. Será este informe elaborado sobre la base de un estudio preliminar emitido por el Profesor Schmitthof el que sirva de base a la Resolución 2205 (XXI).

(59) OLIVENCIA, M. «UNCITRAL: Hacia un Derecho Mercantil Uniforme en el siglo XXI», RDM nº207, 1993, pp 19-19.

Es cierto que en el comercio internacional existen dos ordenes de reglas jurídicas (60). De un lado, las normas de carácter jurídico-público definitorias del marco general de actuación de los operadores del comercio internacional. Estas aparecen constituídas esencialmente por tres bloques normativos: a) acuerdos y convenciones bilaterales o multilaterales destinadas al fomento y desarrollo de procesos de integración económica, mediante la articulación progresiva de una serie de libertades de naturaleza económica; b) los actos eventualmente derivados de la existencia de instituciones investidas de competencia normativa en materia comercial; y c) los acuerdos o tratados multilaterales y plurilaterales adoptados en el marco de la recientemente constituida Organización mundial del Comercio, a los que se suman los anteriores acuerdos adoptados en el marco del GATT y aún subsistentes. Estas tres categorías o bloques normativos representan la dimensión pública reguladora de las relaciones comerciales internacionales. De otro, las normas directamente aplicables a las concretas relaciones jurídicas entabladas entre dichos operadores, caracterizadas por la heterogeneidad de los sujetos intervinientes.

Es éste último grupo de normas, el que debemos incluir en el concepto de derecho del comercio internacional (61). Para ello haremos hincapié en la nota fundamental de la heterogeneidad de los sujetos, más que en el carácter estrictamente jurídico-privado de las relaciones por ellos establecidas en el marco de los flujos comerciales. Se amplía así la concepción clásica, a la contratación pública de bienes y servicios efectuada mediante los procedimientos de adjudicación, actualmente objeto de uniformización.

En apoyo de la anterior afirmación, en el sentido de incluir los tipos contractuales surgidos al amparo de la contratación pública internacional de bienes, obras y servicios, en el contenido del Derecho uniforme rector de los flujos comerciales internacionales, surge la elaboración de la Ley modelo sobre contratación pública por parte de UNCITRAL (62). Se cons-

(60) ILLESCAS ORTIZ, R. «*El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistematización*» RDM n° 207, 1993, pp76-79.

(61) La consideración de Derecho Uniforme del Comercio internacional como orden jurídico-privado que se limita a disciplinar las relaciones entre los individuos que, en el marco de los flujos comerciales establecidos por los estados conforme a las normas públicas, celebran contratos con ánimo de participar en la circulación de bienes, servicios y capitales que dichos flujos generan o permiten, debe matizarse de manera que refleje la nueva realidad expansionista del mercado mundial, comprensivo de las relaciones jurídicas entre sujetos heterogéneos, con independencia de su naturaleza pública o privada.

(62) La nueva Ley modelo de 1993 versa sobre contratación pública de bienes y obras, no obstante la cual ante la inclusión de los servicios en el movimiento de liberación de la contratación pública, se ha adoptado en el 27° Periodo de sesiones una Ley modelo afectante a este ámbito.

tata así, mediante la utilización de una técnica propia de un Derecho uniforme y emanada de un organismo como la UNCITRAL, actuante tradicionalmente en el ámbito de lo mercantil, la realidad expansiva de esta disciplina, consecuente con las corrientes liberalizadoras del comercio mundial. No obstante lo anterior, una delimitación se impone en orden a la correcta definición de los límites anteriormente auspiciados como propios del Derecho del comercio internacional, en un área como la aquí tratada de novedosa incorporación.

En efecto, partiendo de la diferenciación ya realizada respecto del sector global de la disciplina objeto de estas previas reflexiones, comprensiva de los dos sectores clásicos, a saber, el de las normas públicas tendentes al establecimiento de un marco jurídico apropiado favorecedor de la internacionalidad de los intercambios y el de las normas destinadas a la regulación de las propias relaciones jurídicas establecidas entre sujetos heterogéneos, debemos sostener la naturaleza mixta de la actual Ley modelo (63). Y es que la misma aglutina normas pertenecientes a ambas categorías o subsectores objeto de diferenciación. Una lectura teleológica de la misma nos conduciría hacia la que puede ser su finalidad primordial: la conformación de un «marco concurrencial adecuado» al establecimiento de relaciones jurídicas internacionales en nuestra materia, favoreciendo la efectiva celebración de los tipos contractuales objeto de estudio (64).

En ese sentido, en cuanto coadyuvantes a la conformación del marco público asegurador de los flujos comerciales, una parte importantísima de su articulado se incluye en el primero de los sectores (65). Pero no es menos cierto que estas normas, a las que se unen otras específicamente determinantes del contenido del contenido de los tipos contractuales, inciden en el fondo de los contratos mismos, siendo, por ello, susceptibles de conformar el objeto de este segundo sector, calificado como Derecho del comercio internacional.

La tarea de elaboración de la Ley modelo, afectante a obras y bienes, supuso un trabajo de siete años. La UNCITRAL decidió abordar el tema de la contratación pública en el 19º periodo de sesiones. La primera fase de intervención de UNCITRAL quedó concluida con la aprobación en el 26º periodo de sesiones, en julio de 1993, de la Ley modelo sobre obras y bienes. La culminación de esta intervención con la inclusión de los servicios

(63) URREA SALAZAR, MJ. Op cit nota 31 pp 60-61.

(64) Ibidem p 60.

(65) MORAN BOVIO, D. «*La contratación Pública de obras y bienes se abre al mercado mundial: la Ley Modelo UNCITRAL*» D de los N, nº 50, 1994, pp10-17.

en el movimiento uniformador se produjo un año después con la aprobación en el 27º periodo de sesiones de la Ley modelo sobre obras, bienes y servicios. La comisión consideró las modificaciones que serían necesarias para adaptar la anterior Ley modelo a la contratación pública de servicios y aprobó este texto consolidado, que incorpora al anterior las especialidades propias de este sector. No obstante, la nueva Ley modelo sobre contratación pública de obras, bienes y servicios, no sustituye a la anterior.

La guía para la incorporación de la Ley modelo establece el alcance de la misma. Tiene por objeto, «enunciar todos los procedimientos y principios básicos para llevar a buen término el proceso de contratación». Sin embargo se trata de una Ley marco que no incorpora por tanto una regulación tan exhaustiva como para garantizar la aplicación de los procedimientos en la práctica. Requiere pues un desarrollo normativo pormenorizado, un reglamento de la contratación pública internacional.

Los principios inherentes al instrumento de UNCITRAL, presentan una clara similitud con los derivados del Acuerdo sobre contratación pública adoptado en la Ronda de Uruguay con los contenidos en las Directivas Comunitarias. Esta similitud, en no pocas ocasiones traducidas en identidad, resulta acorde con la coincidencia formal de las normas por ellos adoptadas. No obstante, existen divergencias procedimentales derivadas del origen institucional o internacional de los textos, de ámbito más reducido y sometidos al principio de integración de los primeros, de ámbito pretendidamente universal de los últimos. Característica ésta, que les hace necesariamente más flexibles y receptivos a la diversidad económica y social existente en las diversas zonas geográficas.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS COMERCIALES

Bajo este epígrafe se van a analizar aquellos contratos cuyo objeto sea la adquisición o fabricación de material de guerra, cuya celebración tenga punto que de no existir dichas particularidades su régimen jurídico estaría formado por la actual Ley de Contratos del Estado.

A) Los actos Preparatorios

Como cualquier otro contrato, el proceso contractual se inicia como consecuencia de una necesidad. El usuario petionario será quien describa la misma a través del correspondiente Pliego de Prescripciones Técni-

cas, al cual se acompañará un informe razonado en el que se hará constar la necesidad de celebrar dicho contrato, así como la propuesta de la forma y el procedimiento de adjudicación. El citado pliego se tramitará a la Dirección de adquisiciones del Ejército respectivo, quien elevará al órgano de contratación correspondiente la propuesta de contratación. La determinación del órgano de contratación vendrá dada por el contenido del Real Decreto 1437/2001 de 21 de diciembre, sobre desconcentración de facultades en materia de convenios, contratos y acuerdos técnicos en el ámbito del Ministerio de Defensa. Del mismo modo se ha tener en cuenta, la Orden Ministerial 941/2002 de 19 de abril, sobre delegación de facultades en materia de convenios y contratos administrativos en autoridades, de la Armada, del Ejército de Tierra y del Aire respectivamente.

De acuerdo con el Real Decreto 1437/2001 citado anteriormente, el Secretario de Estado de Defensa ostenta todas las facultades en relación con los contratos y convenios que se encuentren en alguno de los casos previstos en su artículo 2.1, destacando entre ellos aquellos contratos que se hayan celebrado al amparo del Real Decreto 1120/77, así como los que se deban satisfacer en divisas. Por tanto, se puede concluir que el órgano de contratación de los contratos comerciales ahora objeto de estudio, recae en la citada autoridad.

A esta misma autoridad le corresponde, conforme al contenido del artículo 49.2 del TrLCAP, la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que han de regir a lo largo del proceso contractual.

En el mencionado pliego se contendrán todas las cláusulas que van a regir el desarrollo contractual, ya que constituye la verdadera «Ley del Contrato» como ha manifestado reiteradas veces el Tribunal Supremo (66). No obstante esta afirmación debe ser entendida como poder normativo inter partes pero subordinado al ordenamiento jurídico, sin que se pueda contener en ellas cláusulas normativas contrarias al mismo.

En este tipo de contratos el procedimiento de adjudicación utilizado normalmente es el procedimiento negociado sin publicidad, al amparo del contenido del artículo 182 f) del TrLCAP, que supedita la utilización del mencionado procedimiento a la no existencia de empresas españolas con capacidad para realizar el suministro.

Por otro lado, y atendiendo al objeto del contrato en cuestión, el artículo 175.2 del TrLCAP establece que los contratos de suministro que sean consecuencia de la aplicación del artículo 296 del Tratado de Roma, que

(66) Ver SSTs de 10 de diciembre de 1985, 9 de noviembre de 1986, 9 de julio de 1988, 21 de enero de 1994 y 21 de septiembre de 1994.

celebre el Ministerio de Defensa con empresas extranjeras, se regirá por lo dispuesto en la citada Ley, sin perjuicio de lo que puedan pactar las partes de acuerdo con las normas y usos del comercio internacional.

Esta remisión tanto a la legislación general como a la incorporación de cláusulas contempladas en las normas y usos del comercio internacional, estaba ya prevista en la Orden de 16 de junio de 1978 que desarrolla el Real Decreto 1120/1977 cuyo artículo 9 establecía lo siguiente:

«los contratos que se celebren en territorio nacional entre la Administración Militar y una empresa privada extranjera se regirán por la legislación vigente en materia de contratación general del Estado». No obstante, siguiendo con la lectura del citado artículo 9, «cuando concurren especiales razones que impidan la aplicación de la legislación general, tales contratos se regirán por lo que las partes convengan de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional y por el Real Decreto 1120/1977 y por la presente Orden, previa resolución fundada del órgano de contratación».

Como se puede apreciar, la regulación contenida en la citada Orden Ministerial, es sustancialmente coincidente con la establecida en el citado artículo 175.2, si bien se flexibiliza su contenido al no ser ya necesaria la existencia de una resolución expresa del órgano de contratación para que la introducción de estas cláusulas se materialice.

En la práctica en los pliegos de cláusulas administrativas se plasman multitud de normas y usos de comercio Internacional que en puridad son por las que se rigen los contratos de suministro de material militar con empresas extranjeras. Afectan sobre todo a las formas de entrega de los bienes y a las formas de las garantías definitivas, donde se flexibiliza la aplicación de la legislación general en materia de contratación administrativa.

No obstante, esta aplicación de normas y usos de carácter internacional convenidas entre las partes, afectan a prácticamente todas las partes del expediente contractual, como se podrá apreciar a lo largo del presente análisis.

B) Precio y Presupuesto

En esta cláusula se definirá el precio límite del contrato, expresado tanto en pesetas como en la moneda en la que se acuerde realizar el pago. Este es uno de los puntos más problemáticos que surgen en este tipo de contratación, puesto que las monedas están sujetas a fluctuaciones, lo que obliga a establecer cláusulas tendentes a cerrar el precio máximo del contrato en aras de preservar el principio de precio cierto establecido en la legislación general.

Para ello, se aplica la costumbre comúnmente aceptada en el ámbito internacional, consistente en aceptar el tipo de cambio vendedor de la moneda utilizada, en el momento de la redacción del contrato. Asimismo, en el Acta número 4 de la Comisión de Contratación del Ministerio de Defensa, de 17 de diciembre de 1986, se acordó fijar el cambio en divisas en virtud del cambio publicado en el B.O.E aumentando en unos porcentajes según el tipo de divisa más utilizado (67).

C) Selección del Contratista

Para contratar con la Administración, tal y como se establece en el artículo 15 del TrLCAP, resulta preciso tener plena capacidad de obrar. Esta previsión aplicable tanto a las personas físicas como a las jurídicas, ya se trate de nacionales como de extranjeras requiere algunas matizaciones derivadas de la norma conflictual española en materia de capacidad cuando de contratar con una empresa extranjera se trate. En efecto el artículo 9 de Cc determina la aplicación de la Ley nacional en cuanto Ley personal, a la capacidad tanto de las personas físicas como jurídicas, lo que obligará a las Administraciones Públicas o entes públicos adjudicadores a remitirse a la misma a la hora de adjudicar a contratistas extranjeros (68). No obstante la anterior consideración, la carga de la necesidad de consultar una legislación extranjera, lo que resulta extremadamente complejo respecto de las sociedades, puede verse aligerada en virtud del juego de la clásica excepción del interés nacional.

En efecto este «mecanismo corrector», por lo que a nuestro derecho se refiere, aparece contenido en los artículos 11 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y 10.8 Cc para los escasos supuestos no subsumibles en el ámbito de aplicación del instrumento internacional. En virtud del mismo, se opera la sustitución de la Ley nacional normalmente competente para regular la capacidad, por la Lex loci celebrationis, al caso la Ley española. La tradicional justificación basada en la salvaguarda de la buena fe negocial o en la protección de la seguridad en el tráfico jurídico aparece claramente reforzada

(67) 12 El cálculo del cambio aplicable era $C = V + A$, siendo C cambio aplicable; V valor de venta del billete A % Sobre el valor de venta.

(68) El párrafo 1º del artículo 23 del TrLCAP se refiere a la acreditación de la plena capacidad para contratar y obligarse conforme a la legislación de su Estado, como uno de los requisitos necesarios para que las empresas extranjeras no comunitarias puedan contratar con la Administración o ente público español.

en el ámbito de la actividad contractual de las Administraciones o entes públicos por cuanto la misma, por más que se desenvuelva según los criterios de eficiencia económica, sigue impregnada con carácter general del interés público que preside la actuación de este tipo de entes.

En esa misma dirección, el artículo 22 TrLCAP, establece un mecanismo suplementario de protección al disponer que aún en los supuestos de adjudicaciones de contratos a favor de personas que carezcan de capacidad de obrar o de solvencia o que incurran en prohibiciones de contratar «el órgano de contratación podrá disponer que el empresario continúe la ejecución del contrato bajo las mismas cláusulas, por el tiempo imprescindible para evitar perjuicios al interés público correspondiente».

El mecanismo previsto en el artículo 22 TrLCAP tiene pues un ámbito de aplicación mayor al abarcar no sólo los supuestos de incapacidad sino también los de ausencia de solvencia económica, financiera, técnica y profesional y la de concurrencia de una de las prohibiciones de contratar descritas en la misma. No obstante, la efectividad protectora es menor, en tanto la ejecución del contrato continuará «el tiempo imprescindible para evitar perjuicios al interés público correspondiente».

Por otro lado, la acreditación de dicha capacidad aparece resuelta de una manera confusa en el artículo 15 del TrLCAP. En realidad, el precepto supone una manifestación del régimen general para el ejercicio del comercio al que se refiere, en nuestro Derecho el artículo 15 del C de C. En efecto, la actividad de internacional de las sociedades mercantiles suscita dos órdenes de cuestiones: las relativas al reconocimiento de la personalidad jurídica y las relativas al establecimiento de las mismas.

Es pues, el régimen del reconocimiento de la personalidad jurídica de las empresas extranjeras, como condición indispensable para la efectiva actuación de las mismas, el que guarda relación directa con el contenido del artículo 15.

El mencionado artículo establece que la acreditación de la capacidad de obrar de las personas jurídicas se efectuará con carácter general «mediante escritura de constitución o modificación inscrita en el Registro Mercantil».

En el caso de empresarios extranjeros comunitarios este requisito será exigible únicamente cuando también lo sea en la legislación del Estado al que pertenezcan, bastando un informe de la Misión Diplomática Permanente de España en el Estado correspondiente o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa para acreditar su capacidad obrar, en el caso de empresarios extranjeros no comunitarios.

Otra cuestión que se debe de tener en cuenta en el proceso de selección del contratista, es la relativa a la solvencia económica, financiera, técnica

y profesional. Están sujetos a la obligación de clasificación los contratistas españoles y los extranjeros no comunitarios, salvo que en función de la conveniencia para los intereses públicos, resulte de aplicación la excepción contemplada en el párrafo 3º del artículo 25 TrLCAP. En la práctica se recurre al amparo de esta excepción en innumerables casos habida cuenta del tipo de material objeto de suministro (69).

Por otro lado, conviene resaltar que en el ámbito del Ministerio de Defensa se admite como prueba de la existencia de suficiencia técnica y profesional la posesión por parte de la empresa contratista de la AQAP, documento emitido por el citado Ministerio, equivalente a la norma ISO o UNE, todo ello en cumplimiento del contenido de la nota informativa emitida por la Dirección General de Armamento y Material de 22 de enero de 1996.

Dado el carácter de los suministros y en aras de preservar la seguridad, junto con las exigencias ya analizadas referentes a la solvencia técnico-económica, estos contratos exigen la inclusión de normas de seguridad respecto de las empresas potencialmente contratistas. La verificación de si las citadas empresas cumplen los requisitos aludidos es competencia del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), lo que implica por parte de los licitantes al sometimiento a cuantas inspecciones e investigaciones en este sentido tenga a bien realizar el citado organismo.

D) Prohibiciones de contratar

Nuestro TrLCAP contempla en su artículo 20 las denominadas prohibiciones de contratar. Se trata de la transposición española de las causas de exclusión previstas en las Directivas Comunitarias en el capítulo rubricado criterios de selección cualitativa. Este dato, el origen comunitario de este precepto, resulta fundamental para determinar la extensión, el ámbito territorial de las citadas prohibiciones. Y es que, si parece claro que las mismas afectan tanto a las empresas españolas como a las extranjeras que desean contratar con una administración española, no lo es tanto la cuestión de su localización.

En efecto, se trata de la cuestión de saber si las mencionadas circunstancias obstativas han de concurrir única y exclusivamente en España y en relación con la Administración o ente público español, en el Estado de ori-

(69) Art. 25.3 del TrLCAP, según el cual para ser de aplicación la excepción contenida en él, se requiere la aprobación del Consejo de Ministros previo informe favorable de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

gen y en relación con el la Administración o ente público extranjeros, o bien han de concurrir ambas circunstancias. En este sentido, tal y como establece R. Núñez Munaiz, que se basa en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 32/86 de 2 de mayo de 1986, «la cuestión suscitada ha de ser resuelta fijándolo de acuerdo con el contenido concreto de cada una de ellas» (70). Si bien el pronunciamiento se refiere al anterior artículo 9 de la LCE, la conclusión resulta extrapolable, así como las soluciones concretas que del mismo se derivan en relación con los concretos preceptos integrantes del mismo.

El criterio utilizado es el de la concreción establecida en el propio precepto legal. Así, cuando en cualquiera de los preceptos se hace referencia a la legislación española o a las condiciones previstas por la legislación del país donde estén establecidas las respectivas empresas, serán éstas, o una u otra, las que cumplan la función de parámetro localizador. Por el contrario, cuando el precepto objeto de análisis, no haga «salvedad ni restricción alguna, hay que entender que las cláusulas contenidas en dichos apartados operan, tanto si se producen en relación con la Administración española o en territorio español, como si surgen en relación con alguna Administración extranjera o en territorio extranjero» (71).

Resulta destacable por lo demás, las dificultades de prueba con las que, sin duda pueden encontrarse los respectivos órganos de contratación, en la apreciación de las circunstancias constitutivas de prohibición. En efecto el artículo 21 del TrLCAP establece como medio de prueba «por parte de los empresarios de no estar incurso en las prohibiciones para contratar con la Administración señaladas en el artículo anterior, en relación con las situaciones indicadas en sus distintas letras», el testimonio judicial o la certificación administrativa correspondiente según los casos. No obstante, cuando el mencionado documento no pueda ser expedido por la autoridad correspondiente, el precepto permite que la prueba se efectúe mediante una «declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado».

Si bien el precepto no distingue entre empresas nacionales y extranjeras, respecto de estas últimas ha de exigirse que la acreditación de no hallarse incurso en las prohibiciones del artículo 20, haga referencia además a sus respectivos países (72). Se trata del postulado más arriba trata-

(70) Ver NUÑEZ MUNAIZ, R. «Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», 1996, pp 106-107.

(71) En concreto el mencionado informe alude, como supuestos en los que la LCE no hace «salvedad ni restricción alguna», a los apartados 1,2,3,5 y 8.

(72) Ver NUÑEZ MUNAIZ, R. op Cit. En nota 68 pp 114-115.

do relativo a las causas impeditivas en relación a la legislación de un Estado extranjero o a una administración extranjera. Es en estos supuestos en los que resultaría plenamente operativo el medio de acreditación configurado como subsidiario por la Ley.

En estos casos, será necesario la presentación de la declaración responsable del interesado otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado. En efecto, posiblemente la solución más acorde con la finalidad perseguida por el precepto objeto de análisis sería la de exigir la mencionada declaración del interesado de manera complementaria al testimonio judicial o certificación administrativa, aún cuando dicho documento pueda ser efectivamente expedido por la autoridad competente.

Y esto, en virtud de lo ya expuesto, tanto en los supuestos constitutivos de prohibición expresamente localizados por la Ley en un ordenamiento extranjero o por referencia a una Administración extranjera, como en los supuestos localizados en el ordenamiento español o por referencia a una administración española, cuando el contratista de la Administración sea extranjero.

No obstante, cuando el contratista sea un empresario de un Estado miembro de la Unión Europea «y esta posibilidad está prevista en la legislación del Estado respectivo», el testimonio judicial podrá ser sustituido por «declaración responsable, otorgada ante una autoridad judicial». Estamos una vez más ante la relativización del elemento extranjero intracomunitario.

E) Las Garantías

Para la contratación pública internacional efectuada en territorio nacional, el TrLCAP contiene una previsión específica resguardada bajo la apariencia de excepción a la constitución de garantías. Se trata del contenido del artículo 39 letra c) que bajo la rúbrica de «excepciones a la constitución de garantías» establece la no necesidad de constitución de garantía, provisional o definitiva «cuando la empresa suministradora sea extranjera y garantice el cumplimiento del contrato, de acuerdo con las prácticas comerciales internacionales».

De la dicción literal del mencionado precepto surgen dos posibles interpretaciones: a) tanto la garantía como su cuantía ha de ajustarse a lo establecido en el TrLCAP, afectando la sustitución únicamente al modo de constitución de la misma; b) son las prácticas comerciales internacionales

las han de delimitar tanto la extensión como la cuantía de la garantía prestada por el suministrador extranjero, lo que supone atribuir a la sustitución el mayor grado de amplitud.

Como consecuencia de lo anterior, la previsión objeto de estudio supone la entrada en nuestro sistema de garantías administrativas de las garantías habitualmente constituidas en el ámbito del comercio internacional, lo que plantea un problema de engarce con los preceptos reguladores del aseguramiento de las obligaciones nacidas de los contratos administrativos.

Así, la posibilidad concedida a la Administración por el artículo 45.2 del TrLCAP de acudir al procedimiento de apremio cuando la garantía definitiva no sea suficiente para satisfacer las responsabilidades a las que está afecta puede resultar ineficaz. Estamos en el supuesto de un contrato de suministro efectuado con una empresa extranjera que no dispondrá en la mayoría de las ocasiones de bienes sobre los que efectuar el apremio. La salvaguarda de los intereses nacionales al respecto dependerá, en ausencia de previsión legal adecuada, de la correcta fijación de la cuantía de la garantía. En cualquier caso será la Lex Mercatoria quien fije la extensión y cuantía de la citada garantía (73).

F) Ejecución de contrato

Como se puso de manifiesto anteriormente, el carácter especial de estos contratos supone en la práctica la entrada de normas y usos internacionales aplicables al desarrollo de los mismos. Concretamente en lo que a la ejecución del mismo se refiere, en principio rigen las normas contenidas en el artículo 98 del TrLCAP, esto es, el contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, debiendo el contratista cumplir con el plazo fijado para la realización del mismo. En caso de incumplimiento por parte del contratista por causas imputables al mismo, la Administración podrá optar por la resolución o por la imposición de las penalidades contempladas en el artículo 95.3 del mencionado TrLCAP.

No obstante, el incumplimiento del contratista quedará exento de penalidades si concurre algún supuesto de fuerza mayor de los descritos en el artículo 144 del mismo texto legal.

Por otro lado, teniendo en cuenta que en el ámbito del derecho internacional rige con carácter general el principio de paridad entre las partes, el efectivo ejercicio de estas potestades resulta impracticable. Así, esta

(73) Ver reglas sobre garantías autónomas de la CCI de 3 de diciembre de 1991.

situación se manifiesta de manera contundente en el momento de la recepción y pago del contrato y también de alguna manera en la designación de órganos de resolución de conflictos que surjan en la ejecución y desarrollo del contrato.

En cuanto a la recepción del material se refiere, si ésta tiene lugar en territorio extranjero, normalmente son de aplicación las reglas contenidas en los denominados INCOTERMS.

Los INCOTERMS pueden ser definidos como cláusulas de carácter internacional para la interpretación de los términos más utilizados en este tipo de comercio. Los incoterms actualmente en vigor son los editados por la Cámara de Comercio Internacional de 2000 (74), recogen y precisan las obligaciones entre las partes en las entregas de mercancías (75). La introducción de estas cláusulas resulta totalmente admisible jurídicamente en nuestro derecho en virtud de la habilitación establecida en la OM de 16 de junio de 1978, de desarrollo del RD 1120/77 y del art 10.5 del Código Civil. El citado artículo 10.5 C.c dispone que «se aplicará a las obligaciones contractuales la Ley a las que las partes se hayan sometido». La posibilidad de que un contrato no quede sometido a una ley estatal, sino regido por un *ius mercatorum* o *lex mercatoria*, creado a partir de los propios operadores del mercado internacional es consecuencia de la aplicación del principio de la autonomía de reglamentación (76).

La justificación de existencia estriba en el interés de los operadores internacionales de contar con prácticas uniformes, contratos tipo, condiciones generales de contratación etc.. que faciliten las transacciones económicas en este sector. A tal tarea se han encomendado los esfuerzos de Organizaciones internacionales como es el caso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

Todo ese complejo de prácticas uniformes genera una especie de normatividad que se va desprendiendo de la propia actividad de los participantes del comercio, y que proporcionan un importante núcleo de soluciones materiales, de reglas de juego, en el plano internacional.

(74) vid INCOTERMS de la CCI 2000.

(75) Dentro de los INCOTERMS destacan por su utilización en los contratos de suministro EXW; FOB y FCA, según la primera, la obligación de la entrega se entiende cumplida cuando el proveedor pone a disposición del comprador la mercancía en su establecimiento. Según la segunda, la obligación de entrega se entiende cumplida una vez que se embarca, asumiendo los riesgos el comprador a partir de ese momento. En cuanto a la tercera se refiere, la obligación de la entrega se cumple en el momento de su puesta en despacho para la exportación, lo que aumenta el riesgo para el comprador.

(76) GONZÁLEZ CAMPOS, JD. Y OTROS, «*Derecho Internacional Privado Parte EspecialII*» 4ª Edición revisada. 1991 pp 218-219.

La posibilidad de que esta Lex Mercatoria forme parte de los contratos de las Administraciones Públicas, ha quedado justificada anteriormente, si bien su presencia implica un cambio en la posición que la Administración adopta con respecto a los contratistas en los contratos nominados. No obstante, el carácter especial de los contratos ahora objeto de estudio, implica su separación de la normativa general en materia de contratos y a la vez la introducción de principios como el de paridad de las partes y de autonomía de reglamentación propios de la contratación internacional.

G) Solución de controversias. Inmunidad de jurisdicción y ejecución

Por otro lado, como sostiene el profesor G. Kengel (77) la existencia de este ordenamiento «espontáneo» existe sólo en la medida en que el Estado lo tolere. Esta afirmación tiene especial relevancia a la hora de entrar en juego este tipo de normas, con objeto de resolver los controversias que surjan en el desarrollo de los contratos. Así con carácter general en la contratación internacional se recurre al arbitraje a falta de designación concreta de órgano judicial o incluso expresamente por así convenirlo las partes.

Dentro de los contratos analizados su carácter administrativo impide el sometimiento al arbitraje de las posibles controversias que surjan, sino se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria en relación con el artículo 60.2 del TrLCAP. Además de acuerdo con el contenido del artículo 8.2f) de este último texto legal se exige que en el pliego de cláusulas administrativas particulares conste la expresa sumisión a los tribunales de lo contencioso administrativo de los citados contratos para conocer de las cuestiones que puedan suscitarse en relación con los mismos.

Por tanto en principio, la sumisión a cualquier otro tribunal o incluso al arbitraje sería imposible. No obstante, con anterioridad a la publicación del TrLCAP, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 104/1981 de 28 de enero, sobre posible inclusión de cláusulas de arbitraje en contratos con empresas extranjeras, concluyó que en los contratos que celebren al amparo del Real Decreto 1120/1977, cabe la inclusión de cláusulas de arbitraje sin necesidad de cumplir con las formalidades dispuestas en la LGP.

(77) *Ibidem* pag 219.

Asimismo, en el supuesto de que por cualquier causa no pudiera tener efectividad, las partes podrán acudir a los tribunales de justicia que se determinen en el contrato.

Dado que el informe aludido es anterior a la promulgación de la LCAP de 1995 y del TrLCAP de 2000, conviene analizar la posible aplicabilidad de este sistema de resolución de controversia así como la incidencia de los principios de inmunidad de jurisdicción y de ejecución en la actividad contractual ahora objeto de estudio.

De un lado, el TrLCAP pretende atribuir, cuando de solución jurisdiccional se trata, la competencia judicial a los tribunales españoles mediante la prorrogatio fori, configurada como obligatoria. Resulta necesario, en la contratación internacional efectuada en España, presentar entre los documentos que deben acompañar a las proposiciones de los interesados, una declaración en la que conste la sumisión a los juzgados y tribunales españoles junto con la renuncia al eventual «fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante.»

De otro lado, el carácter internacional de la actividad contractual desarrollada por la Administración y la admisión de normas que participan del mismo carácter, hace plantearnos si este principio de inmunidad de jurisdicción se debe aplicar taxativamente o por el contrario existe la posibilidad de su negación.

La inmunidad de jurisdicción se articula, desde el punto de vista del Derecho internacional general, como un principio de carácter negativo, según el cual los tribunales internos de un Estado no son competentes para entender de los litigios en los que sean parte sujetos de Derecho internacional (78). Dada la naturaleza de la actividad que desarrolla el Estado en este tipo de contratos, así como el carácter de los sujetos intervinientes, cabe plantearnos las siguientes cuestiones:

¿Acaso el ordenamiento jurídico del Estado del foro, en nuestro caso el español, debe configurar la contratación efectuada por sus entes públicos como de derecho privado cuando concurren elementos de internacionalidad? Según Urrea Salazar, corresponde en cada momento al juez o tribunal la calificación en cada caso concreto, siendo la solución indeterminada de antemano, debiendo éste valorar el carácter internacional del mismo y en atención a una serie de parámetros tales como la naturaleza de la actividad, el medio en el que se desarrolla y el carácter que la Administración o ente público ostenta en cada caso concreto.

(78) FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. SÁNCHEZ LORENZO, S. «Curso de Derecho Internacional Privado»1993 pp 271-278.

En segundo lugar, la norma que regula, en el ámbito del Derecho internacional privado, el principio de inmunidad de jurisdicción es el Convenio del Consejo de Europa sobre la inmunidad de los Estados, de 16 de mayo de 1972. Por otro lado, este Convenio se completa con los estudios de la Comisión de Derecho Internacional sobre inmunidades estatales.

En el mencionado texto, en su artículo 4 se establecen las excepciones o límites a la inmunidad de jurisdicción y entre ellas destaca la excepción a este principio de los contratos sometidos al Derecho privado común del estado del foro y cuyas obligaciones deben ser cumplidas en su territorio.

Luego, a sensu contrario, en el momento en que existan obligaciones cuyo cumplimiento se sitúe en territorios diferentes, la excepción sería inaplicable.

En la codificación internacional aludida, ésta de carácter universal, conviene señalar como en la misma se definen los contratos excepcionados de la inmunidad de jurisdicción por la nota de su mercantilidad. Estarán pues excepcionados y constituirán por tanto un límite a la operatividad de la inmunidad de jurisdicción aquellos contratos mercantiles celebrados por un estado cuando exista una jurisdicción competente de acuerdo con el Derecho internacional privado. No obstante el carácter restringido inherente a la mercantilidad, el texto nos proporciona una definición autónoma de contrato mercantil lo suficientemente amplia como para comprender la actividad contractual objeto del presente trabajo de investigación.

Así, se consideran contratos mercantiles a efectos del proyecto de Convención, todos aquellos realizados por un Estado que tengan por objeto la compraventa de mercaderías o la prestación de servicios, los de carácter financiero o que contengan obligaciones de garantía y cualquier otro contrato mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o servicios.

Por ello se puede concluir que en tanto en cuanto dentro de la actividad contractual de nuestra Administración intervengan elementos que internacionalicen los contratos no será de aplicación la excepción al principio de inmunidad de jurisdicción, que únicamente operará en los supuestos en que la celebración y ejecución de los contratos tenga lugar en territorio español aunque el contratista sea extranjero.

Esta afirmación pone de relieve, una vez más, la cesión de soberanía que se produce en el ámbito de la contratación exterior de nuestra Administración.

En cuanto a la incidencia del principio de inmunidad de ejecución se refiere, conviene precisar los supuestos en los que puede resultar operativo.

Partiendo de nuestro postulado principal, la inclusión de las operaciones objeto de estudio en el ámbito del Derecho internacional, con la consiguiente limitación de soberanía que impregna la actuación de la Administración, debemos afirmar la distorsión que supondría para los intercambios comerciales de bienes, el acogimiento de la mencionada excepción por parte de los órganos jurisdiccionales encargados de la ejecución de la decisión judicial o en su caso del laudo arbitral condenatorio de la parte pública.

Si la premisa fundamental es la ejecución, ya se trate de una resolución judicial, ya de un laudo arbitral, una esencial diferenciación se impone, no sólo a efectos de sistematización, sino de régimen jurídico. Se trata: de un lado, de la posibilidad de que la mencionada ejecución se pretenda realizar en territorio del Estado en el que está integrado la Administración parte de la situación litigiosa; de otro, de la eventual ejecución en el territorio de un tercer Estado.

Sin duda este último se trata de un supuesto marginal o aislado, debido tanto a la necesidad de localización de bienes del mencionado Estado en aquel en el que se pretenda realizar la ejecución como a la especial protección que para los mismos puede derivarse del Derecho internacional público. No obstante, solo en estos supuestos podremos estrictamente hablar de inmunidad de ejecución, reservando para los problemas planteados en los supuestos descritos en primer término la denominación de cautelas o límites a la ejecución.

En efecto, en la mayoría de los ordenamientos nacionales se parte de un postulado esencial: solo resulta posible como regla general, que las Administraciones sean condenadas por sus propios órganos jurisdiccionales.

Pero aún en los supuestos en que son los tribunales los que dictan una sentencia condenatoria para la Administración existen en nuestra legislación una serie de normas que imponen determinadas cautelas a la eventual ejecución. En este sentido el Capítulo segundo del Título primero de la LGP que lleva por rúbrica «las Obligaciones de la Hacienda Pública» regula en sus artículos 42 y siguientes el nacimiento, la exigibilidad, los modos de ejecución y la prescripción de las obligaciones económicas del Estado y de sus organismos autónomos. El artículo 44 de la LGP por su parte y en lo que a nuestra exposición atañe, establece en su primer apartado la imposibilidad por parte de los órganos jurisdiccionales y de las autoridades administrativas de «despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos valores y bienes en general de la Hacienda Pública.»

Si esto es así en nuestro Derecho interno, ¿cómo se procederá a la ejecución de una resolución judicial o de un laudo arbitral condenatorio de la misma? La respuesta nos viene dada por el contenido de los ordinales segundo y tercero del mencionado precepto que completan el contenido del mismo. Así en los mismos se establece: por un lado, la competencia en el cumplimiento de las resoluciones condenatorias del Estado y de sus organismos que corresponderá a «la Autoridad administrativa que sea competente por razón de la materia»; por otro, el modo de cumplimiento de la obligación por parte de la Autoridad administrativa competente *ratione materiae* que será acordado «en la forma y con los límites del respectivo presupuesto».

La lógica omisión de los laudos condenatorios en el texto de la mencionada LGP se debe al postulado erigido en regla general más arriba descrito, si bien resulta fácilmente subsanable mediante una interpretación amplia del concepto de resolución judicial a los efectos de esta Ley, comprensiva de las mencionadas decisiones provenientes de tribunales arbitrales. Y es que si el TRLCAP permite e incluso prioriza, en los supuestos de contratación exterior el recurso al procedimiento arbitral como medio de solución de controversias, no se puede negar el acceso a la ejecución de los laudos arbitrales emanados del mismo. No sólo razones de pura efectividad sino de coherencia y sistemática de nuestro ordenamiento imponen esta solución.

El análisis de los problemas derivados de la inmunidad de ejecución en la contratación internacional de las Administraciones Públicas requiere efectuar con carácter previo algunas consideraciones puramente conceptuales. Y es que la ya indicada correlación existente entre las inmunidades afectantes a la actuación estatal o pública no puede llevarnos a confundir o desdibujar la autonomía entre ellas imperante.

En efecto, la potestad atribuida a los jueces y tribunales estatales de hacer cumplir y ejecutar lo juzgado tiene como necesario presupuesto la competencia de otros o de los mismos órganos jurisdiccionales estatales, en suma, la existencia de un proceso condenatorio y de una sentencia judicial o arbitral. Requiere pues, una actividad juzgadora que desencadene una decisión que debe imponer una actividad a una de las partes susceptible de ejecución para un órgano judicial.

No obstante una puntualización se impone a esta observación: el órgano jurisdiccional o el tribunal arbitral del que se emana la sentencia o laudo condenatorio no tiene por que ser el mismo, ni tan siquiera pertenecer al sistema jurisdiccional estatal en el que está encuadrado el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución. De otra parte, la ejecución de una

sentencia no requiere como prius lógico la propia competencia del órgano encargado de la misma dado que: de un lado, las resoluciones judiciales dictadas por órganos jurisdiccionales de otros Estados son susceptibles de ejecución en España (79) con los requisitos establecidos en los distintos instrumentos internacionales o en nuestro sistema autónomo de Derecho internacional privado; de otro, tanto en los mencionados instrumentos internacionales, ya sean bilaterales o multilaterales como en nuestro sistema autónomo de reconocimiento ejecución rige el principio de base que postula por la ausencia de revisión de fondo y en muchos de los primeros se estructura un sistema de reconocimiento automático que conduce a la ejecución de la decisión con un mínimo control de las garantías procesales y del orden público del foro.

Así la eventual invocación de la inmunidad de jurisdicción podría resultar operativa en dos supuestos, a saber: decisión judicial condenatoria para la Administración actuante fuera de nuestro territorio, que pretende ejecutarse en el Estado del foro o en un tercer Estado; laudo arbitral condenatorio para la Administración que pretenda ejecutarse en un tercer Estado.

Ya habíamos indicado nuestra postura negadora de la eventual operatividad de la inmunidad de ejecución en el sector de la contratación pública internacional en cuanto factor distorsionante de los intercambios mundiales de bienes y servicios. Pero a esta consideración se unen otras que guardan relación con nuestro ordenamiento jurídico y en concreto con el sistema propugnado por el TrLCAP.

En el primero de los supuestos más arriba descritos configurado como residual en tanto contrario a los principios derivados del sistema de arreglo de controversias acogido por el TrLCAP, la mencionada inmunidad carece no sólo de razón de ser sino de fundamento jurídico alguno.

En efecto, en esta parcela de la actividad contractual, la máxima *par in parem imperium non habet*, fundamento último de las inmunidades estatales aparece totalmente desdibujada y carente de justificación. Aunque es la actividad o por mejor decir el medio donde se desenvuelve, el que define el carácter con el que actúa la Administración contratante, en nuestro supuesto como un operador más, no es menos cierto que sigue contando

(79) En efecto, la potestad jurisdiccional exclusiva juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos atribuida por el artículo 117.3 de la CE. Encuentra su límite en la garantía de la necesaria continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio. De no respetar esta continuidad el tráfico externo y más concretamente, por lo que respecta a nuestra exposición, el comercio internacional quedarían seriamente afectados y sumidos en la inseguridad e imprevisibilidad del Derecho. Al respecto ver FERNÁNDEZ ROZAS JC, SÁNCHEZ LORENZO S. Op cit en nota 76, pp 637-643.

con su carácter público a pesar de la limitación de soberanía propia a la actuación en el ámbito del comercio internacional.

No obstante el carácter público tiene su principal manifestación en como ya habíamos indicado, en el ámbito de la autonomía material, mediante la inclusión de cláusulas de salvaguardia de las prerrogativas reconocidas en el Derecho Administrativo a las Administraciones contratantes para los supuestos de contratación en territorio nacional.

Sin embargo y a pesar de las consideraciones anteriores este carácter público limitado no es suficiente para desplazar el postulado general atinente al carácter de la actuación determinada por el medio comercial internacional en el que se desarrolla. Así pues, la Administración es un operador más de este ámbito en el que los protagonistas, los operadores o agentes económicos, constituyen una masa de sujetos heterogéneos sometidos, al menos pretendidamente, a unas reglas de juego, si no comunes, sí armonizadas y coherentes.

Bajo este postulado, no es posible justificar la operatividad de la inmunidad de ejecución y esto, al menos, por las siguientes razones. De un lado, por su condición de operador más de en el espacio transnacional de la contratación pública; de otro, en estrecha relación con la anterior, por la contradicción que supondría el aceptar las reglas de juego del comercio internacional, para posteriormente en fase de ejecución de una sentencia condenatoria apartarse de las mismas. Se trata en definitiva de una manifestación más del principio *venire contra factum proprium*.

La misma argumentación aquí esgrimida es predicable para el segundo de los supuestos arriba planteados, es decir, para la ejecución fuera de nuestras fronteras de un laudo condenatorio de la Administración dictado en un procedimiento arbitral. No se puede validar por un lado la suscripción de un compromiso arbitral para después, ante un pronunciamiento desfavorable, invocar la excepción de inmunidad de ejecución.

En cualquier caso no conviene olvidar que serán los órganos jurisdiccionales del Estado donde se solicita la ejecución, los encargados de delimitar la el alcance de la citada inmunidad aplicando e interpretando su propia normativa interna y precisando el alcance y contenido del Derecho internacional vigente en esta materia.

Ejemplo de esta afirmación lo constituye el sistema español de inmunidades de los Estados, cuyo fundamento radica en el párrafo segundo del art. 21 LOPJ que exceptúa al párrafo primero. El tenor literal del precepto es el siguiente:

«1. Los juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y espa-

ñosles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte».

Continuando con el numero segundo de la siguiente manera:

«2. se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidas en el Derecho Internacional Público».

Así pues, el número segundo del precepto transcrito constitutivo del desarrollo del artículo 117.3 de la Constitución se erige en límite a la competencia judicial internacional de nuestros jueces y tribunales. Pero lo destacable realmente es la remisión global que realiza al Derecho internacional público. Siguiendo a L.I. Sánchez Rodríguez, la precisión de esas concretas normas corresponde pues a los jueces y tribunales españoles en una tarea compleja y que requiere en numerosas ocasiones «el empleo del método inductivo» (80).

H) Pago del Precio

Con respecto a la última fase de ejecución del contrato, la relativa al pago cabe destacar determinadas peculiaridades que se presentan en este tipo de contratación ahora analizada.

Así, de acuerdo con el artículo 99 del TrLCAP el contratista tiene derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en la propia Ley y en el contrato con arreglo al precio convenido. Dado el carácter especial de estos contratos, además de lo anteriormente expuesto con relación a la determinación del precio, las formas de realizar el pago del mismo presentan determinadas peculiaridades.

En virtud del Real Decreto 2122/1993 se crea el Centro de Gestión de Pagos en el Extranjero, organismo dependiente de la Dirección de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa encargado de la gestión de los pagos que hayan de efectuarse en el extranjero. En dicho RD se reitera la autorización para la utilización de los fondos «a justificar» y de los «anticipos de caja fija» para atender estos pagos que ya figuraba en le RD 1120/1977.

La utilización de cualquiera de estos fondos, supone en la práctica una mayor agilidad en el proceso del pago, lo que por otra parte se antoja necesario, pues en la mayoría de los casos se hace necesario el anticipo de cantidades a cuenta. La forma concreta de realización de los pagos viene des-

(80) SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. «*Las inmunidades de los estados extranjeros ante los tribunales españoles*», 1990 pp17-20.

crita en la en la Orden del Ministerio de Economía y hacienda de 6 de febrero de 1995 sobre ordenación del pago y pago material en divisas.

No obstante, para la realización concreta del pago, se designarán los documentos que el ordenante considere necesarios a presentar por el beneficiario, lo que en nuestro caso se traduce en la presentación del correspondiente conocimiento de embarque del material de que se trate habida cuanta de que se pactan las entregas de material con aplicación de la cláusula EX WORKS, o FCA.

Otra de las formas de pago que aparecen en este tipo de contratos es la relativa a la introducción de cláusulas de compensación industrial.

El comercio de compensación, también conocido como «countertrade», intercambio compensado, comercio recíproco y comercio compensado, constituye una forma de comercio exterior por la que una empresa o varias de un determinado país se compromete a adquirir bienes o a importarlos del país inicialmente comprador existentes o generados como consecuencia de dicho comercio y cuyo compromiso está basado en un acuerdo o convenio.

Las Directivas de contratación de la Secretaría de Estado de Defensa n^os 91/1986 de 28 de noviembre y 61/1991 de 31 de julio, establecen la obligatoriedad de incluir estos acuerdos de compensación en los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los contratos de adquisiciones en el exterior, de tal modo que no se podrán firmar los correspondientes contratos si no se producen con anterioridad la realización de los mencionados acuerdos.

3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MOUS

El segundo de los instrumentos de cooperación analizados, los denominados MOUS, presentan también ciertas particularidades en cuanto a su régimen jurídico se refiere.

Se trata de acuerdos o convenios cuyo objeto está incluido en el artículo 296 del Tratado de Roma. En cuanto convenios su régimen jurídico aplicable sería el determinado bien por las normas de Derecho Internacional Público, general o especial, bien de derecho extranjero atendiendo a la nacionalidad del estado con el que se contrata (81).

(81) PANIZO GARCÍA, A. «*Régimen Jurídico de los Convenios de Colaboración*». Artículo en obra conjunta «*Convenios y contratos de las Administraciones Públicas*»1996.pp926-927.

No obstante, cabe distinguir entre el convenio en sí y los contratos que derivan del mismo. Así, el convenio, denominado MOU, se registrará por lo que pacten las partes, si bien los contratos concretos derivados del mismo dependerá de cual sea la nación encargada de celebrarlos y ejecutarlos para determinar el régimen aplicable.

En el supuesto de los contratos a celebrar por el gobierno español con empresas extranjeras o nacionales, en principio su régimen jurídico será el determinado por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y demás legislación aplicable, salvo que por determinadas circunstancias este régimen no resultase aplicable. El resto de los contratos caería dentro de la esfera competencial del gobierno en cuestión, aplicándose en ese caso la legislación nacional de ese gobierno.

En cuanto al MOU se refiere, no existe una regulación general que los contemple de una manera directa. Sin embargo, existen diversas normas de carácter interno del Ministerio de Defensa, que determinan su forma y contenido. Así, como se expuso con anterioridad dos son las normas que en el ámbito del Ministerio de Defensa están llamadas a regir el contenido del MOU en cuestión: las normas guía sobre tramitación de acuerdos internacionales en el ámbito del Ministerio de Defensa de 11 de mayo de 1990 y Documento aclaratorio de las normas guía sobre tramitación de los acuerdos de 10 de febrero de 1997, emitidas ambas por la Dirección General de Política de Defensa del mismo Ministerio (82).

En las primeras, es donde realmente se pone de relieve su carácter de acuerdo político diferenciándose así de lo que se puede considerar como un tratado internacional.

Así en el punto segundo de las normas guía, se establece su forma de tramitación. En el mismo se hace expresa mención a que los MOUS deben responder a una necesidad concreta de cooperación con organismos exteriores homólogos del Ministerio de Defensa español. Sitúa la competencia de su tramitación en la citada Dirección de General de Política de Defensa, bien proceda la iniciativa del propio Ministerio o de otro cualquiera.

Especial relevancia presenta el punto tercero, en el que claramente determina cómo redactar los mismos sin perder de vista su verdadera naturaleza de acuerdo político. Así, comienza el epígrafe con el establecimiento de la obligación de no denominar al acuerdo como tratado, es decir excluir las posibles denominaciones que puedan dar lugar a equívocos, sugiriendo términos como comunicado, memorando, minuta etc..

(82) Circular de carácter interno del Ministerio de Defensa.

Por otro lado, las citadas normas obligan en la redacción de los acuerdos a dejar expresamente constancia de su no sometimiento al Derecho Internacional o a cualquier otro que pudiera ser de aplicación (83). Obliga, por otro lado, a no indicar como sujeto compromisario al Reino de España, España, o la realización de referencias a las altas partes contratantes, sino simplemente al órgano del Ministerio firmante.

Por último cabe destacar la obligatoriedad de evitar la inclusión de cláusulas finales que prevean la formalización del acuerdo con posterioridad a su firma, formulación de reservas, alusiones a su entrada en vigor, denuncia y arreglo de controversias que vaya más allá de la previsión de meras consultas. Obligando por otro lado, a eliminar cualquier previsión de responsabilidad por incumplimiento.

Todo ello, parece indicar sin lugar a equívocos que estos instrumentos no son sino acuerdos políticos entre «caballeros», cuyo contenido es exigible únicamente en ese plano.

No obstante conviene insistir en la diferenciación del MOU como acuerdo entre gobiernos y los contratos a los que puede dar lugar su desarrollo. Estos contratos se celebrarán entre los gobiernos y las distintas empresas aplicándose la Ley del país dónde se vaya a celebrar o en su caso ejecutar el contrato en cuestión.

En cuanto a su tramitación se refiere, en el documento aclaratorio de las normas guía aludidas con anterioridad, se establece claramente que la competencia en ese ámbito reside en la Dirección General de Política de Defensa, salvo que el contenido de la materia rebase las competencias de este Ministerio, en cuyo caso, se establece la necesaria intervención del Ministerio de Asuntos Exteriores (84).

CONCLUSIONES

I

La contratación exterior del Ministerio de Defensa constituye en sí misma una especialidad dentro de la contratación administrativa general. Especialidad que viene determinada tanto por las características del material objeto de los contratos, como por el carácter internacional de los mismos.

(83) Al respecto ver punto 3º párrafo 2º.

(84) Al respecto ver punto primero del documento aclaratorio sobre tramitación de los acuerdos internacionales de 10 de febrero de 1997, (norma de carácter interno del MINISDEF).

En este orden de cosas, destaca la escasa regulación de este sector de la contratación, tanto a nivel nacional como europeo. No obstante, tras la promulgación de la ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, se pone de relieve la voluntad del legislador de aplicar a este sector la legislación general en materia de contratación administrativa, en la manera en que esto resulte posible.

Propio de las relaciones jurídicas presentes en el comercio internacional, nuestro legislador ha flexibilizado la postura que ostenta en los contratos que celebra en territorio nacional con empresas españolas, permitiendo la inclusión de cláusulas adoptadas de acuerdo con los usos y costumbres del comercio internacional.

Con esta flexibilización, nuestra Administración se despoja de gran parte de las potestades que ostenta en la contratación nominada, muy especialmente a la hora de celebrar contratos cuyo objeto sea la adquisición de material militar a través de empresas extranjeras y que adquiere especial relevancia cuando además el contrato se celebra y ejecuta en territorio extranjero.

La situación contraria al principio de paridad entre las partes se produce en el caso de contratación con organismos y gobiernos extranjeros, como el Norteamericano, debido básicamente a la deficiencia tecnológica en el sector de la industria militar que presenta nuestra nación. En estos casos, las prerrogativas que ostenta nuestra Administración en la contratación nominada devienen inaplicables e incluso se invierte su postura dominante.

II

El principal problema que surge en el estudio de los distintos instrumentos contractuales utilizados por el Ministerio de Defensa para la adquisición de material militar en el extranjero, es precisamente la determinación de su naturaleza jurídica.

Dentro de las modalidades contractuales estudiadas, los denominados contratos comerciales con empresas extranjeras son verdaderos contratos administrativos, si bien en cuanto a su régimen jurídico se refiere presentan algunas peculiaridades derivadas de la introducción en los mismos de normas y usos vigentes en el comercio internacional.

Mayores dificultades presenta la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos acogidos al sistema de ventas en el extranjero del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica (FMS). Por un lado las

partes contratantes son gobiernos y por otro el objeto de los contratos está dentro del contenido del artículo 296 del Tratado de Roma. De ahí que se plantee la cuestión de si estamos ante verdaderos contratos administrativos o ante acuerdos o convenios consecuencia de la aplicación del mencionado artículo 296 del Tratado de Roma y por tanto excluidos del ámbito de aplicación de la LCAP.

La respuesta viene de la mano de la distinción entre contrato y convenio en primer lugar, llegando a la conclusión de que son verdaderos contratos entre gobiernos. Por otro lado, también se puede concluir que la citada legislación excluye de su ámbito de aplicación a los convenios y no a los contratos que sean consecuencia de la aplicación del citado artículo 296 del tratado de Roma. Si bien y dado que la actual LCAP no contempla esta posibilidad, aunque tampoco la excluye frontalmente, su regulación jurídica se encuentra en el Real Decreto 1120/1977, normativa complementaria al régimen general establecido en la citada LCAP.

Esta regulación, no sólo no se opone al régimen establecido en la actual Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino que constituye un complemento de la misma. Su contenido se limita a introducir determinadas especialidades a las reglas contenidas en el TrLCAP.

Los contratos celebrados en el ámbito de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, se desarrollan conforme a los procedimientos diseñados en los distintos Tratados, protocolos y cartas de la propia Organización. Por tanto, el derecho aplicable a los mismos se sitúa dentro del ámbito del Derecho Internacional Público y por ende al margen de la legislación general en materia de contratación administrativa. Lo que no obsta para que ésta devenga aplicable con carácter supletorio.

Por último, la cooperación en materia de industria militar con otros gobiernos se articula también a través de los denominados MOUS, o acuerdos técnicos a nivel político. Estos acuerdos constituyen verdaderos convenios consecuencia de la aplicación del ya reiterado artículo 296 del Tratado de Roma y por tanto quedan la margen de la regulación contenida en la LCAP. Lo que no impide que de ellos se deriven verdaderos contratos cuyo régimen jurídico aplicable dependerá del lugar de celebración y ejecución y de la nacionalidad de las partes contratantes.

BIBLIOGRAFÍA

- ASÍS ROIG, A. E. DE «La Contratación de la Administración de la Administración en el extranjero» *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 1996.
- BASSOLS COMA, M. «Consideraciones sobre los Convenios de colaboración de la Administraciones públicas con los particulares» *Revista de las Administraciones Públicas* n° 82 Ene-abril de 1977.
- DEPARTMENT OF DEFENSE (DOD). «FMS Customer financial management handbook» 9th Edition 1998.
- FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, E. y otros «Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas» 2002.
- FERNÁNDEZ ROZAS, JC. SÁNCHEZ LORENZO, S. «Curso de Derecho Internacional Privado», 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Ámbito de la aplicación de la Ley» *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ T, R. «Curso de Derecho Administrativo», 1993.
- GÓMEZ DE MERCADO, F. «Los convenios administrativos y otras relaciones excluidas de la legislación de contratos del Estado». *RDA* 1996.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. «Derecho Internacional Privado parte especial» 4^a Edición revisada 1991.
- ILLESCAS ORTIZ, R. «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistemática» *RDM* n°207, 1993.
- MARTÍN RETORTILLO, S. «El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones» 1996.
- MIRANDA GONZÁLEZ, J. «La Contratación de las Administraciones Públicas», 1995.
- MORÁN BOVIO, D. «La Contratación Pública de obras y bienes se abre al mercado mundial: Nueva Ley Modelo UNCITRAL» *D de los N* n° 50, 1994.
- MORENO MOLINA, JA. «Contratos Públicos: Derecho Comunitario y Derecho español, 1996».
- NÚÑEZ MUNAIZ, R. «Comentarios a la Ley de Contratos de las administraciones Públicas» 1996.
- OLIVENCIA, M. «Hacia un Derecho Mercantil Uniforme en el siglo XXI, *RDM*, n°207 1993.».
- PANIZO GARCÍA, A. «Régimen jurídico de los convenios de colaboración» 1996.

- RUÍZ OJEDA, A.; GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J. «Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial» 1996.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JM. «Los convenios entre Administraciones Públicas» 1996.
- SAINZ DE VICUÑA Y BARROSO, A. «La Contratación Exterior del Estado», 1986.
- SAINZ MORENO, F. «Prerrogativas de la Administración en la Contratación Administrativa», *Derecho de los contratos públicos*. 1993.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. «Las inmunidades de los estados extranjeros ante los tribunales españoles» 1990.
- TORRES VIQUEIRA, E. «Elementos procedimentales de la contratación militar». 2001.
- URREA SALAZAR, MJ. «La contratación Internacional de las Administraciones Públicas» 1999.

LA PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS: UN ESTUDIO DE CONJUNTO

María Lourdes Gago García

Licenciada en Derecho

Profesora de Formación y Orientación Laboral

SUMARIO

1. EL DESARROLLO DEL CONCEPTO CONFLICTO ARMADO INTERNO. 1.1. El desarrollo del concepto en el Derecho Internacional Humanitario. 1.2. El desarrollo del concepto en la doctrina científica. 2. NORMATIVA APLICABLE A LA PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL EN LOS CONFLICTOS INTERNOS. 2.1. Conflictos armados internos de menor intensidad. 2.2. Conflictos armados internos del Protocolo Adicional II. 2.3. Conflictos no internacionales recogidos en el artículo 8.2.f) del Estatuto de la Corte Penal Internacional. 3. MECANISMOS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL. 3.1. Principios básicos aplicables a los conflictos internos. 3.2. Medidas de protección contenidas en el artículo 3 común y en el artículo 4 del Protocolo II. 3.3. Medidas de protección directa de la población civil en conflicto armado interno. I. Medidas de protección directa del artículo 13 del Protocolo II. II. Protección de bienes indispensables para la supervivencia. III. Protección de obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. IV. Protección de los bienes culturales y los lugares de culto. V. Medidas de protección dispensadas a heridos y enfermos. VI. Medidas de protección de personas privadas de libertad. 3.4. Medidas de prevención tácticas. 4. PROHIBICIONES O LIMITACIONES EN EL USO DE ARMAS EXCESIVAMENTE NOCIVAS O DE EFECTOS INDISCRIMINADOS. 5. GARANTÍAS JUDICIALES. 6. CONSIDERACIONES FINALES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

El Derecho Internacional Humanitario es la parte del Ordenamiento jurídico internacional que contiene la protección que ha de dispensarse a las víctimas de los conflictos armados. En las últimas décadas hemos sido testigos del gran número de conflictos armados que se desarrollan dentro de los Esta-

dos y de las brutales consecuencias que estos conflictos tienen para la población civil, entendiendo por población civil la persona que «no es miembro de un ejército y que no pertenece a las milicias ni a los cuerpos voluntarios, incluidos los movimientos de resistencia organizados, sean o no reconocidos por la parte adversa» (1) El presente artículo pretende analizar las medidas básicas de protección que el Derecho Internacional Humanitario dispensa a la población civil en los denominados conflictos armados internos.

1. EL DESARROLLO DEL CONCEPTO DE CONFLICTO ARMADO INTERNO

1.1. EL DESARROLLO DEL CONCEPTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El Derecho Internacional Humanitario en el artículo 3 común a los Cuatro Convenios recoge la protección mínima que debe darse a los seres humanos en los conflictos armados sin carácter internacional. Sin olvidar la gran importancia de este artículo para la protección de la vida de muchos seres humanos, se ha criticado la ausencia de una definición que aclare lo que hay que entender por conflicto armado interno, lo que ha suscitado un gran interés doctrinal. Los conflictos armados internos vuelven a ser mencionados en el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que indica en el propio título de la norma que su protección se destina a las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Su ámbito de aplicación material se define en su artículo 1 al señalar que el citado Protocolo II, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, «se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante». El artículo 1 del Protocolo Adicional II tampoco define lo que ha de entenderse por conflicto interno pero precisa ciertas condiciones que ha de cumplir el conflicto para que se considere interno y para que quede bajo el ámbito de acción material del Protocolo II, a saber: que se desarrollen en el territo-

(1) Umozurike, Oji, *La protección de las víctimas de los conflictos armados III. La Población Civil, en Las Dimensiones Internacionales del Derecho Humanitario*, Instituto Henry Dunat, Tecnos, Madrid, 1990, p. 191.

rio de una Alta Parte contratante, entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, bajo la dirección de un mando responsable, que ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

El párrafo 2 del artículo 1 excluye expresamente de la consideración de conflictos armados a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos.

Encontramos una reciente referencia a los conflictos de índole no internacional en el artículo 8.2.f) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En el precepto citado se indican las condiciones que tiene que cumplir el conflicto interno para que los crímenes que se cometan en él puedan ser juzgados por la Corte Penal Internacional. Se exige que el conflicto tenga «lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos» (2). Junto a estas características que debe cumplir el conflicto armado interno, nuevamente un texto internacional se encarga de distinguir las situaciones de violencia que pueden darse dentro de un Estado. El mismo párrafo f) se encarga de precisar que no se encuentran dentro de los conflictos armados de índole no internacional las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores. Literalmente el precepto dice así: «El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.»

Como se puede apreciar tanto el Derecho Internacional Humanitario como otros textos normativos de Derecho Internacional se encargan de precisar la diferencia entre los conflictos internacionales y los conflictos internos. Esta circunstancia, que ha sido una constante en el Derecho Internacional, pretende marcar la significativa diferencia de protección que se da a las víctimas de los diversos tipos de conflictos. Sin embargo, en los últimos años la distinción acerca del derecho aplicable a los conflictos armados internacionales e internos ha sufrido una influencia significativa a raíz del trabajo de los Tribunales Penales Internacionales. Es decisiva en este sentido la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex-

(2) El artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional tipifica las acciones que se consideran crímenes de guerra.

Yugoslavia (en adelante TPIY) en el Asunto Tadic. El párrafo 97 de la Sentencia de 2 de octubre de 1995 se refiere a la importancia de proteger a las víctimas de los conflictos internos con la misma eficacia que a las víctimas de los conflictos internacionales (3). Estas mismas opiniones han sido recogidas en algunos instrumentos de Naciones Unidas. El informe de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas Doc. E/CN.4/2001/91 indica que según la jurisprudencia del TPIY «existe un núcleo común de derecho internacional humanitario sustantivo que es aplicable tanto a los conflictos armados internacionales como a los no internacionales (4). En el mismo párrafo 11 de este informe se señala además que la Sala de apelación considera que se ha «creado un amplio cuerpo de derecho internacional consuetudinario aplicable a los conflictos armados no internacionales» (5), por lo que parece se está abriendo una vía para lograr una igual protección para las víctimas de los conflictos armados con independencia de su naturaleza interna o internacional.

1.2. EL DESARROLLO DEL CONCEPTO EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA

Las dificultades que presenta la falta de definiciones precisas acerca de lo que se ha de entender por conflicto interno o internacional han despertado interés en la doctrina científica. A través de sus aportaciones se ha pretendido aclarar cuando estamos ante un conflicto interno, además de delimitar la intensidad de dicho conflicto, y el derecho humanitario aplicable a tales situaciones. Algunas de las contribuciones en este campo han sido recogidas a continuación.

La primera aportación en este campo es la que efectuó Vattel en su obra *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle* (1758) (6). Vattel se encargó de reflexionar acerca de estas situaciones indicando un conjunto de reglas que habrían de respetarse en los conflictos internos que enfrenta a unos súbditos contra el Soberano del Estado.

En el terreno de la distinción entre conflicto internacional, conflicto interno, Javier Guisandez Gómez recoge tres criterios enunciados a su vez

(3) Para mayor información sobre este asunto se puede consultar la Sentencia del asunto N° IT-94-1-T del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia

(4) Doc. NU E/CN.4/2001/91, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Normas básicas de humanidad*, párrafo 11.

(5) Doc. NU E/CN.4/2001/91, op. cit. párrafo 11

(6) Vattel, Emmer de, *Les Droits de Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, Washington, 1916.

por José Luis Fernández Flores en su obra «Del derecho de la Guerra» (1982), de forma que si se cumplen los tres requisitos que a continuación se describen estamos en presencia de un conflicto no internacional, a saber:

«Su desarrollo se verifica dentro de las fronteras de un estado o de sus territorios de soberanía.

Al menos una de las partes no tiene cualidad estatal.

Parte de las luchas armadas que se ejecutan, se regulan por las normas jurídico-internacionales» (7).

La profesora Mangas Martín propone una interesante y bien estructurada clasificación que distingue entre conflicto armado internacional, conflicto interno internacionalizado, conflicto armado interno y guerra civil:

- El conflicto armado internacional es el que enfrenta a dos o más Estados entre sí. En ellos pueden estar implicadas organizaciones internacionales.

- El conflicto armado internacionalizado se caracteriza porque terceros Estados prestan su apoyo a alguna de las partes implicadas en un conflicto interno.

- El conflicto armado interno es aquel que enfrenta a dos partes o facciones de un mismo Estado. La profesora Mangas Martín lo define como aquel que «tiene lugar entre las propias fuerzas armadas por rebelión en su seno, o de éstas contra grupos civiles armados o de grupos de población que se enfrentan entre sí, etc» (8), y lo compara con el concepto de guerra civil indicando que este último concepto es más restrictivo que el anterior al caracterizarse por «la división generalizada de la sociedad civil y el enfrentamiento armado de dos o más bandos y calificada por una cierta duración del conflicto, la intensidad de las operaciones militares, el carácter abierto de las hostilidades (...), el volumen y la organización de los grupos armados y, finalmente, el dominio de una parte notable o significativa del territorio nacional» (9). En la actualidad los conflictos armados internos no se ajustan tanto a los caracteres de la guerra civil sino que tienen una estructura más abierta y dinámica.

Se puede apreciar como la profesora Mangas Martín además de diferenciar entre conflicto armado interno o internacional introduce otra dife-

(7) Guisández Gómez, Javier, *Los Conflictos Armados Internos*, publicado en Curso de Derecho Internacional Humanitario, Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, Cruz Roja Española, Ciudad Real, 1999, p. 210.

(8) Mangas Martín, Araceli, *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1992, p. 17 y 18.

(9) *Ibid.*, op. cit. p. 59.

renciación en el seno de los conflictos armados internos. La diferenciación entre los distintos tipos de conflictos internos que existen es, precisamente, una cuestión que suscita gran interés en la doctrina actualmente, pues también la protección dispensada a la población civil es diferente en función del tipo de conflicto interno al que nos enfrentemos como sucede con la protección de la población civil en los conflictos internacionales e internos. Veamos algunas consideraciones a este respecto.

Carlos Jiménez Piernas (1999) indica que el conflicto interno se define por dos notas características «la existencia de una situación objetiva de violencia y hostilidades, localizada sobre el territorio de un solo Estado» (10). Profundizando en el concepto de conflicto sin carácter internacional precisa que existe un conflicto interno de grado mayor, —la guerra civil clásica— y un conflicto interno de grado menor que el autor denomina situación de violencia interna caracterizada por «una situación de violencia generalizada y endémica, cierto grado de organización en las acciones armadas de las partes o grupos en conflicto, y un clima estable de inseguridad ciudadana nacido de la naturaleza colectiva y permanente de dicha violencia» (11). La violación de derechos humanos básicos en estas situaciones de violencia interna, de grado menor, es considerable por lo que precisan también de un tratamiento jurídico adecuado.

José Luis Fernández-Flores y de Funes (2001), distingue entre: a) conflictos armados internacionales que se desarrollan entre Estados; b) desórdenes internos que serían el límite inferior de los conflictos armados internos, definiéndose por el autor como «aquellos actos y situaciones que se producen en el interior de un Estado, comportando un grado de violencia mayor del que habitualmente existe en toda sociedad estatal» (12); c) guerra civil que se define como «*una lucha armada, que se produce no entre Estados sino entre facciones de la población de un Estado y que se desarrolla únicamente en el territorio de un Estado*» (13). Para este autor el

(10) Jiménez Piernas, Carlos, *La Calificación y Regulación Jurídica Internacional de las Situaciones de Violencia Interna*, Separata del Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Volumen XIV, 1999, p. 42.

(11) Jiménez Piernas, Carlos, *La Calificación y Regulación Jurídica Internacional de las Situaciones de Violencia Interna*, op. cit. p. 44

(12) Fernández-Flores y de Funes, José Luis, *El Derecho de los Conflictos Armados, De Iure Belli, El Derecho de la Guerra, El Derecho Internacional Humanitario, El Derecho Humanitario Bélico*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2001, págs. 801-802. Según este autor los desórdenes internos son situaciones más fáciles de percibir que de precisar, dichas situaciones se caracterizan porque se producen actos violentos de tal envergadura que sobrepasan los límites normales de violencia, p. 802.

(13) Ibid. op. cit. p. 806

dato determinante de una guerra civil es que la lucha se produce entre dos partes de desigual condición jurídica. El profesor Fernández-Flores distingue a su vez dentro de la guerra civil la denominada guerra civil interna y la guerra civil con trascendencia internacional. La guerra civil exclusivamente interna es el prototipo de guerra civil en la que sólo está implicado un Estado. La guerra civil internacionalizada es aquella en la que se producen intervenciones de terceros Estados en el conflicto bélico.

Para Eric David (2001) existen actualmente tres tipos de conflictos armados no internacionales que derivan de la normativa aplicable a las situaciones de conflictos internos: «la lecture combinée des textes du 2e Protocole de 1977, du Statut de la CPI (art. 8.2 f) et de l'article 3 commun (1949) montre qu'il existe aujourd'hui trois types de conflits armés non internationaux» (14).

2. NORMATIVA APLICABLE A LA PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

Se hace imprescindible delimitar con claridad la normativa aplicable a la protección de la población en cada una de estas diferentes situaciones conflictivas que se pueden vivir dentro de un Estado: Conflictos armados protegidos por el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra, conflictos del Protocolo II Adicional II, y conflictos no internacionales recogidos en el artículo 8.2.f) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

2.1. CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS DE MENOR INTENSIDAD

Estos conflictos se encuentran regulados por el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aunque dicho precepto legal omite la definición y los caracteres de estos conflictos como ha quedado reflejado anteriormente. Ha sido la doctrina la que ha precisado que tipo de conflicto armado ha de incluirse dentro del tenor del artículo 3 común.

Para la profesora Araceli Mangas (1992) el artículo 3 hace una delimitación del conflicto en negativo al especificar que no se aplica a conflictos internacionales. Esta circunstancia que permite que «toda una

(14) Eric, David, *Introduction au droit international humanitaire*, Collegium, nº 21-IX-2001, p. 16.

amplia gama de conflictos armados internos que se desarrollen en el interior de un Estado serán las variadas situaciones de hecho a las que será aplicable el artículo 3 de los Convenios» (15). El artículo 3 sería aplicable a conflictos que gocen de caracteres como los siguientes: «acción prolongada en el tiempo y en el espacio, su asentamiento en una parte del territorio, la situación de inseguridad (como señalaba el citado Informe de la Comisión de Expertos de 1962), etc. y sería igualmente aplicable cuando todo ese conjunto de características de acción armada, organizada, colectiva, etc. se den en su máxima intensidad y generalización hasta constituir una guerra civil en el sentido tradicional. Ese sería el amplio abanico de situaciones en el que sería aplicable el art. 3» (16).

Carlos Jiménez Piernas (1999) denomina «situaciones de violencia interna de tipo o grado menor» a los conflictos regulados por el artículo 3 común. Estas situaciones se caracterizan por «una situación de violencia generalizada y endémica, cierto grado de organización en las acciones armadas de las partes o grupos en conflicto, y un clima estable de inseguridad ciudadana nacido de la naturaleza colectiva y permanente de dicha violencia» (17). Para Jiménez Piernas, al igual que para la mayoría de la doctrina especialista en el tema, este tipo de conflictos son los más habituales en la actualidad y de ellos derivan las guerras civiles tradicionales, podrían compararse con el «bandidaje o bandolerismo» (18) clásico.

De obligada cita en esta materia son los estudios que ha realizado la Cruz Roja Internacional a través de importantes especialistas en el tema. Jean Pictet, una de las principales autoridades en materia de Derecho Internacional Humanitario, indica que los conflictos armados del artículo 3 común se caracterizan por «*hostilidades* en las que se enfrentan *fuerzas armadas*» (19), pero en el interior de un Estado. Para este autor los conflictos del artículo 3 gozan de muchos aspectos de las guerras internacionales, puesto que «cada una de las dos partes está en posesión de una parte del territorio nacional y, a menudo, existe alguna forma de frente» (20).

La normativa básica a aplicar en los conflictos no internacionales del artículo 3 común es la siguiente:

(15) Mangas Martín, Araceli, *Conflictos armados internos...*, op. cit. p. 41.

(16) *Ibid.* op. cit. p. 70.

(17) Jiménez Piernas, Carlos, *La Calificación y Regulación Jurídica*. op.cit. p.44.

(18) *Ibid.* op.cit. p.45.

(19) Pictet, Jean, *Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, tomado de www.icrc.org/icrcspa.nsf, p. 8

(20) Pictet, Jean, *Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra*, op. cit. p. 8.

Se aplican todas las normas existentes para la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas en momentos de paz y en situaciones de tensiones internas y disturbios interiores, teniendo en cuenta que algunos derechos fundamentales pueden quedar suspendidos en tiempo de conflicto armado. Con relación al derecho de los derechos humanos Eric David (2001) ha puesto de relieve que «Le droit international humanitaire *n'exclut pas les règles relatives aux droits de l'homme*. L'étude de la jurisprudence démontre que certains mécanismes de protection des droits de l'homme font appel au droit humanitaire. Rappelons que les droits de l'homme sont applicables en temps de paix comme en temps de guerre» (21).

Es de aplicación el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, que está considerado como un convenio en miniatura, pues establece la protección básica que se debe dispensar a toda persona que participe en un conflicto armado sin carácter internacional. Este artículo, cuya consecución no fue fácil por las distintas posiciones que defendían diferentes Estados en la Conferencia Diplomática de 1949, ha sido considerado en el ámbito internacional como un instrumento imprescindible de protección de la población civil en los conflictos armados internos. Para Jean Pictet, este artículo «tiene el mérito de la sencillez y la claridad. Garantiza, al menos, la aplicación de normas humanitarias reconocidas como esenciales por los pueblos civilizados y da una base legal a las intervenciones caritativas del Comité Internacional de la Cruz Roja o de cualquier otro organismo humanitario imparcial (...) Otro mérito del texto es el de ser aplicable automáticamente, sin condición de reciprocidad» (22).

Este texto ha sido el pilar central en el que se ha cimentado la protección de la población civil en los conflictos armados no internacionales. Se puede indicar que es la protección básica que deben garantizar las partes combatientes en un conflicto a la población civil, y a aquellas personas que han quedado fuera de combate, y como muy bien refirió Coursier, incluso antes de adoptarse el Protocolo II, el art. 3 común «constituye jurídicamente una entrada en materia para todos los desarrollos constitutivos» (23).

(21) Eric, David, *Introduction au droit international humanitaire*, op. cit. p. 17.

(22) Pictet, Jean, *Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra*, op. cit. p. 6.

(23) Coursier, H, *Actividad en caso de conflicto interno (guerra civil, disturbios interiores)*, comunicación presentada en el Seminario sobre la actividad de la Cruz Roja en favor de las víctimas de los conflictos armados, Ginebra, agosto 1993, Comisión del Centenario de la Cruz Roja en Suiza, Ginebra, 1965, p. 162.

Para Cesáreo Gutiérrez Espada el artículo 3 común contiene una «vaga formulación, ésta, que permite una interpretación amplia, pues no se desarrollan, ni se comenta, ni ejemplifican sus términos» (24) acerca de lo que ha de entenderse por conflicto interno sin carácter internacional, lo que supone una ventaja importante porque se encuadran dentro de él actividades bélicas que no encuentran cabida en el ámbito material del Protocolo II.

Son muchas las voces que critican la escasa normativa que protege a la población civil en los conflictos armados internos de grado menor (25), en esta línea Carlos Jiménez Piernas (1999), refiriéndose a esta cuestión, indica que nos encontramos en esta materia ante «un estado de cosas insatisfactorio. La población civil merece protección frente a los ataques directos e indiscriminados; las armas y métodos de combate cuyo uso está prohibido en los conflictos armados internacionales debería también estarlo en las situaciones de violencia interna; la obligación de adoptar precauciones militares para disminuir el riesgo de bajas civiles y las reglas para facilitar y proteger la labor de las organizaciones humanitarias deberían aplicarse siempre, con independencia de la naturaleza e intensidad del conflicto» (26). Cesáreo Gutiérrez Espada apunta que debe reclamarse «una sola y misma normativa jurídica internacional y, por tanto, abandonarse formalmente la distinción sobre la que reposa hoy el denominado Derecho internacional humanitario y aparece simbolizada en la existencia de los Protocolos I y II de 1977» (27). Este último autor basa su tesis en el elevadísimo número de conflictos armados internos, así como en las feroces violaciones de derechos humanos que en ellos se cometen.

— También son de aplicación a estos conflictos las disposiciones de los Convenios que hayan puesto en vigor las partes implicadas en el mismo por medio de acuerdos especiales que se pueden realizar según el

(24) Gutiérrez Espada, Cesáreo, *El Derecho Internacional Humanitario y Los Conflictos Armados Internos*, publicado en Revista Española de Derecho Militar, Núm. 68, julio-diciembre, 1996, p. 17.

(25) El informe de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU Documento E/CN.4/2001/91 sobre promoción y protección de los derechos humanos, refiriéndose a las consultas efectuadas a algunos Estados con relación a las lagunas que pudieran existir con relación a la protección de los individuos en situaciones de violencia interna, señaló que existe un «acuerdo general en que no hay lagunas sustantivas evidentes en la legislación para la protección de los individuos en situaciones de violencia interna. También existe un amplio acuerdo en que no hay necesidad de nuevas normas (...) El punto de partida para ese proceso es la necesidad de definir unos principios fundamentales que sean aplicables a todos los agentes y en cualquier momento, con inclusión de situaciones de violencia interna, así como en la paz y en situaciones de conflicto armado».

(26) Jiménez Piernas, Carlos, *La Calificación y Regulación Jurídica*. op.cit. p.64.

(27) Gutiérrez Espada, Cesáreo, *El Derecho Internacional Humanitario...*, op. cit. p. 27.

tenor del artículo 3 común. El párrafo 2 del artículo 3 común recoge que «Las Partes contendientes se esforzarán, por otra parte, por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, algunas o todas las demás disposiciones del presente Convenio».

— Las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario (28) también son de aplicación a este tipo de conflictos. A diferencia de lo que ocurre con el derecho internacional convencional que regula los conflictos internacionales, el derecho internacional convencional que regula los conflictos armados internos de menor intensidad es escaso. Es tan escaso, que casi queda reducido a la aplicación del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. La aplicación del artículo 3 no consigue cubrir todas las lagunas que se presentan, sobre todo en lo que respecta a los métodos y medios de combate o lo que es lo mismo conducción de hostilidades, por ello el CICR se ha encargado de hacer un estudio relativo al derecho internacional consuetudinario que se aplica a estas situaciones. Este conjunto de normas consuetudinarias básicas, se refieren a la protección de la dignidad humana en los conflictos armados internos. La Cámara de apelación del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia indica en la decisión adoptada con relación al caso Dusko Tadic (29) que existen normas de Derecho internacional general que son aplicables a las situaciones de violencia interna de grado menor, no reguladas por lo tanto por el Protocolo II. Gutiérrez Espada (1996) indica que algunas de estas normas consuetudinarias han sido incluidas en los Protocolo I y II. Entre las normas que protegen la población civil pueden citarse las siguientes:

«— Debe distinguirse siempre, en la realización de las operaciones militares en un conflicto armado interno, entre las personas que toman parte en las hostilidades y la población civil, y, en general, quienes habiéndolo hecho, han dejado de participar activamente en ellas.

— Prohibición de lanzar ataques contra la población civil.

— Las presas, diques y otras instalaciones utilizadas únicamente por la población civil no pueden ser objeto de operaciones militares.

(28) Respecto a este tema se puede consultar el artículo *Estudio sobre normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario: propósito, cobertura, metodología*, elaborado por Jean-Marie Henckaerts, publicado en la Revista Internacional de la Cruz Roja, número 835, pp 660-668. En el mencionado artículo el autor indica que la identificación de las normas de derecho consuetudinario puede ser de gran utilidad en cuanto son normas aplicables a todos los Estados, aplicables por los tribunales penales internacionales, y puede contribuir a que los Estados ratifiquen algunos tratados que han positivizado estas normas de derecho consuetudinario.

(29) Caso número IT-94-I-AR72, decisión de 2 de octubre de 1995 caso Dusko Tadic.

— Lugares o áreas designadas para la protección de la población (hospitales, zonas de refugio...) no pueden ser objeto de operaciones militares.

— La población civil no puede ser objeto de represalias, traslados forzados u otros atentados contra su integridad» (30).

Dentro de las normas consuetudinarias es obligada la referencia a la cláusula Martens. Esta cláusula que apareció por vez primera en el II Convenio de La Haya en 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre dice textualmente: «*Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública*» (31).

Según Rupert Ticehurst, esta cláusula es clave en esta temática porque «por la referencia que hace al derecho consuetudinario, señala la importancia de las normas consuetudinarias para la regulación de los conflictos armados» (32).

Por último hay que citar la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado de 1954 que también es aplicable, pues así se recoge en el artículo 19 de dicho texto. El párrafo 1 del precepto citado indica que «En caso de conflicto armado que no tenga carácter internacional y que haya surgido en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto estará obligada a aplicar, como mínimo, las disposiciones de esta Convención relativas al respeto de los bienes culturales».

(30) Gutiérrez Espada, Cesáreo, *El Derecho Internacional Humanitario...*, op. cit. págs. 23-24.

(31) La cláusula Martens ha sido incluida posteriormente en otros textos internacionales. En el artículo 1 párrafo 2 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, se recoge con el siguiente tenor literal: «2. 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 del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública».

(32) Ticehurst, Rupert, *La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados*, Revista Internacional de la Cruz Roja, número 140, págs, 131 a 141, tomado de WWWicrc.org/icrcspa.nsf, p. 2.

2.2. CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS DEL PROTOCOLO ADICIONAL II

El tenor del artículo 1 del Protocolo II delimita el ámbito de aplicación material del propio texto, indicando que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

Además se exige como condiciones complementarias:

que el conflicto se desarrolle en el territorio de una Alta Parte contratante, entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que estén bajo la dirección de un mando responsable, ejerciendo sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

Resaltaremos que el Protocolo II precisa para su aplicabilidad que en el conflicto intervengan las Fuerzas Armadas de un Estado y que las operaciones militares tengan un carácter continuado. Como se puede apreciar el Protocolo II define bien las condiciones que ha de cumplir el conflicto armado para que pueda aplicarse este instrumento. La doctrina indica que dichas condiciones han de cumplirse en su totalidad, por lo que quedaría bastante restringida su aplicación, en este sentido se pronuncia Araceli Mangas (1992) al afirmar que «es criticable que la Conferencia exigiese ese cúmulo de condiciones que, además de alzar un umbral muy elevado para la aplicación del Protocolo II, son, a su vez, las condiciones clásicas de la beligerancia (...) acumularlas todas sería difícil por lo que este instrumento sería aplicable únicamente a las raras guerras civiles de estilo clásico, lo que haría que el Protocolo II llegase a ser un instrumento inútil» (33).

La delimitación del ámbito de aplicación se completa con una cláusula de exclusión que se recoge en el párrafo 2 del art. 1, al indicarse expresamente los conflictos a los que no se aplicaría el propio Protocolo II. Estas situaciones son: a) Las situaciones de tensiones internas; b) Los disturbios interiores, tales como motines; c) Los actos esporádicos y aislados de violencia, y otros análogos, que no son conflictos armados.

A la opinión de la autora citada anteriormente pueden sumarse las citas de Jiménez Piernas (1999) que indica que el Protocolo II «sólo se aplica a conflictos internos que alcanzan cierto umbral de intensidad, los de grado

(33) Mangas Martín, Araceli, *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, op. cit. p. 76.

mayor» (34); la opinión de Jean Pictet (1986) para quien el «precio pagado por la aceptación del Protocolo detallado fue la definición restrictiva de su ámbito de aplicación, que es menos extenso que el del artículo 3» (35); la opinión de Gutiérrez Espada (1996) para quien «el Protocolo II es mucho más restrictivo, excluyendo claramente algunas situaciones que encuentran cabida en un art. 3 común flexiblemente interpretado» (36); y los Comentarios al Protocolo II, en donde se indica que los criterios del artículo 1 párrafo 1 «restringen la aplicabilidad del Protocolo a conflictos de cierta intensidad y no permiten cubrir todos los casos de conflicto armado no internacional como hace el artículo 3 común» (37).

Toda la normativa que se aplica a los conflictos internos de menor intensidad, que ha sido desarrollada anteriormente, se aplica a las guerras civiles. De especial relevancia resulta en este campo la aplicación del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 y su relación con el artículo 3 común. Las peculiaridades respecto a la relación de estos dos textos centran las siguientes líneas.

El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra extiende su ámbito de aplicación a los conflictos internos, abarcando múltiples situaciones que pueden ir desde la guerra civil clásica a los conflictos armados internos de menor intensidad. Es un artículo de aplicación automática una vez que se desarrolla un conflicto armado interno. Al contrario que el artículo 3 común, la génesis del Protocolo Adicional II estuvo acompañada de numerosos debates acerca de la delimitación de su ámbito material que quedó reducido a conflictos internos que cumplieran los requisitos del artículo 1 del Protocolo II (38). El Protocolo II, desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, lo que significa que en aquellas circunstancias en las que el conflicto armado alcance el nivel de intensidad exigido en el Protocolo II se aplicarán ambos textos legales. La «Conferencia optó por la solución de adoptar el alcance de la protección al grado de intensidad del conflicto. Así, en las situaciones en que se cumplen las condiciones de

(34) Jiménez Piernas, Carlos, *La Calificación y Regulación Jurídica*. op.cit. p.63.

(35) Pictet, Jean, *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*: Segunda parte del curso, 1986, tomado de www.icrc.org/icrcspa.nsf, p. 12.

(36) Gutiérrez Espada, Cesáreo, *El Derecho Internacional Humanitario...*, op. cit. p. 17.

(37) Sylvie-Stoyanka Junod, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977*, op.cit. párrafo 4453.

(38) Sobre la delimitación del ámbito de aplicación material del Protocolo II se pueden consultar las actas de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, 1974-1977.

aplicación del Protocolo, se aplicarán simultáneamente el Protocolo y el artículo 3 común, ya que el ámbito de aplicación del Protocolo II está comprendido en el, más amplio, del artículo 3 común (39).

2.3. CONFLICTOS NO INTERNACIONALES RECOGIDOS EN EL ARTÍCULO 8.2.F) DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional recoge los crímenes de guerra en los que la Corte tiene competencia. El apartado f) del párrafo 2 hace mención a los conflictos armados que no son de índole internacional a fin de precisar que se consideran violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional las situaciones que se relacionan en el apartado e) del párrafo 2. Con relación al párrafo f) que nos ocupa se ha de señalar que para delimitar el concepto de conflicto armado interno el Estatuto ha excluido expresamente a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos, al igual que lo hace el artículo 1, párrafo 2 del Protocolo Adicional II.

El artículo 8. 2. f) del Estatuto de la CPI recoge las condiciones que ha de tener un conflicto para que se considere conflicto armado no internacional indicándose que tiene que tener lugar en el territorio de un Estado, el conflicto ha de ser prolongado y ha de desarrollarse entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o bien entre tales grupos organizados. De darse estas condiciones los actos que se relacionan en el párrafo 2 e) se considerarían crímenes de guerra y por lo tanto quedarían sujetos a la competencia de la Corte.

Si comparamos el conflicto interno del Protocolo Adicional II y el conflicto interno del artículo 8.2 f) del Estatuto de la CPI podemos observar que mientras que el artículo 1.1 del Protocolo II exige que se controle una parte del territorio que permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, el artículo 8.2 f) no exige que se tenga un control de una parte del territorio, pero sí exige este texto normativo que el conflicto se desarrolle de manera prolongada en el tiempo por lo que la doctrina llama a este tipo de conflictos armados internos «conflictos prolongados». De esta comparación podría pensarse que dentro del concepto de conflicto arma-

(39) Sylvie-Stoyanka Junod, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977*, op.cit. párrafo 4457.

do no internacional, definido en el Estatuto de la CPI, se encuentran situaciones que no son guerras civiles clásicas aunque pudieran llegar a serlo en función del desarrollo que los acontecimientos bélicos tengan a lo largo del tiempo.

El texto del Estatuto de la Corte Penal Internacional goza de un ámbito de aplicación mayor que el Protocolo II puesto que el límite mínimo de su aplicación lo constituyen los conflictos prolongados. Este límite mínimo establecido ha tenido la habilidad de no cerrar la aplicación de esta norma procesal a los conflictos armados de mayor intensidad, por lo que los crímenes de guerra que se comentan en el ámbito de aplicación material del Protocolo II, la guerra civil clásica, también podrán ser objeto de competencia de la Corte, por supuesto para aquellos estados que hayan ratificado el Estatuto de Roma.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional es un texto de derecho procesal básicamente que ha dibujado un nuevo tipo de conflicto interno. A este tipo de conflictos se le aplicaría la normativa que se ha indicado anteriormente para los conflictos armados internos contemplados en el artículo 3 común, pudiéndose aplicar la normativa del Protocolo Adicional II si el conflicto prolongado reúne las características exigidas en este último texto citado. En este momento hay que ser prudente con esta nueva configuración de los conflictos internos pues como indica Fischer habrá que ver si «los Estados parte del estatuto de la Corte Penal Internacional interpretan este término de modo diferente al criterio existente en el art. 1 del Protocolo Adicional II» (40).

3. MECANISMOS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL

El recorrido realizado hasta el momento nos permite situar el eje del presente estudio, centrado en el análisis de los mecanismos concretos de protección de la población civil, que ofrece en la actualidad el Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados internos. El Derecho Internacional Humanitario ha tenido el gran acierto de codificar un importantísimo conjunto de principios y normas convencionales que protegen con carácter general a la población civil.

(40) Sylvie-Stoyanka Junod, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977*, op.cit. párrafo 4457.

3.1. PRINCIPIOS BÁSICOS APLICABLES A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

En el ámbito del Derecho Internacional Humanitario se ha desarrollado un conjunto de principios que son aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como a los internos que a su vez son referente para todo su campo de actuación. Jean Pictet (1986) refiriéndose a ellos comenta que éstos a veces «están expresamente formulados en los Convenios; a veces, sería inútil buscar su enunciación, porque figuran implícitamente y expresan la sustancia del tema. A veces, incluso derivan de la costumbre» (41). En 1966 Jean Pictet enunció estos principios en su obra *Les principes du droit international humanitaire*. Algunos de estos principios se refieren directamente a la protección de la población civil y son aplicables incluso en aquellas situaciones no previstas en los Convenios, pues como señala la cláusula Martens incorporada en el Preámbulo del Convenio II de La Haya de 1899 relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia de los principios del derecho de gentes configurando lo que la doctrina denomina protección residual (42).

La Resolución 2444 de la Asamblea General es un exponente de la importancia que Naciones Unidas dio a la codificación de los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario. Reconoce, en el preámbulo de la declaración, que es necesario aplicar los principios humanitarios básicos en todos los conflictos armados, y en su artículo 1 delimita el principio de la limitación de las Partes en conflicto para elegir los medios de dañar al enemigo, prohíbe los ataques a la población civil, y menciona el principio de distinción.

Jean Pictet clasifica los principios en: Principios fundamentales; principios comunes; principios aplicables a las víctimas; y los principios propios del derecho a la guerra.

a) Los principios fundamentales.

- El principio del derecho humano que indica que las «*exigencias militares y el mantenimiento del orden público serán siempre compatibles con el respeto a la persona humana*» (43).

(41) Fischer, H. y Oraá J., *Derecho Internacional y Ayuda Humanitaria*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000, p. 69.

(42) Pictet, Jean, *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario: Tercera parte del curso*, CICR, 1986, tomado de www.icrc.org/ihrcspa.nsf, p.1.

(43) Sobre la protección residual ver el artículo publicado por Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, *Tratamiento de los actos terroristas por el Derecho Internacional Humanitario y protección de las víctimas de la guerra*, en *Tiempo de Paz*, N° 64, primavera 2002, Madrid, pp. 50 a 62.

- El principio del derecho humanitario que se formula con el siguiente tenor: *«las Partes en conflicto no causarán a su adversario males desproporcionados con respecto al objetivo de la guerra, que es destruir o debilitar el potencial militar del adversario»* (44).

- El principio del derecho de Ginebra que indica que *«las personas puestas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades serán respetadas, protegidas y tratadas con humanidad* (45).

- El principio del derecho de la guerra que limita *«el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o los medios de la guerra»* (46).

b) Los principios comunes (47) derivan de los generales y se denominan comunes porque lo son tanto para el Derecho de Ginebra como para el Derecho de los Derechos Humanos. Son los siguientes:

- El principio de inviolabilidad que protege la vida y la integridad de todos los individuos.

- El principio de seguridad que vela por la seguridad de los seres humanos.

c) Los principios aplicables a las víctimas de los conflictos son principios recogidos en los textos de Derecho Internacional Humanitario y son:

- El principio de neutralidad que afirma que *«la asistencia humanitaria nunca es una injerencia en el conflicto»* (48).

- El principio de normalidad que refiriéndose a las personas protegidas les reconoce el derecho a *«poder llevar la vida más normal posible»* (49).

- El principio de protección que obliga a los Estados a *«asumir la protección, nacional e internacional, de las personas que tenga en su poder»* (50).

d) Los principios propios de la guerra. Se encuadran en este grupo:

- El principio de limitación *«ratione personae»* que vuelve a recalcar el derecho de la población civil y las personas civiles de gozar de *«protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares»* (51).

(44) Pictet, Jean, *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario: Tercera parte del curso*, CICR, 1986, tomado de www.icrc.org/icrcspa.nsf, p.

(45) *Ibid.*, p.2.

(46) *Ibid.*, p.3.

(47) *Ibid.*, p.3.

(48) *Ibid.*, pp. 4 a 7.

(49) *Ibid.*, p.7.

(50) *Ibid.*, p.8.

(51) *Ibid.*, p.8

- El principio de limitación «ratione loci» que obliga a limitar los ataques a «*objetivos estrictamente militares*» (52).

- El principio de limitación «ratione conditionis» que prohíbe «*a todas las armas y los métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivo*» (53).

Se puede comprobar que a lo largo del tiempo se ha configurado un cuerpo de obligaciones que afectan tanto al desarrollo del conflicto bélico como a las víctimas de los conflictos. En este sentido no haremos más que apuntar lo que indica Eric David (2001) al decir que el Derecho internacional humanitario es una confluencia de necesidades contradictorias puesto que aparece «*comme un vecteur né de l'opposition de deux forces: les nécessités de la guerre d'une part et les nécessités de l'humanité d'autre part*» (54), pero que se rige por un principio general que hace primar el interés de las víctimas siempre, pues como indica dicho autor «*Leur protection constitue la base du droit international humanitaire, qui repose moins sur la réciprocité interétatique que sur un engagement unilatéral envers les victimes*» (55). La protección de las víctimas en los conflictos armados es una obligación de hacer que tienen las Partes que participan en el conflicto, de esta obligación de hacer deriva un nuevo principio, el de asistencia humanitaria, que según Víctor de Currea-Lugo (2002) supone «*reconocer un espacio particular a la ayuda humanitaria y a la necesidad de profundizar en su materialización*» (56).

3.2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN CONTENIDAS EN EL ART. 3 COMÚN Y EN EL ART. 4 DEL PROTOCOLO ADICIONAL II

Las medidas de prevención están encaminadas a conseguir la eliminación de los daños a la población mientras que las medidas de protección están pensadas para minimizar los daños una vez que se han producido.

I) El principio de trato humano como medida de protección

El **principio de trato humano** es una medida de protección jurídica que pretende lograr que las personas que están afectadas por una situación de conflicto armado interno no sufran daños físicos o psíquicos. Se enun-

(52) *Ibid.*, p.9.

(53) *Ibid.*, p.10.

(54) *Ibid.*, p.12.

(55) Eric, David, *Introduction au droit international humanitaire*, op. cit. p. 16.

(56) *Ibid.*, p.17.

cia en el artículo 3 común de la siguiente manera: «Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquier otra causa, serán, en todas circunstancias, tratadas con humanidad». Este artículo 3 común se aplica a todos los tipos de conflictos armados internos desde los de menor intensidad hasta las guerras civiles clásicas, gracias a este precepto el llamado «núcleo duro de los derechos humanos» queda garantizado en las situaciones de conflicto interno. Como indican Hadden y Harvey (1999) se trata de una prohibición absoluta aplicable en toda circunstancia, con independencia de la gravedad del conflicto y que en el derecho de los derechos humanos se logra con la prohibición de «penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes» (57). Este principio que también se enuncia en el artículo 4 del Protocolo II es una garantía fundamental para la protección de todo ser humano en todo momento y circunstancia y engloba derechos «que no se pueden suspender, incluso en «situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación» (58).

Buena parte de la doctrina viene manteniendo la postura de que el núcleo de derechos que el artículo 3 protege han de garantizarse por las partes en cualquier tipo de conflicto armado, incluso en las situaciones de violencia interna y disturbios interiores que como ya se indicó no se consideran conflictos armados internos. Como indican Doswald-Beck y Vité (59) (1993) los derechos humanos los poseen siempre las personas por el hecho de ser seres humanos, y el núcleo irreducible de los mismos ha de ser garantizado en cualquier circunstancia. En esta misma línea se pronuncia Suárez Leoz (2002) al afirmar que el artículo 3 común contiene «reglas que son aplicables a toda persona por su carácter de principios fundamentales y que, como ha afirmado el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia relativa al asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua, de 26 de junio de 1986, se caracteriza por ser una norma de *ius cogens*, de origen consuetudinario» (60).

(57) De Currea-Lugo, Víctor, *Posibilidades y Dificultades del Derecho Internacional Humanitario en el Caso Colombiano*, en *Derecho Internacional Humanitario*, CEDIH, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 479.

(58) Hadden, Tom y Harvey, Colin, *El Derecho de los Conflictos y Crisis Internos*, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Núm. 833, marzo 1999, p.119.

(59) Sylvie-Stoyanka Junod, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977*, op.cit. párrafo 4511, p. 72.

(60) Doswald-Beck, Louise y Vité, Sylvain, *Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Derechos Humanos*, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Núm. 116, marzo-abril de 1993, pp. 96-126.

El trato humano es un derecho que debe asegurarse a la población civil, pero es un derecho tan fundamental que de él gozan incluso quienes habiendo pertenecido a las fuerzas armadas hayan depuesto las armas o estén fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquier otra causa. La importancia de este derecho de la población es tal que el artículo 3 común utiliza una fórmula abierta para indicar las causas que pueden poner fuera de combate a una persona.

El principio de trato humano está recogido, como ya hemos indicado en el artículo 3 común, y en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949. Además de en estos dos textos se encuentra en el Protocolo Adicional I, aunque ninguno de los artículos citados explica directamente en que consiste el trato humano. Sin embargo, el contenido esencial de lo que ha de entenderse por trato humano se delimita a través de actuaciones concretas que quedan prohibidas en todo tiempo y lugar. En el cuadro siguiente se puede ver como se enuncia la medida de protección citada en los tres textos.

TRATO HUMANO

Artículo 3.1 común «Las personas (...) serán tratados en todas circunstancias con humanidad»

Art. 4.1, Protocolo II «Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas (...) Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable».

Art. 75.1, Protocolo I «las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo serán tratadas en toda circunstancia con humanidad»

II) El criterio de aplicación del trato humano: El principio de no discriminación

El primer criterio para aplicar el trato humano requiere que las personas sean tratadas sin distinción alguna de carácter desfavorable. El **princi-**

pio de no discriminación en el trato está recogido tanto en el artículo 3 común, como en los Protocolos I y II. En el cuadro siguiente se puede apreciar de forma comparada como ha recogido cada texto legal este esencial principio para la protección de la población civil en los conflictos armados.

PRINCIPIO DE NO DISTINCIÓN DE CARÁCTER DESFAVORABLE

Art. 3 común «Las personas (...) serán tratados en todas circunstancias con humanidad, sin distingo alguno de carácter desfavorable basado en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo».

Art. 2.1, Protocolo II «El presente protocolo se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo».

Art. 75.1, Protocolo I «...se beneficiarán, como mínimo de la protección prevista en el presente artículo sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición o cualesquiera otros criterios análogos».

El principio de no distinción de carácter desfavorable o principio de no discriminación, que ha de garantizarse en todo tiempo y lugar, intenta lograr que todas las medidas que se establecen para la protección de las personas que no participan en las hostilidades o bien, que han dejado de participar en las mismas (61) no dejen de ser aplicadas sobre la base de

(61) Suárez Leoz, David, *Los Conflictos Armados Internos*, op.cit. p. 470

determinados hechos diferenciadores. El principio indica que no caben los actos de distinción desfavorables, por lo que cabe pensar que sí es posible realizar distinciones que beneficien a determinados colectivos o personas que precisen una mayor protección, este es el caso de colectivos especialmente vulnerables en un conflicto armado como los niños. El Comentario al Protocolo II se refiere al hecho de que pueden existir distinciones favorables perfectamente lícitas como las «que se hacen para tener en cuenta el sufrimiento, el desamparo o la debilidad natural de una persona (niño o anciano, por ejemplo) las que imponen medidas en función de la urgencia y de las necesidades» (62).

Los motivos que pueden dar origen a un trato discriminatorio son enumerados en los tres textos citados pero sin el ánimo de hacer un listado exhaustivo de los mismos, pues como se puede comprobar en los preceptos recogidos se emplea la expresión «cualquier otro criterio análogo», expresión que ha de servir para no incurrir en conductas discriminatorias que se amparen en circunstancias no definidas expresamente. Se enumeran, a modo de ejemplo, los motivos más habituales que son generadores de discriminación, e inspirándose en los listados contenidos en textos de derechos humanos clásicos como la Declaración Universal de Derechos Humanos cuyo artículo 2 indica que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la Carta «sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición». Contenido similar se recoge en el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

III) El contenido del principio de trato humano

Tanto el artículo 3 común como el Protocolo Adicional II recogen determinadas conductas que están prohibidas en todo tiempo y lugar, así como las garantías fundamentales que constituyen la base de lo que se considera un trato humano. En el cuadro siguiente se puede apreciar de forma comparada el conjunto de garantías que se citan en cada texto normativo.

(62) Hay que indicar como señala la profesora Araceli Mangas que en los conflictos armados internos la distinción entre civiles y combatientes no es relevante cuando los combatientes son capturados o detenidos puesto que no gozan de un estatuto diferente al de los civiles. Mangas Martín, Araceli, *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, op. cit. p. 82.

GARANTÍAS FUNDAMENTALES

ARTÍCULO 3 COMÚN: Conductas prohibidas	PROTOCOLO ADICIONAL II Conductas prohibidas
Atentados a la vida, y a la integridad corporal, especialmente (art. 3.1 a): <ul style="list-style-type: none"> • homicidio en todas sus formas, • mutilaciones, • tratos crueles, • torturas, • suplicios. 	Atentados contra la vida, la salud, la integridad física o mental de las personas, en particular: <ul style="list-style-type: none"> • homicidio, • tratos crueles, como la tortura o las mutilaciones, • toda forma de pena corporal (art. 4.2.a)
Toma de rehenes.	Toma de rehenes (art. 4.2.c)
Atentados a la dignidad personal, especialmente: <ul style="list-style-type: none"> • tratos humillantes y degradantes. 	Atentados contra la dignidad personal, en especial: <ul style="list-style-type: none"> • Tratos humillantes y degradantes, • violación, • prostitución forzada, • cualquier forma de atentado al pudor (art. 4.2.e)
Condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio por un tribunal regularmente constituido y dotado de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.	No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de persona declarada culpable de una infracción, sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad. (art. 6)
	Castigos colectivos (art. 4.2.b)
	Actos de terrorismo (art. 4.2.d)
	La esclavitud y trata de esclavos en todas sus formas (art. 4.2.f)
	Actos de pillaje (art. 4.2.g)
	<i>Amenazar</i> con la realización de los actos mencionados anteriormente (art. 4.2.h).
	Tienen derecho a que se respete: su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas (art. 4.1)

Las conductas prohibidas en el artículo 4 del Protocolo II son más amplias que las del artículo 3 común, si bien, ninguno de los dos textos pretende construir una lista exhaustiva y cerrada de conductas prohibidas. Ambos textos indican que estas conductas prohibidas son absolutas, entendiendo por absolutas que no puede haber supuestos excepcionales en los que quepa infringirlas. En este sentido el artículo 3 común se pronuncia indicando que las conductas están prohibidas «en todo tiempo y lugar», y el artículo 4 del Protocolo II indica también que las conductas mencionadas en su texto quedarán prohibidas «en todo tiempo y lugar»

Entre las garantías fundamentales figuran tres grupos de derechos fundamentales que han de ser protegidos. Un primer grupo de garantías o de prohibiciones se relaciona directamente con el **derecho a la vida**. La vida es, sin duda, un derecho tan fundamental que incluso en tiempo de guerra ha de respetarse y garantizarse a la población civil o a las personas que no participan en las hostilidades pues como es sabido el «*ius ad bellum*» permite disparar para matar o herir a las personas que participan en las hostilidades. Es evidente que los atentados contra la vida son incompatibles con un trato humano. Los supuestos prohibidos en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 común prohíben conductas que según Jean Pictet «concernen a los actos —cometidos frecuentemente durante la II Guerra Mundial— que repugnan de una manera más particular a la conciencia universal» (63).

Dentro del contenido del derecho a la vida está prohibido el homicidio en todas sus formas. La interdicción del homicidio «comprende no sólo los casos de asesinato, sino también los de omisión intencional que puedan ocasionar la muerte» (64), puesto que en el Derecho Internacional Humanitario el derecho a la vida «est aussi un droit fundamental du droit humanitaire applicable dans les conflits armés en ce que tout acte de guerre contre des non-combattants ou des combattants mis hors de combat» (65). La prohibición del homicidio es una medida de protección directa para la población civil que tienen que garantizar las partes en combate. El artículo 4 del Protocolo II tiene en cuenta los asesinatos en masa al prohibir textualmente «ordenar que no haya supervivientes».

(63) Sylvie-Stoyanka Junod, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977*, op.cit. párrafo 4484,

(64) Pictet, Jean, *Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra*, op.cit. p. 9.

(65) Sylvie-Stoyanka Junod, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977*, op.cit. párrafo 4532, p.78.

Junto al homicidio, tanto el artículo 3 común como el artículo 4 del Protocolo II, prohíben la **tortura** que ha sido uno de los mecanismos utilizados en las guerras para hacer sufrir a los seres humanos. Los artículos citados prohíben todo tipo de tortura, si bien señalan algunas prácticas concretas que lesionan la integridad física o mental de las personas como las mutilaciones, otros tipos de malos tratos físicos o mentales, los suplicios, u otros tipos de penas corporales. El artículo 4 del Protocolo II que se refiere a las garantías fundamentales además de recoger los atentados contra la integridad física considera conductas no propias del principio de trato humano los atentados contra la integridad mental que pueden llegar a ser torturadores de un ser humano. La inclusión en la tortura de las prácticas físicas y mentales está recogida en el Derecho Internacional positivo, así la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes tipifica la tortura como «todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento (66). Este texto sirve de base para indicar que las listas de conductas torturadoras enunciadas en los textos de Derecho Internacional Humanitario no están cerradas, pues el propio artículo 1 citado utiliza la expresión «todo acto» al que se exige un resultado que será la provocación en la persona de «dolores o sufrimientos graves» lo que nos lleva a considerar prohibidos incluso en tiempo de guerra determinados tipos de actos que pueden considerarse conductas torturadoras.

Un aspecto importante en la tortura lo constituye el sujeto activo de la acción en cuanto que el artículo 1 de la Convención de 1984 exige que sea un «funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas» quien cause a las personas los dolores o sufrimientos graves. Esta característica en el tipo de la tortura ha sido tradicional tanto en el derecho internacional como en el Código Penal español. El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha dado un paso, que podríamos calificar de significativo, en esta materia al no restringir el sujeto activo del delito de tortura a los funcionarios públicos. Es obligada la referencia a los artículos 7.1.f)

(66) Calogeropoulos-Stratis, Aristide S., *Droit humanitaire et Droits de l homme*, op. cit. p. 141.

y 8.2.a)ii) del Estatuto de Roma, que configuran respectivamente como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra la tortura, en relación con el artículo 7.2.e) que define la tortura como el hecho de «causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control». Puede apreciarse como el sujeto activo es un sujeto que tenga bajo su custodia o control a otra persona no exigiéndose que sea funcionario público.

Dentro de las conductas expresamente prohibidas se incluyen también los **atentados contra la dignidad personal**. El artículo 3 común señala que especialmente están prohibidos los tratos humillantes y degradantes, el énfasis puesto por la palabra «especialmente» colocada en el texto vuelve a indicarnos que no son las únicas conductas prohibidas como atentados contra la dignidad personal. El artículo 4.2 del Protocolo II amplía la lista incluyendo como conductas que suponen un claro atentado contra la dignidad la violación, la prostitución forzada y cualesquiera otras formas de atentados al pudor. Es evidente que el Protocolo II quiso incluir entre las conductas prohibidas atentados que de manera constante se comenten contra las mujeres e incluso contra los niños, indicándolo así los comentarios al Protocolo II que señalan que en «el transcurso de los debates, pareció indispensable reforzar no sólo la protección de las mujeres, sino también la de los niños y adolescentes, que pueden ser igualmente víctimas de violación, de apremio a la prostitución y de atentados al pudor» (67). La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, recoge en su artículo 16 que serán prohibidos por los Estados los tratos inhumanos o degradantes que sin llegar a ser tortura tal y como se define en el artículo 1 sean cometidos por funcionarios públicos u otra persona que actúe en el ejercicio de sus funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona.

Las conductas prohibidas y reseñadas hasta el momento son repudiadas hasta tal extremo por la comunidad internacional que el Estatuto de la Corte Penal Internacional ha incluido en su artículo 1 un listado de hechos que se consideran crímenes de lesa humanidad cuando el ataque es generalizado y sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque si produce, entre otros hechos: asesinatos; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización

(67) Artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Resolución 39/46 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1984.

forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; así como otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

El contenido del trato humano tanto para el artículo 3 de los Convenios de Ginebra como para el artículo 4 del Protocolo II se completa con la prohibición de **toma de rehenes** que supone la retención de personas en poder de una de las partes en conflicto. Los rehenes son seres humanos a quienes las partes utilizan para intercambiar por demandas concretas, si estas no son satisfechas suelen ser torturados, maltratados física o psicológicamente e incluso ejecutados. Los rehenes son especialmente vulnerables a las amenazas que pueden dejar en ellos graves trastornos psicológicos por ello, el Derecho Internacional Humanitario consciente de esta realidad prohíbe esta conducta. A este respecto Alcaide Fernández (1990) indica que la toma de rehenes encuentra «su mejor apoyo convencional en el artículo 3 común (43), puesto que la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, hecha en el seno de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979, y dónde se califica como «un delito que preocupa gravemente a la comunidad internacional» (párrafo cuarto del Preámbulo), tiene un campo de aplicación muy limitado por sus arts. 12 y 13 (44) y no ha sido objeto de las suficientes ratificaciones como para considerar que la comunidad internacional reconoce el carácter de Derecho internacional general de sus normas, algo que, como veremos, sí se puede predicar de las normas del art. 3 común» (68).

El examen del artículo 4 del Protocolo II dedicado a las garantías fundamentales completa el contenido del trato humano con la interdicción de otra serie de medidas que solamente se contienen en el Protocolo II. Quedan prohibidos en todo tiempo y lugar:

— Los castigos colectivos. Están prohibidas todas aquellas «represalias contra las personas protegidas» (69).

— Los actos de terrorismo, que no sólo cubren «los actos dirigidos contra las personas sino también los actos contra las instalaciones que puedan provocar incidentalmente víctimas» (70). Los actos que tienden a aterrorizar a la población civil han sido también prohibidos en el artículo 13.2

(68) Sylvie-Stoyanka Junod, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, op.cit. párrafo 4541, p.80.

(69) Alcaide Fernández, Joaquín, *La Interacción entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, UNED, Sevilla, 1990, Cuadernos de Derecho Número 3, p. 37.

(70) Sylvie-Stoyanka Junod, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, op.cit. párrafo 4535, p.79.

del Protocolo II que expresamente indica la prohibición de aquellos «actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil».

— La esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas pudiendo incluirse entre estas prácticas a modo de ejemplo «la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, la compra de esposas y la explotación del trabajo de los niños» (71).

— Los actos de pillaje. El pillaje incluye tanto el individual como el organizado. La prohibición «tiene un alcance general y se aplica a todas las categorías de bienes, sean privados o estatales» (72).

— Las amenazas de realizar cualquiera de los actos anteriores.

3.3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DIRECTA DE LA POBLACIÓN CIVIL

I) Medidas de protección directa del artículo 13 del Protocolo II

El artículo 13 del Protocolo II recoge como medida básica la *protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares*. El Comentario al Protocolo II precisa lo que ha de entenderse por protección general indicándose que la «obligación no sólo consiste en abstenerse de atacar, sino también en evitar y, en todo caso, reducir a un mínimo las pérdidas incidentales y en tomar medidas de salvaguarda» (73), lo que incluiría «1) prohibir de manera absoluta los ataques dirigidos contra la población civil como tal o contra personas civiles (...) 2) limitar los efectos de las operaciones militares que puedan afectar a las personas protegidas» (74).

El apartado 2 del artículo 13 codifica el principio consuetudinario de distinción entre combatientes y no combatientes al prohibir atacar a la población civil como tal, entendida en su conjunto, y a las personas civiles individualmente consideradas. Asimismo este apartado prohíbe realizar actos violentos para aterrorizar a la población civil o amenazar con la realización de actos violentos con el mismo fin de aterrar a estas víctimas de los conflictos.

(71) *Ibid.*, op.cit. párrafo 4538, p.80.

(72) *Ibid.*, op.cit. párrafo 4541, p.80.

(73) *Ibid.*, op.cit. párrafo 4542, p.81.

(74) *Ibid.*, op. cit. párrafo 4770, p. 149.

(75) *Ibid.*, op. cit. párrafo 4771, p. 149.

II) Protección de los bienes indispensables para la supervivencia

El Protocolo II recoge en su TÍTULO IV, denominado «POBLACION CIVIL» un conjunto de medidas directas de protección de este colectivo, algunas de las cuales no se incluyen en el artículo 3 y por lo tanto sólo serían aplicables en el ámbito material del Protocolo II, es decir, en conflictos internos de cierta intensidad. Entre estas medidas se incluye la protección de los bienes indispensables para la supervivencia.

El artículo 14 prohíbe categóricamente hacer padecer hambre a la población civil, por lo que la protección afecta a todos aquellos bienes que se consideran imprescindibles para la vida. Este artículo ha establecido una prohibición en cuanto a los métodos de combate puesto que prohíbe utilizar el hambre como método lícito para usar en la guerra con la finalidad de lograr avanzar posiciones o destruir masivamente a la población enemiga y enfrentada. Para Théo Boutruche (2000) la violación de las normas de protección de los bienes imprescindibles para la vida contenidas en los Protocolos Adiciones constituyen una infracción de los mismos y «puede ser constitutiva de un crimen de genocidio, si se hace padecer hambre con la intención de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, según los términos de la Convención sobre Genocidio» (75). La limitación establecida afecta a todas las parte en el conflicto por lo que queda prohibido tanto «destruir los bienes bajo control de la parte adversa como los que están bajo el suyo propio» (76).

Según el artículo 14 PII gozan de esa protección los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen; cosechas; ganado; instalaciones y reservas de agua potable; y las obras de riego. No puede considerarse que la enumeración contenida en la disposición legal sea un *numerus clausus*, así consta en el Comentario al Protocolo II donde se indica que «la lista de bienes protegidos es indicativa» (77).

Sylvie Junod indica que el término hambre ha de entenderse en el sentido de «hambruna, es decir, hambre grande, escasez generalizada de alimentos» (78). No se ha establecido ninguna excepción a esa disposición, ni siquiera pueden destruirse cuando esos bienes fueran también emplea-

(76) Boutruche, Théo, *El estatuto del agua en el derecho internacional humanitario*, Revista Internacional de la Cruz Roja, N° 140, diciembre 2000, pp. 887-916, en WWW.helpicrc.org/icrespa.ns./, p. 3.

(77) Mangas Martín, Araceli, *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, op. cit. p. 119.

(78) Sylvie-Stoyanka Junod, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, op. cit. párrafo 4802, p. 156.

dos para alimentar a las fuerzas contrarias si su destrucción llevara a una situación de hambre para la población civil, ahora bien, como bien indica Ameer Zemmali (1995) la «inmunidad de los bienes indispensables cesa cuando éstos se utilizan exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de las fuerzas armadas o como apoyo directo a una acción militar» (79).

El artículo 14 no limita solamente la destrucción de los bienes esenciales para la vida, sino que también prohíbe una serie de conductas como el ataque, la sustracción o la inutilización de dichos bienes, pues cualquiera de estas conductas conduce a que la población pase hambre y consiguientemente el derecho a la vida queda limitado pudiéndose llevar al exterminio a poblaciones enteras.

Se critica de forma constante la ausencia de la interdicción de represalias que pueden sufrir este importante tipo de bienes. Las represalias que están expresamente prohibida en el artículo 54 párrafo 4 (80) del Protocolo I para los conflictos de índole internacional no lo están para los conflictos internos, ausencia que es considerada deplorable por Zemmali (81).

De entre este conjunto de bienes indispensables para la vida merece una mención especial la protección del agua por considerarse un recurso natural indispensable para la subsistencia humana que provoca tensiones y conflictos entre distintas partes incluso en periodos de paz, cuanto más en medio de una guerra. Indudablemente el agua se presta, por sus propias condiciones de embalsado y accesibilidad, a múltiples manipulaciones que pueden acabar con poblaciones enteras, por lo que ya el Reglamento de La Haya estipula en su precepto 23 que está prohibido utilizar como método de guerra el empleo de «veneno o armas envenenadas», sin olvidar que su protección también procede del derecho consuetudinario que no permite a las partes enfrentadas en un conflicto armado utilizar todo tipo de medios para la lucha. Posteriormente el *ius in bello* recogió en los Protocolos Adicionales de 1977 la protección del agua, el Protocolo I protege este objeto en el artículo 54.2 y el Protocolo II en su artículo 14. Dentro de las disposiciones que protegen el agua en los conflictos armados Boutruche (2000) precisa que forman parte de la protección del agua «el principio de la prohibición de destruir las propiedades enemigas y, por otra, el de la pro-

(79) *Ibid.*, op. cit. párrafo 4791, p. 154.

(80) Zemmali, Ameer, *Protección del agua en periodo de conflicto armado*, en Revista Internacional de la Cruz Roja, N° 131, septiembre-octubre 1995, CICR, p. 604.

(81) El artículo 54.4 del Protocolo I refiriéndose a los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil indica textualmente que estos «bienes no serán objeto de represalias».

tección del medio ambiente» (82). El primer principio goza de una eficacia limitada puesto que se ve reducido por las necesidades militares que pudieran surgir, pero el segundo de los principios goza cada vez de mayor fuerza a medida que el medioambiente va estando cada vez más protegido.

III) Protección de obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas

El artículo 15 delimita claramente el objeto de protección que no es otro que los bienes que contienen fuerzas peligrosas. Por lo tanto, no gozan de especial protección los demás bienes de la población civil que no posean la característica de contener fuerzas que puedan poner en peligro la vida de una parte importante de la población civil. Entre las obras e instalaciones que cuentan con esta capacidad se encuentran aquellas que contengan fuerzas peligrosas, como las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, listado que si bien está expresamente enunciado en el artículo 15 vuelve a ser abierto y por lo tanto no exhaustivo.

El artículo 15 prohíbe atacar estas obras cuando puedan producir la liberación de las fuerzas y causar pérdidas importantes en la población civil, pues al desastre de la guerra se sumaría la catástrofe que provoca un fenómeno de este tipo. La prohibición es de tal envergadura que ni siquiera se podrán atacar aunque sean objetivos militares, pero para ello ha de darse la condición de que puedan liberarse las fuerzas que contienen y causar pérdidas importantes entre la población civil. El Comentario al Protocolo II indica que «la eventualidad de que alguna de esas obras o instalaciones fuera un objetivo militar, podría ser atacada si con ello no se pone seriamente en peligro a la población civil. En cambio, la protección es automática (...) cuando el ataque puede provocar la liberación de fuerzas peligrosas capaces de causar pérdidas importantes entre la población civil» (83). Puede advertirse, de la lectura comparada entre el artículo 15 del Protocolo II y el artículo 56 del Protocolo I, que la segunda de las disposiciones citadas contiene una regulación mucho más detallada que incluye incluso la identificación de los bienes protegidos a través de su señalización con un marcado especial que consiste en un grupo de tres círculos de color naranja vivo a lo largo de un mismo eje. En los conflictos armados

(82) Zemmal, Ameer, *Protección del agua en periodo de conflicto armado*, op. cit., p. 604.

internos puede presuponerse que las Partes conocen las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas puesto que todas ellas se enfrentan en el territorio de un Estado al que pertenecen.

IV) Protección de los bienes culturales y de los lugares de culto

Se encuentra regulado en el artículo 16 del Protocolo II. Dicho artículo hace especial referencia a las disposiciones contenidas en la Convención de La Haya del 14 de mayo de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, que también es aplicable a los conflictos armados internos para los Estados que sean parte de la misma.

El artículo 16 recoge tanto las conductas prohibidas como los bienes protegidos. Las Partes en el conflicto deben abstenerse de la realización de actos de hostilidad contra esos bienes y esos lugares de culto, así como su utilización en apoyo del esfuerzo militar. Entre los bienes protegidos se encuentran los monumentos históricos, las obras de arte, y los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos. La disposición analizada intenta proteger, no todas las obras de arte, o todos los lugares de culto, sino sólo aquellos bienes «cuyo valor rebasa las fronteras y que presentan un carácter único, al estar relacionados con la historia y la cultura del pueblo» (84).

Para la profesora Araceli Mangas es sorprendente la inmunidad que concede este artículo a los bienes culturales y los lugares de culto pues tiene un carácter absoluto. Sorprende más si se compara con la protección limitada que conceden los artículos 14 y 15 a los bienes indispensables para la supervivencia o a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. Según Mangas Martín (1992) la «razón de esa inmunidad precaria, o al menos relativa, de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil o de las obras e instalaciones es que la destrucción de esos bienes se obtiene una ventaja militar (proporcionada o no), sin embargo, de la destrucción de un cuadro, de un templo o de cualquier monumento apenas hay ventaja militar» (85).

(83) Boutruche, Théo, *El estatuto del agua en el derecho internacional humanitario*, op. cit., p.6.

(84) Sylvie-Stoyanka Junod, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, op.cit. párrafo 4820, p.159.

(85) *Ibid.* op.cit. párrafo 4840, p. 164.

V) Medidas de protección dispensada a heridos y enfermos

La población civil que se encuentre herida o enferma deberá ser protegida para evitarle males mayores de conformidad con lo establecido tanto en el artículo 3 común de los convenios de Ginebra de 1949 como en el TÍTULO III del Protocolo II, denominado «HERIDOS, ENFERMOS y NÁUFRAGOS». Según el artículo 8 del Protocolo Adicional I se entiende que están heridas, enfermas o que son náufragos las personas que se encuentran con las siguientes circunstancias:

Son heridos y enfermos: «las personas, sean militares o civiles, que debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos o incapacidades de orden físico o mental, tengan necesidad de asistencia o cuidados médicos (...) Estos términos son también aplicables a las parturientas, a los recién nacidos y a otras personas que puedan estar necesitadas de asistencia o cuidados médicos inmediatos, como los inválidos y las mujeres encinta».

Son náufragos: «las personas, sean militares o civiles, que se encuentren en situación de peligro en el mar o en otras aguas a consecuencia de un infortunio que les afecte o que afecte a la nave o aeronave que las transportaba»

El artículo 8 del Protocolo I recoge dos precisiones que merece tener en cuenta.

- Esta consideración se aplica tanto a militares como civiles, que es el campo que estamos analizando, cuando se encuentren en las circunstancias descritas.

- Estas personas han de abstenerse de realizar cualquier acto de hostilidad, porque si los realizan pierden la protección específica que se les dispensa por ser herido, enfermo o náufrago.

La protección que ha de dispensarse a este colectivo comprende las obligaciones contenidas en el artículo 3 común y en los artículos 7 y 8 del Protocolo II. Dichas actividades comprenden los actos recogidos en el siguiente esquema que se presenta de forma comparada.

Art. 3 común	Art. 7 Protocolo II	Art. 8 Protocolo I
<ul style="list-style-type: none">• Recogerles, y• cuidarles.	<ul style="list-style-type: none">• Respetarles y• protegerles.	<ul style="list-style-type: none">• Buscarles,• protegerles, y asegurarles la asistencia necesaria.

El deber de buscar y recoger a los heridos, enfermos y náufragos implica una obligación de hacer para las partes en combate, que ha de llevarse a cabo siempre que sea posible. La condición de imposibilidad se subraya para dejar constancia expresa de que en los conflictos bélicos se pueden dar circunstancias en las que sea imposible buscar y recoger a los heridos. Pero siempre que sea posible hay que hacerlo. Junto a esta condición de imposibilidad se impone una obligación fijada en el tiempo que obliga a las partes, dentro de las posibilidades que ofrezcan las circunstancias, a esforzarse en la búsqueda después de un combate. Además de dispensarles los cuidados médicos necesarios y ponerles a salvo, con la búsqueda se intenta evitar que se cometan contra ellos actos de pillaje y malos tratos.

El deber de respetar a los heridos, enfermos y náufragos significa mantener con ellos un trato humano, tal y como se establecen en las garantías mínimas del artículo 3 común y del artículo 4 del Protocolo II. Según el Comentario al Protocolo II el respeto significa «perdonar la vida, no atacar por ningún motivo; es una obligación de abstenerse de todo acto hostil, completada con el deber de «proteger»» (86).

La protección implica «tomar medidas para apartar, si es posible, a los heridos, a los enfermos y a los náufragos de los combates y ponerlos a resguardo, y velar porque sean efectivamente respetados, es decir, que nadie se aprovecha de su debilidad para maltratarlos, robarles sus efectos o perjudicarles de cualquier modo que sea» (87). Como podemos apreciar la normativa exige una actuación positiva de protección que tienen que garantizar las partes enfrentadas en el conflicto.

Junto a estas obligaciones básicas la protección ha de dispensarse conforme a los siguientes criterios:

- Serán tratados humanamente en toda circunstancia, en palabras de Araceli Mangas (1992), «esta obligación es incondicional porque el respeto a la vida y a su dignidad no precisa de condiciones materiales o especiales sino de una adecuada conducta humana» (88).

- Recibirán los cuidados médicos que exija su estado. La primera atención médica que se les pueda prestar «in situ, puede revestir una

(86) Mangas Martín, Araceli, *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, op. cit. p. 122.

(87) Sylvie-Stoyanka Junod, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, op.cit. párrafo 4635, p.113.

(88) *Ibid.*, op. cit. párrafo 4635, p. 113.

importancia primordial y permitir al herido, enfermo o náufrago no morir durante la evacuación» (89).

- Existe respecto a ellos el principio de igualdad de trato. La única distinción posible sólo podrá basarse en criterios de urgencia y criterios médicos.

- Las obligaciones mencionadas afectan tanto a las Fuerzas Armadas del Estado como al resto de grupos que participen en las hostilidades.

El artículo 8 del Protocolo II hace una última referencia a las personas fallecidas, estableciendo la obligación de buscarlas y recogerlas para «dar destino decoroso a sus restos» e impedir que sufran actos de despojo.

VI) Medidas de protección de las personas privadas de libertad

La protección específica que ha de dispensarse a las personas privadas de libertad se contiene en el artículo 5 del Protocolo II. Además de estos derechos, estas personas no podrán ser privadas de las garantías mínimas reconocidas en el artículo 3 común y en el artículo 4 del Protocolo II.

Estarán incluidas en el ámbito de protección de esta disposición las personas privadas de libertad, por motivo del conflicto armado, estén detenidas o internadas, tanto si son personas que han participado en las hostilidades y han caído en manos de la Parte contraria como si son población civil. Es importante destacar que el Protocolo II no contiene una protección concreta para los prisioneros de guerra por lo que este artículo resulta de gran trascendencia para las personas que participan en las hostilidades y son capturadas en cuanto que «no son jurídicamente prisioneros de guerra» (90) pues esta figura no existe ni en el artículo 3 común ni en el Protocolo II.

El artículo 5 recoge medidas mínimas que han de respetarse, medidas que son calificadas de «obligaciones absolutas» en el Comentario del Protocolo II, y otras medidas que se aplicarán en función de las posibilidades que tengan quienes hayan efectuado el internamiento o la detención.

Dentro de las obligaciones absolutas que han de respetarse a la población civil se encuentra:

- El trato a heridos y enfermos conforme al artículo 7 del Protocolo II.
- Los prisioneros recibirán alimentos, agua potable, condiciones de salubridad e higiene, y protección contra los riesgos del clima en igual medida que la población local.

(89) Mangas Martín, Araceli, *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, op. cit. p. 104.

(90) Sylvie-Stoyanka Junod, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, op.cit. párrafo 4655, p.118.

- Recibirán socorros individuales y colectivos (91).
- Podrán practicar su religión y recibirán asistencia espiritual cuando así lo soliciten y proceda (92).
- Gozarán de condiciones de trabajo y garantías análogas a las de la población civil.

Las acciones que deben realizar los responsables del internamiento o la detención en la medida de sus posibilidades y dentro de los límites de su competencia son las siguientes:

- Se prevé que los hombres y las mujeres se alojen en locales distintos, salvo si hombres y mujeres que pertenecen a la misma familia, pues de darse dicha circunstancia se intentará alojarles en un espacio común. Según S. Junod «cuando no sea posible disponer de lugares separados, habría, en cualquier caso, que prever locales para dormir e instalaciones sanitarias separados» (93). Asimismo se prevé que las mujeres se hallen bajo vigilancia de otras mujeres.

- Un segundo grupo de medidas se relaciona con la protección estrictamente física y mental. En el campo médico se impone la obligación de realizar controles médicos a los internos o detenidos así como la prohibición de realizar intervenciones médicas que no estén indicadas por su estado de salud y que no estén de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas. Como indica Yves Sandoz (94) 2000 en el Comentario al Protocolo I si se realiza un acto médico éste debe cumplir dos condiciones que son acumulativas, la primera es que esté indicado por el estado de salud de las personas, y la segunda que se ajuste a las normas médicas generalmente reconocidas que la parte que realiza el acto aplicaría a sus ciudadanos. No podrá ponerse en peligro ni la salud de los prisioneros ni detenidos ni su integridad física o mental, mediante acciones u omisiones injustificadas, lógicamente podemos pensar que esta prohibición queda englobada dentro del principio de trato humano que ha de darse a las personas que no participan en las hostilidades.

- Por último indicaremos que se permite a las personas enviar y recibir cartas y tarjetas postales, si bien en número limitado si la autoridad lo considera necesario.

(91) *Ibid.*, op. cit. párrafo 4570, p. 88.

(92) Los socorros se refieren a la posibilidad de que las personas privadas de libertad puedan recibir paquetes con mercancías.

(93) La práctica de su religión es un derecho fundamental e inalienable, la procedencia de la asistencia espiritual hace referencia a la posibilidad de que en ocasiones puede no ser posible encontrar personas de la religión adecuada.

(94) Sylvie-Stoyanka Junod, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977*, op.cit. párrafo 4584, p. 92.

El contenido de la protección de las personas privadas de libertad se completa con la referencia a las personas que tienen su libertad restringida, pero que no son internadas ni detenidas, que gozarán de los beneficios recogidos en el artículo 4, y en el artículo 5. 1 párrafos a), c) y d) y artículo 5.2, párrafo b), así como la referencia a las personas que sean puestas en libertad cuya seguridad deberá garantizarse. Esta última obligación corresponde a quienes tomen la decisión de liberarlas.

3.4. MEDIDAS DE PREVENCIÓN TÁCTICA

El Protocolo II recoge tres tipos de medidas de carácter táctico:

Las dos primeras se encuentran en el artículo 5.2.c). Se prevé en primer lugar que no se sitúen lugares de internamiento o detención próximos a la zona de combate, y en segundo lugar el artículo 5.2.c) indica que habrá de procederse a la evacuación de los sujetos internados cuando los centros de internamiento estén particularmente expuestos a los peligros del combate. Tal y como indica el texto la evacuación se realizará siempre que «pueda efectuarse en condiciones suficientes de seguridad», debiendo entender que habrán de adoptarse las medidas necesarias para garantizar la seguridad de estas personas, pero sin olvidar que se está en una situación de conflicto bélico que lógicamente puede suponer cierto riesgo.

La tercera medida de prevención táctica está contenida en el artículo 12 del Protocolo II que obliga a que el personal sanitario y religioso así como las unidades y medios de transporte sanitario ostenten el signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos sobre fondo blanco. El signo deberá ser respetado en toda circunstancia y se exhorta a que no se utilice indebidamente.

4. PROHIBICIONES O LIMITACIONES EN EL USO DE ARMAS EXCESIVAMENTE NOCIVAS O DE EFECTOS INDRISCRIMINADOS

Dentro de las medidas de prevención que afectan a la población civil hay que destacar el conjunto de disposiciones que se preocupan de limitar el empleo de armas de destrucción indiscriminada y que causan daños superfluos e innecesarios. Este grupo de disposiciones nació con el fin de evitar los daños masivos e indiscriminados que se producen en los enfren-

tamientos bélicos y constituyen un importante conjunto de textos normativos de los cuales los más destacados son:

- La Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados,

- Los cuatro Protocolos a la Convención de 1980 dedicados a: proyectiles no detectables en el cuerpo humano mediante rayos x (Protocolo I); minas, armas trampa y otros artefactos (Protocolo II); armas incendiarias (Protocolo III); y armas que producen ceguera (Protocolo IV).

Durante las últimas décadas tanto Naciones Unidas como el Comité Internacional de la Cruz Roja han trabajado sin parar con el fin de lograr que se prohibiera y limitase el uso de armas especialmente crueles por sus efectos. Han sido las minas antipersonal el arma que ha concentrado mayores esfuerzos puesto que una vez colocadas y esparcidas en la tierra resultan ser totalmente indiscriminadas. Numerosos informes (95) hablan de los efectos devastadores en la población civil de los países que sufren conflicto bélico puesto que los civiles no cuentan con medios para detectarlas una vez colocadas.

Han sido tradicionales las críticas que ponían de relieve la no aplicabilidad de la Convención de 1980 a los conflictos no internacionales. Este vacío fue salvado durante años por algunos autores a través de la aplicación de los principios de derecho consuetudinario que rigen en todo tipo de conflicto, así Maurice Aubert (1990) indica que aplicar «los principios de la Convención de 1980 en los conflictos armados no internacionales es una cuestión humanitaria» (96) ya que su preámbulo se fundamenta en dos principios básicos del derecho de la guerra como son el principio de distinción y el principio de limitación de las partes en la elección de medios para hacer la guerra. En la actualidad este tema ha quedado solucionado puesto que en la Conferencia de Examen de la Convención de 1980, celebrada en Ginebra del 11 al 21 de diciembre de 2001, se acordó la modificación de la Convención —no de los Protocolos— para determinar la aplicabilidad de la misma a los conflictos armados internos. Este cambio, introducido en el artículo 1 de la Convención, es un paso significativo en el camino del Derecho Internacional Humanitario pues permitirá en el

(95) Sandoz, Ives, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional...* op. cit. párrafo 475, p. 224.

(96) En este sentido se puede consultar el informe del Comité Internacional de la Cruz Roja denominado *Minas terrestres antipersonal ¿Armas indispensables? Estudio sobre el uso militar y la eficacia de las minas antipersonal*, CICR, en www.Circ.org/icrcspa.nsf/.

futuro determinar la aplicabilidad de los Protocolos de la Convención a los conflictos armados no internacionales sin olvidar que el Protocolo II enmendado ya se aplicaba a este tipo de conflictos. El Protocolo II enmendado prohíbe de forma general «colocar minas con dispositivo antimaniplulación, emplearlas contra la población civil o de forma indiscriminada, dirigidas contra personas u objetos que no constituyan un objetivo militar, vulnerar la regla de la proporcionalidad causando daños excesivos o no señalar debidamente los campos de minas» (97).

Otro avance significativo se ha producido a través de un instrumento normativo interesante en esta materia: el Tratado de Ottawa (98). Este Tratado, que se aplica a todo tipo de conflictos, tiene un carácter claramente prohibitivo al obligar a cada Estado firmante del mismo a no emplear minas antipersonal nunca y bajo ninguna circunstancia; así como a no desarrollar, producir, adquirir de un modo u otro, almacenar, conservar o transferir a cualquiera, directa o indirectamente, minas antipersonal. Los Estados también se comprometen a no ayudar, estimular o inducir, de una manera u otra, a cualquiera a participar en una actividad prohibida a un Estado Parte, conforme a dicha Convención, y a destruir o a asegurar la destrucción de todas las minas antipersonal según el propio Tratado.

5. GARANTÍAS JUDICIALES

Tanto el artículo 3 común como el artículo 6 del Protocolo Adicional II establecen garantías penales para los presuntos infractores del derecho de los conflictos armados internos. El CICR ha prestado siempre una gran atención al tema de las garantías procesales que se dispensan en periodo de conflicto armado, la preocupación es tal que como recoge Guisández Gómez (2002) el CICR presentó en 1971 «a la Conferencia de expertos gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo de normas del DIH aplicables a los conflictos armados, un proyecto que incluía ocho normas fundamentales que debían respetarse *en todas las circunstancias, sin dis-*

(97) Aubert, Maurice, *El Comité Internacional de la Cruz Roja y la cuestión de las armas que causan males superfluos o dañan sin discriminación*, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 102, noviembre-diciembre de 1990, pp. 511-532, en www.icrc.org/ihrcspa.nsf, p. 7.

(98) Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, *Limitaciones al empleo de medios y métodos de combate: armas convencionales excesivamente dañinas o de efectos indiscriminados*, en *Derecho Internacional Humanitario*, CEDIH, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 203.

crimination alguna. Sin embargo, estas normas no fueron recogidas en la redacción de los Protocolos Adicionales definitivos» (99). A continuación se presenta la configuración de las garantías judiciales que hace el Derecho Internacional Humanitario en vigor para los conflictos armados internos.

El artículo 3 común indica que están prohibidas las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio por un tribunal regularmente constituido y dotado de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

El artículo 6 del Protocolo II también recoge un número mayor de garantías para el enjuiciamiento y la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado. Hay que entender que las infracciones han de ser penales por lo que han de excluirse «los delitos de derecho común» (100). Las medidas de protección básicas son las siguientes:

- La sentencia que imponga condena deberá haber sido dictada con arreglo a las condiciones de imparcialidad e independencia del tribunal.
- El acusado deberá ser informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya.
- Será informado de todos los derechos y medios de defensa necesarios.
- Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delito.
- No se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción, regulándose que si posteriormente a la comisión de la infracción la ley impone una pena más leve el delincuente se beneficiará de ello.
- Toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
- Toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada.
- Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.
- Todos los condenados serán informados, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de otro tipo, así como de los plazos para ejercer ese derecho.

(99) El Tratado de Ottawa es la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, 18 de septiembre de 1997.

(100) Guisández Gómez, Javier, *La Protección de las Víctimas en los Conflictos de Carácter no Internacional*, en *Derecho Internacional Humanitario*, CEDIH, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 446.

- No se podrá imponer pena de muerte a personas menores de 18 años (101).

- No se ejecutará pena de muerte contra mujeres encinta ni contra madres de niños de corta edad. El texto permite dictar pena de muerte contra las mujeres pero no permite que se ejecute cuando se den las circunstancias descritas en el párrafo 4, del artículo 6, es decir cuando la mujer esté encinta o cuando sea madre de niños de corta edad.

- Al cese de hostilidades las autoridades deben conceder una amnistía lo más amplia posible a quienes hayan tomado parte en el conflicto armado, o que estén privadas de libertad, internadas o detenidas por el conflicto.

El texto reconoce principios básicos del derecho procesal penal como es el principio de responsabilidad individual de los delitos, el principio de no retroactividad de la ley penal, el principio de presunción de inocencia, el principio a hallarse presente en el proceso y el derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo. El gran problema que presenta la realidad es el control de estas garantías que se hace mucho más difícil en una situación de conflicto armado, dificultad que se agudiza cuando las sentencias son dictadas por tribunales constituidos por las partes insurgentes. Con relación al problema de los tribunales constituidos por las partes insurgentes Araceli Mangas (1992) indica que el «párrafo 2 del art. 6 no reitera que el tribunal deba estar regularmente constituido, pues ese requisito en relación con la parte sublevada es poco «verosímil» en el sentido de la ley nacional» (102).

6. CONSIDERACIONES FINALES

El presente estudio ha pretendido hacer un repaso por las normas de Derecho Internacional aplicables a la protección de la población civil en los conflictos armados internos, delimitando el conjunto de limitaciones y prohibiciones que dicha normativa ha establecido. Uno de los datos más sorprendentes y a la vez esperanzadores del análisis de la normativa ha sido comprobar como durante las últimas décadas se ha producido una importante evolución normativa. Dicha evolución, que se ha traducido tanto en nuevas normas como en la modificación de las existentes, ha supuesto un avance significativo en la protección de la población civil en

(101) Sandoz, Ives, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional...* op. cit. párrafo 3094, p. 1233.

(102) Comentario del protocolo II, op. cit, párrafo 4613, p. 102.

los conflictos armados internos. Entre los hitos normativos que apoyan esta afirmación podemos citar la Declaración de Normas Mínimas de Humanidad aplicables en conflictos armados, el Tratado de Ottawa, la modificación de la Convención de 1980 que ha extendido su ámbito de aplicación a los conflictos armados internos, o el Protocolo facultativo a la Convención de los Derechos del Niño de 2002 que prohíbe la participación de los menores en los conflictos armados. Todas estas normas nuevas o modificadas nos permiten aventurar la idea de que la sensibilidad de la comunidad internacional avanza en lo que se refiere a la necesidad de proteger a la población civil en los conflictos armados de carácter no internacional. En este sentido hay que poner de relieve la gran labor que hacen organizaciones internacionales como Naciones Unidas o el Comité Internacional de la Cruz Roja que trabajan sin descanso, tanto denunciando los incumplimientos del Derecho Internacional Humanitario como proponiendo mejoras en el mismo.

La normativa que existe sobre protección de la población civil en los conflictos armados internos no es demasiado extensa, hecho que se agudiza si la comparamos con la normativa que existe para la protección de la población civil en los conflictos internacionales. Sin embargo, su escasez no la priva de tener un valor incalculable pues de no existir la protección quedaría reducida a la protección que confieren los principios de derecho consuetudinario.

Los informes existentes sobre las vulneraciones de derechos humanos fundamentales y de los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales ponen de manifiesto la fragilidad de esta normativa que ha sido el objeto de nuestro análisis. El desarrollo de un conflicto armado interno sin infracciones del artículo 3 común o del Protocolo Adicional II precisa de un alto nivel de concienciación en las partes contendientes que decididamente estén convencidos de que el conflicto ha de lesionar lo menos posible a la población civil. Lograr esta situación exige una inmensa labor de concienciación que puede partir de impulsar una difusión mayor del Derecho Internacional Humanitario.

Junto a su difusión, el Derecho Internacional Humanitario precisa mecanismos de eficacia que puedan garantizar que los incumplimientos del mismo van a ser legalmente sancionados. El estudio de los mecanismos de eficacia es sin duda un complemento fundamental para este análisis que por limitaciones de espacio no han podido desarrollarse, pero no quiero acabar sin hacer una breve referencia a un mecanismo de eficacia que sin duda va a marcar un antes y un después en la violación del Derecho Internacional Humanitario que es la aprobación y consiguiente entra-

da en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional. El Estatuto de Roma es un avance sin precedentes en el Derecho Internacional, que esperamos sea un eficaz medio de reparación de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario con el deseo de que actúe a su vez como mecanismo preventivo.

La disminución del sufrimiento de la población civil en estos conflictos requiere un trabajo conjunto que unifique muchas líneas de acción, especialmente el trabajo de los Estados de las organizaciones regionales y mundiales, y el esfuerzo de las organizaciones humanitarias internacionales para lograr sinergias que redunden en evitar que los seres humanos se destruyan entre sí.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ABI-SAAB, G., *Los Conflictos Armados no Internacionales*, publicado en Las Dimensiones Internacionales del Derecho Humanitario, Instituto Henry Dunant, Tecnos, Madrid, 1999.
- ALONSO PÉREZ, F., *La Protección de la Población Civil*, en Derecho Internacional Humanitario, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- BOUTRUCHE, THÉO, *El estatuto del agua en el derecho internacional humanitario*, en Revista Internacional de la Cruz Roja, N° 140, diciembre, 2000.
- CALEGEROPOULOS-STRATIS, A.S., *Droit humanitaire et Droits de l'homme. La protection de la personne en période de conflict armé*, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève, 1980.
- DE CURREA-LUGO, V. DE, *Posibilidades y Dificultades del Derecho Internacional Humanitario en el caso colombiano*, en *Derecho Internacional Humanitario*, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ERIC, D., *Introduction au droit international humanitaire*, Collegium, N° 21, 2001.
- FISCHER H. Y ORAÁ J., *DCHO INTERNACIONAL Y AYUDA HUMANITARIA*, DEUSTO, 2000.
- GUISÁNDEZ GÓMEZ, J., *La protección de las Víctimas en los Conflictos de Carácter no Internacional*, en *Dcho. Intl. Humanitario*, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El Derecho Internacional Humanitario y Los Conflictos Armados Internos*, en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 68, julio-diciembre, 1996.

- JIMÉNEZ PIERNAS, C., *La Calificación y Regulación Jurídica Internacional de las Situaciones de Violencia Interna*, Separata Anuario Hispano-Luso-Americano de Dcho Internacional, V. XIV, 1999.
- MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1992.
- MANGAS MARTÍN, A., *La Regulación Jurídica Internacional de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional*, en *La Regulación Jurídica Internacional de los conflictos armados*, Cruz Roja Española, Oficina Autónoma de Cataluña, Barcelona, 1992.
- PICTET, J., *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, CICR, Plaza & Janés Editores Colombia S.A., 1998.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., *Fuentes del Derecho de los Conflictos Armados*, en *Curso de Derecho Internacional Humanitario*, Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, Cruz Roja, Ciudad Real, 1999.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., *Limitaciones al empleo de medios y métodos de combate: armas convencionales excesivamente dañinas o de efectos indiscriminados*, en *Derecho Internacional Humanitario*, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- SANDOZ, I., *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, Plaza & Janés, CICR, Colombia, 2000.
- SYLVIE-STOYANKA JUNOD, *Comentario del Procotocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, Edición Plaza & Janés Editores Colombia, S.A., Colombia, 1998.
- UMOZURIKE, O., *La protección de las víctimas de los conflictos armados III. La población civil*, en *Las Dimensiones Internacionales del Derecho Humanitario*, Instituto Henry Dunat, Tecnos, Madrid, 1990.
- URBINA, J.J., *La protección de las personas civiles en poder del enemigo y el establecimiento de una jurisdicción penal internacional*, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 840.
- ZEMMALI, A., *Protección del agua en período de conflicto armado*, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 131, septiembre-octubre de 1995.

2. NOTAS

EL SISTEMA DE JUSTICIA MILITAR MEXICANO: CONSIDERACIONES ACTUALES Y REFLEXIONES SOBRE SU PLANTEAMIENTO

Alejando Carlos Espinosa
*Profesor de Derecho Militar de la
Universidad Nacional Autónoma de México*

SUMARIO

0. Introducción. 1. El sistema de Justicia Militar en México. 2. La autonomía del Derecho militar en perspectiva. 3. Reflexiones acerca del Código de Justicia Militar como instrumento integral. 4. El delito militar: un reto de la dogmática penal. 5. Rumbo a la redefinición del Derecho penal militar en México. 6. El Derecho disciplinario militar: alternativa de un Derecho penal mínimo castrense. 7. Seguridad Nacional y constitucionalidad. 8. La Seguridad Social militar. 9. El servicio y las prestaciones administrativas de los militares. 10. Naturaleza de las penas militares.

INTRODUCCIÓN

El sistema de justicia militar en México presenta un escenario controvertido con los esquemas de política exterior que merece ser revisado, en aras de poner a tono de vanguardia las instituciones y conceptos que le rigen en nuestro marco democrático de derecho; resulta de fácil comprensión identificarlo como un régimen de excepción, finalmente un fuero. Al respecto debo mencionar que la connotación dada en este caso al fuero es a rango de competencia o de jurisdicción, bajo el principio de que la competencia es a la jurisdicción como la parte es al todo.

El fuero constitucional de guerra se encuentra bastamente legitimado en el segmento del Derecho Penal en las materias sustantiva, adjetiva y ejecutiva en el artículo 13 de nuestra norma rectora, al igual que la materia disciplinaria, por lo que los delitos y las faltas tienen una regulación especial que se encuentra reglamentada en la normatividad marcial secundaria, comprendida de manera integral en el Código de Justicia Militar para el caso de delitos y en la Ley de disciplina correspondiente así como en los correlativos reglamentos generales de deberes militares y navales.

En términos de lo dispuesto por el artículo 123, Apartado «B», fracción XIII, de la Constitución General Mexicana, se plantea un procedimiento de exclusión del régimen laboral para los militares, dado que se establece la regulación por sus propias leyes, que al ser de naturaleza administrativa generan una regulación diseminada de derechos laborales en las diversas leyes, reglamentos y demás disposiciones militares; por lo que se afirma, que no obstante la inexistencia de un cuerpo legal militar de orden laboral, la de tribunales laborales para atender asuntos militares y la imposibilidad de concebir derechos de coalición, tales como grupos o sindicatos (1), los derechos derivados de la prestación del servicio prevalecen con una connotación administrativa.

En este mismo contexto, el numeral de mérito dispone la creación de un mecanismo de seguridad social que cuenta con un gran reconocimiento por cumplir plenamente con el principio de universalidad, al cubrir prioritariamente con aspiraciones de proporcionalidad a favor de quien más lo requiera, por el solo hecho de ser miembros del Ejército (2), por lo que desde el soldado hasta el General de División Secretario de la Defensa Nacional y desde el marinero hasta el Almirante Secretario de Marina se encuentran cubiertos plenamente por el sistema (3).

Como se aprecia el sistema de Derecho Militar presenta un andamiaje idóneo desde el punto de vista normativo como institucional, para el adecuado funcionamiento de la sociedad militar al servicio del Estado, sin que

(1) Dentro de las denominadas Fuerzas Armadas solo y a manera de excepción existe un pequeño sindicato en la Secretaría de Marina que involucra a trabajadores.

(2) Entendido como el conjunto de Fuerzas Armadas de tierra, mar y aire.

(3) Es necesario establecer que recientemente se presentó un retroceso en materia de seguridad social con la promulgación de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas, que deroga la de 1970 restringiendo importantes derechos de los militares y en materia de asensos, en congruencia con la Ley de Asensos y Recompensas y el endurecimiento de las políticas públicas de aplicación de sus normativas homogéneas. Léase la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social y Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

ello signifique que no merezca ser cuidadosamente revisado; por el contrario, es parte de un urgente estudio concienzudo que no debe quedar en los ámbitos académicos sino que debe formar parte de la agenda legislativa nacional.

Además, los militares muy lejos de verse beneficiados por algún tipo de prerrogativa derivada de su estatus (4), deben atender lo ordenado por los mandatos del Derecho Privado, por lo que la condición jurídica del militar le obliga con mayor severidad al puntual cumplimiento del ordenamiento normativo nacional, so pena de ser duramente sancionado.

Mucho se ha discutido doctrinalmente sobre el concepto de Derecho Militar, al respecto existen posturas radicalmente opuestas que ponderan, por un lado que el Derecho Militar es un pleonasma por encontrarse encerrado en la ordenanza, y por el otro se establece que este derecho ni está definido ni se sabe lo que es, por ser incompatible con las armas, la guerra y el uniforme.

Propongo este encuentro de posturas sobre la naturaleza del Derecho Militar como un tema ampliamente superado, en virtud de que el conjunto de normas jurídicas obligatorias para la comunidad armada del Estado, de orden sustantivo, adjetivo, orgánico, social, administrativo, constitucional y disciplinario, no son ajenas a la teoría del derecho, solo que se rigen por una lógica distinta de orden marcial.

El Derecho Militar Mexicano es un micro sistema de derecho contenido en un macro sistema de derecho legitimado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que en el plano de su propia lógica funcional y legal se encuentra complementado en paralelo por su regulación administrativo-laboral y en materia de seguridad social, de tal suerte que los circuitos legales tienen una clara definición en el sistema.

Como tuve oportunidad de exponerlo en la introducción del libro Derecho Militar Mexicano, presentado en 1998, este derecho se caracteriza por su amplio abanico de temas y vertientes apenas tratados por la doctrina nacional, así como por la inmensidad de conceptos, posturas, escuelas, normatividad y cuestiones de *facto* que animan y determinan el universo de conocimientos que le constituyen.

El rezago histórico con que carga la justicia militar en México merece nuestra reflexión. Este importante segmento del sistema jurídico nacional debe ser atendido en forma pronta y especializada, dado que: «Hoy ya no

(4) La condición jurídica militar es la situación especial en que se encuentra un miembro de las Fuerzas Armadas por ser parte integral de éstas y regirse por un régimen de estricta disciplina y cumplimiento ejemplar de las normas.

es posible dejar de considerar a las Fuerzas Armadas como parte de una dinámica de participación en los ámbitos de decisiones públicas y en el contexto social mismo, sin precedentes en la historia de México, acompañándose de una nueva corriente de nuestro tiempo: el respeto a los Derechos Humanos, lo que garantiza dentro de esta transformación, una dicotomía inseparable, siempre en busca del equilibrio que permita la plena vigencia del Estado Constitucional de Derecho» (5).

Es importante establecer las dos posiciones que pueden adoptarse para estudiar las Fuerzas Armadas (6), dado que por una parte son entes dependientes de secretarías de Estado, al menos las que de hecho operan, de tal suerte que es clara la subordinación administrativa del Ejército y Fuerza Aérea a la Secretaría de la Defensa Nacional y de la Armada a la Secretaría de Marina. Sin embargo, constitucionalmente se les entiende conjuntamente con la Guardia Nacional, como unidad dependiente del Ejecutivo Federal, quien es jefe nato de las Fuerzas Armadas en su conjunto (7).

La respuesta institucional que deben las Fuerzas Armadas al gobierno con independencia al color con que se tiña orientado por los vientos democráticos, es de nodal importancia para garantizar el estado constitucional de Derecho, salvaguardar los baluartes nacionales, fortalecer la legitimidad democrática y construir escenarios viables para el adecuado desarrollo del Estado.

El reto es lograr el equilibrio de la participación militar para el adecuado desarrollo de las políticas públicas del Estado en un clima de gobernabilidad, para ello se requiere la precisa neutralidad militar reclamada por Vergotini citado por Lorenzo Cotino Hueso, que supone la no participación de las instituciones armadas en la formación de las opciones políticas (8), en un evento académico ocurrido en el mes de julio de manera inusual por ser una obligación de carácter constitucional el titular de la Secretaría

(5) Carlos Espinosa, Alejandro. *Derecho Militar Mexicano*. Ed. Porrúa. México, D.F., 1998. p. XXI.

(6) Repitiendo al maestro Shroeder Cordero, las Fuerzas Armadas son el conjunto de efectivos humanos y materiales que integran los organismos constitucionales creados para la defensa del país y la salvaguarda de su orden interno, tomado del artículo intitulado «Sociedad y Fuerzas Armadas» de Dionisio Pérez Jácome, publicado en la Revista del Ejército y Fuerza Aérea. Número especial «El Fuero de Guerra, su Constitucionalidad» México, D.F., 1999. p 86.

(7) El artículo 89, fracción VI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, faculta al Ejecutivo Federal para disponer de la totalidad de las Fuerzas Armadas.

(8) Cotino Hueso, Lorenzo. *El Modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas*, Cuadernos y Debate Núm. 144. Instituto Nacional de Administración Pública. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España, 2002. p. 97.

de la Defensa Nacional declaró que *las Fuerzas Armadas no defenderán nunca el poder político* (9).

La entereza de las Fuerzas Armadas fue cabalmente demostrada en la denominada transición con el asenso al poder de Vicente Fox en el 2000, lo que demuestra que la lealtad institucional es para la nación mexicana y el gobierno que legítimamente le represente, sin importar ideologías partidistas ni intereses sectarios. México comprobó el ejercicio de alta responsabilidad que por mandato constitucional estaban obligadas a realizar las Fuerzas Armadas. Es de destacarse que sus integrantes tienen salvaguardado su derecho a sufragar de manera directa, libre, universal y secreta.

El Derecho Militar y su aplicación sustantiva y adjetiva no puede estar sujeto a interpretaciones, incluso de orden constitucional, de las que cómodamente se han referido por décadas los técnicos explicando que son de forma y no de fondo, tal es el caso de la utilización indiscriminada del término Ejército (10) para referirse a las Fuerzas Armadas, bajo el argumento cada vez más cuestionable de la interpretación tradicional que le identifica como Ejército de aire, mar y tierra, para designar a la Fuerza Aérea, a la Armada y al Ejército propiamente dicho.

El Derecho castrense antes que prefigurado por el principio de la necesidad o la historia de lo militar queda, en primer lugar, a expensas de los mandatos, principios y valores reconocidos por la Constitución. La naturaleza y tradición de la institución militar sólo contribuyen a perfilar el contenido del Derecho Militar dentro del espacio que confiere la ley de leyes pues la institución queda a expensas de la Constitución (11).

Dentro de la larga lista de asignaturas pendientes de la justicia militar destaca por su gravedad el hecho de que nuestra Constitución vigente se refiera todavía a la Secretaría de Guerra y Marina, siendo el caso que dicha dependencia no existe como tal desde aproximadamente seis décadas, lo que nos habla del abandono jurídico de que ha sido objeto el fuero constitucional de guerra.

(9) Publicado el 1° de julio de 2004, en los rotativos de circulación nacional Milenio PP-4, Reforma PP, Jornada PP-7 y El Universal PP.

(10) En el texto constitucional se utilizan indistintamente los términos Ejército y Fuerzas Armadas. Por ejemplo, el artículo 13 constitucional en su parte conducente establece: «...los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército...» En tanto que en el artículo 123, Apartado «B», fracción XIII, constitucional en su parte relativa, señala: «El Estado proporcionará a los miembros en el activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada...»

(11) Cotino Hueso, Lorenzo. Op. cit. pp. 97 y 98.

1. EL SISTEMA DE JUSTICIA MILITAR EN MÉXICO

En lo fundamental el sistema de justicia militar en nuestro país se comprende por los segmentos de Derecho Penal (12), Derecho Disciplinario, incluyendo lo que en la doctrina militar española Rojas Caro reconoce como la tercera vía (conductas contra el honor militar), Derecho Administrativo- Laboral y Derecho de la Seguridad Social.

Dicho sistema se encuentra enmarcado como lo apuntala Georgina Albor, por un conjunto de normas de índole constitucional en que se soporta el sistema de justicia militar, al respecto establece que «...su objeto es legitimar y organizar a las instituciones castrenses, para delimitar su competencia y actuación; todo esto dirigido a prevenir excesos en las acciones que pudieran transgredir los derechos de los ciudadanos y de las instituciones civiles, en este sentido tenemos los primeros contactos del micro sistema de Derecho castrense, con el Sistema de Derecho Mexicano, bajo el marco de excepción.» (13).

El Sistema de Justicia Militar en México, al igual que la mayoría de los que aplican a nivel mundial encuentra sustento en los principios de autonomía del Derecho Militar y de independencia filosófica-conceptual, al respecto opinó puntualmente D. Ángel Osorio y Gallardo, citado por D. Mariano Monzón y Aragón, al referir que *la aplicación de una normativa específica para el Ejército no se hallaba en la filosofía sino en las angustiosas leyes de la necesidad* (14).

Es evidente que atendemos a la lógica jurídica militar que *per se* ha dictado su propia política criminal que responde a las exigencias de disciplina, servicio, deber de obediencia y protección de los intereses supremos del Estado, con respeto absoluto al principio de supremacía constitucional, al proceder el juicio de amparo y surtirse la competencia de los Organismos no jurisdiccionales de protección a Derechos Humanos. En paralelo, es importante establecer que el Derecho Militar funda su existencia en los principios de lealtad, honradez, disciplina, respeto, valor y entrega, bajo la directriz constitucional de hacer respetar la soberanía y el mandato subyacente de resguardar la seguridad nacional.

(12) En sus vertientes de sustantivo, adjetivo y de ejecución de penas.

(13) Albor Guevara, Georgina Elizabeth. *La importancia y problemática del Derecho Militar en el proceso de cambio actual del estado mexicano*. Tesis profesional para optar por el grado de licenciado en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Plantel Acatlán. Estado de México, 2002. p. 139.

(14) Monzón y De Aragón, Mariano. *Ayer y Hoy de la Jurisdicción Militar en España*. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia. Sevilla, España, 2003. p. 25.

El sistema de justicia penal militar se encuentra dividido en cuatro grandes segmentos a saber: de orden preventivo, de procuración de justicia, de administración de justicia y de ejecución de penas o ejecutivo penal. Primeramente debemos establecer que la tarea preventiva corresponde como lo afirma el general Mario Guillermo Fromow García a la Policía Militar (15) que es una policía preventiva.

Es menester destacar, como se ha explicado, que el Derecho Militar es mucho más amplio que su connotación puramente penal (16); sin embargo, es innegable la importante presencia que demuestra, a grado tal que se expresa como un *sistema de justicia penal militar* de regulación propia e inspiración doctrinal distinta, atendiendo a su propia especialidad y a la naturaleza de sus penas, de tal suerte que el Derecho Penal Militar, es sin duda, el de mayor importancia en el segmento profesionalizado en el ámbito punitivo.

La justicia militar ha enfrentado importantes embates de versados y legos, fundamentalmente en lo referente a la justicia de mando, el carácter especial que algunos atribuyen a sus leyes y tribunales, la naturaleza de sus penas y la oscuridad de sus procedimientos, entre muchos otros aspectos que me permitiré abordar mas adelante.

Es ocioso negar que el respeto al mando constituye un referente obligado para todo aquel que revise seriamente de manera objetiva como se encuentra construída la justicia militar, por la lógica orgánica en que se inspira, la escala jerárquica de los grados militares nos ubica en el terreno fáctico, donde se tienen preconcebidas ideas y conceptos acordes aparentemente con la disciplina (17).

La disciplina se convulsiona en la aplicación de inercias que ordenan la no discusión de las órdenes y su puntual cumplimiento, además de una acendrada cultura de respeto desproporcionado al mando, bajo el criterio de que *quien manda y se equivoca vuelve a mandar* (18). Resulta difícil comprender que entre lo que ordenan los códigos, leyes, reglamentos, procedimientos para operar, circulares y demás dispositivos legales y lo que ocurre en la *praxis* existe significativa distancia.

(15) Prólogo por el General Mario Guillermo Fromow a la segunda edición del libro *Derecho Militar Mexicano* ob. Cit.

(16) El Derecho Militar se expresa en un micro sistema de justicia que se encuentra enmarcado en un macro sistema de derecho donde válidamente convergen las normativas penales, disciplinarias, administrativo-laborales, de seguridad social, de regulación constitucional y de derechos humanos.

(17) Para efectos de este ensayo valga adoptar la conceptualización de la disciplina como el cumplimiento y observancia de leyes y reglamentos, mandatos y órdenes.

(18) Resabio militar.

El Derecho Militar en el rubro de impartición de justicia penal, se rige por la legitimidad obsequiada en forma justificada por el artículo 13 constitucional (19), estableciendo la subsistencia de un fuero competencial que no de inmunidad, bajo reglas muy claras que atendiendo a las condiciones en que se perpetre el delito y de la calidad de *servicio o franco* en que se encuentre el militar, podrá en su caso enfrentar una responsabilidad penal ante los tribunales comunes, federales o del fuero constitucional de guerra. El punto de este análisis son las leyes e instituciones militares, por lo que centraré la reflexión en los órganos encargados de administrar justicia militar (20).

Por otro lado, sus leyes al igual que sus tribunales no pueden reputarse como especiales debido a que son de carácter general para todos aquellos ciudadanos que sean militares, se encuentran preestablecidas en norma, son previos a los hechos con excepción del Consejo de Guerra Extraordinario (21), además de que son públicos, por lo que técnicamente se afirma su carácter especializado que le distingue claramente de las leyes y tribunales especiales prohibidos por la Constitución (22) y que se refieren a la creación de estos instrumentos para casos concretos.

Desde la legendaria Secretaría de Guerra y Marina, la dependencia contaba en su orgánica con el Departamento de Justicia, Archivo y Biblioteca (23), en su propio Reglamento de 1920, mismo que fue abrogado por el Reglamento Interior de la Secretaría de la Defensa Nacional, publicado oficialmente el 6 de mayo de 1977, como se advierte la preocupación de institucionalizar la justicia militar se plantea en forma inmediata a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

El sistema de justicia militar da vida a las Fuerzas Armadas que, dicho sea de paso, son necesarias y fundamentales para el Estado mexicano, puesto que además de ser la expresión más pura del mismo, garantizan su

(19) Artículo 13 Constitucional «...Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar...»

(20) El artículo 1.º del Código de Justicia Militar establece que ésta se administra por los jueces militares, los Consejos de Guerra Ordinarios, los Consejos de Guerra Extraordinarios y el Supremo Tribunal Militar.

(21) Los Consejos de Guerra Extraordinarios como su nombre lo indica, surgen para cuestiones graves y emergentes, por lo que tienen que ser convocados y presentan la característica de que bajo este procedimiento no procede la apelación respecto del auto de formal prisión ni de la sentencia, independientemente de su sentido.

(22) La Constitución General de la República en su artículo 13, prohíbe de manera expresa que «nadie podrá ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales».

(23) *Diario Oficial de la Federación* del 24 de Abril de 1920.

existencia y seguridad. Es así que al encontrarse el sistema que se revisa sujeto al régimen constitucional de derecho nacional, debe apegarse a la dogmática y orgánica de su texto rector, de tal suerte que en el primer segmento referido es referente de observancia obligada para la normativa y proceder militar (24).

Es claro que las Fuerzas Armadas al cumplir con sus encomiendas de orden constitucional, fortalecen la estructura, reconocen las instituciones y garantizan la existencia del Estado, de ahí que las mismas encuentren vínculos indestructibles que le relacionan directamente con el quehacer político nacional, bajo los mandatos que ordenan los principios de disciplina, lealtad e institucionalidad en plena congruencia con los preceptos constitucionales y legislativos.

2. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO MILITAR EN PERSPECTIVA

El reconocimiento del Derecho Militar como ciencia autónoma e independiente ha sido semillero de prolijas argumentaciones en los escenarios jurídicos que le avalan y le deponen, dado que se plantea como una materia diversa que se desarrolla paralelamente a los lineamientos comunes del derecho ciudadano general de un Estado.

La autonomía del Derecho Militar deviene de la evolución de la propia historia de las milicias, pues el llamado de la disciplina es presupuesto de que los hombres profesionales de las armas debidamente agrupados cuenten con cuerpos normativos propios y procedimientos de aplicación particulares que permitan desempeñar eficazmente sus encomiendas naturales. Obedece a la existencia de principios jurídicos e independientes de orden incluyente que forman parte de un orden jurídico general de Estado no extensivo a la población común.

La autonomía del Derecho Militar no esta reñida con la técnica, la sistematización, la hermenéutica, el garantismo y el respeto a los Derechos Humanos en tiempos de paz; sin embargo, el problema está en el cómo poder hacer funcionar sus objetivos en equilibrio con la vanguardia de las demás ramas del derecho, no obstante responder a una lógica diferente

(24) Al respecto el jurista creador del Derecho Internacional Humanitario, Jean Pictet, citado por el Diplomático del Servicio Exterior Mexicano, Sergio González Gálvez en el prólogo de la *Revista del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos*, en julio de 1999, dijo: «Las exigencias militares y el mantenimiento del orden público deberán siempre ser compatibles con el respeto a la persona humana».

donde incluso los bienes jurídicos tutelados tienen diferentes valores y lecturas (25).

La regulación autónoma del Derecho Militar permite su orientación a la modernidad en todos los segmentos del sistema, por lo que es legítimo aspirar a romper la hipertrofia *del Derecho Militar* a la que en su oportunidad se refirió Jiménez de Asúa, debemos aspirar a conquistar lo que llamó Monzón y de Aragón el «Derecho Militar de Hoy» estableciendo que *es producto de una evolución histórica con presencia de unos datos de continuidad y otros de diversidad, rasgos de toda la vida histórica, sin que se pueda renunciar a ninguno de los dos. En esa evolución se va acentuando constantemente el paralelismo con los progresos del derecho común que, en una auténtica recepción, se ha infiltrado en el Derecho Militar, modificando el viejo espíritu de las ordenanzas, aceptando las modernas técnicas modificadoras, siendo un fenómeno que nada afecta la autonomía del Derecho Militar* (26).

Las instituciones y organismos de justicia militar se conforman por las Direcciones Generales de Justicia Militar y Naval; Supremo Tribunal Militar; Procuraduría General de Justicia Militar; Cuerpo de Defensores de Oficio Militar; Juzgados Militares; Consejos de Guerra Ordinarios; Consejos de Guerra Extraordinarios; Cuerpo Médico Legal Militar; Cuerpo de Rehabilitación Social Militar y Prisiones Militares.

Las Fuerzas Armadas presentan una plena sujeción a la Constitución, por lo que no obstante la autonomía del Derecho Militar, estos órganos regulados por sus propios ordenamientos, en forma alguna se distancian de los mandatos supremos, por el contrario emanan de éstos mismos.

Como lo expresa Lorenzo Cotino Hueso pensando en el caso de España pero que es de plena aplicación para México, *afirmar esta teoría jurídica no debe suscribir ningún recelo, puesto que autonomía jurídica no tiene que ver en modo alguno con autonomía política y por sí mismo el reconocimiento de una institución en nada limita el alcance de la Constitución*, de tal suerte que la independencia del sistema de justicia militar obedece a necesidades de orden técnico y práctico.

Es momento de revertir las profundas e interesantes reflexiones que en su oportunidad y con un asombroso apego al momento histórico que vivía nuestro Derecho Militar expresó don Emilio Pardo Aspe en el clásico títu-

(25) En tanto que el derecho en general dispone que el bien jurídico mas preciado es la vida, para el Derecho Militar lo es la disciplina, el deber de obediencia y el servicio en la prelación indicada.

(26) Monzón y de Aragón, Mariano. Op. cit. supra, nota 15, p. 29.

lo de la doctrina nacional «Autonomía del Derecho Militar» escrito a mediados del siglo XX, por Octavio Véjar Vázquez, en el tenor siguiente: «JUSTIFICACIÓN.—El Derecho Militar, por el paisano, es semejante a una ciudadela erguida en linderos de la Edad Media, abaluartada de enigmas, asediada por secular exigencia de legitimación». En su título encierra ya una antinomia —el *jus* atado a la *vis*— que los autores resuelven cada cual a su manera o la acentúan, conforme al mudable espíritu de los tiempos. Si se reduce el conflicto inicial, toda la ordenación queda justificada (27).

«La disciplina considerada como el modo y orden de vivir con arreglo a las leyes de la profesión militar, tiene un doble aspecto: el interno que se manifiesta entre los miembros de la institución armada y el externo que surge de las relaciones del Ejército; las relaciones de este con los demás órganos de la estructura estatal y con la sociedad en general.» (28).

Octavio Véjar Vázquez refiere en su libro «Autonomía del Derecho Militar» que la jurisdicción militar no sólo se fundamenta con razones filosófico-jurídicas, sino también por motivos de orden práctico, vinculados con la necesidad de vigorizar la disciplina y el respeto a los jefes que se consigue cuando éstos son a la vez jueces y superiores. De igual manera resalta la solución de continuidad que representaría la marcha de un Ejército a país extranjero, maniobras o campaña, lo complicado en términos prácticos que sería la actuación de los jueces ordinarios en el interior de los cuarteles.

En este mismo sentido Véjar Vázquez apoya la doctrina de la autonomía del Derecho Militar en la incompatibilidad que produciría la situación de procesado ante el fuero ordinario con los deberes militares, lo cual no sucede en delitos de escasa importancia, cuando no lo aparta de su destino la instrucción del proceso. También destaca la necesidad imperiosa de un procedimiento rápido, en algunos casos sumarísimo, a fin de que la aplicación de la pena sea inmediata a la comisión del delito; rapidez que resulta incompatible con la retardada tramitación del fuero común.

En paralelo abono a sus interesantes razonamientos, el de que se produce una mayor ejemplaridad cuando el juicio es seguido en el seno mismo del Ejército para alcanzar su publicidad a los compañeros del delincuente aunado a que la naturaleza de la institución militar que obliga a cas-

(27) Vejar Vázquez, Octavio. *Autonomía del Derecho Militar*. Ed. Stylo. México, D, F. p. XV.

(28) *Idem*. p. 16.

tigar con penas severísimas actos de escasa o nula significación en la vida ciudadana (29).

Es así que Véjar postuló en su tratado de Autonomía Jurídica Militar que es posible fundar la jurisdicción militar diciendo que el orden, la disciplina y la eficacia de las Fuerzas Armadas, es imposible obtenerse cumplidamente en los tiempos modernos, sin un conjunto de disposiciones orgánicas que coordinen, sincronicen y concierten las relaciones derivadas de la vida militar.

Valga señalar que la justicia penal militar en México a pesar de estar dotada de cierta autonomía no puede sustraerse de los lineamientos de política penal ordenados por el Estado, de tal suerte que podemos ver interesantes remedos en el Código de Justicia Militar en materia de garantías del procesado, derechos de la víctima, derechos humanos, cambios técnicos y de política criminal, particularmente para la acreditación del delito, oscilando de la figura de cuerpo del delito a elementos del tipo penal y viceversa (30).

El Derecho Militar no debe abstraerse de la dinámica evolutiva que caracteriza al derecho *lato sensu*, esto es, de respetar la inmutabilidad de ciertos preceptos que por su naturaleza son inquebrantables y sin los cuales no funcionaria el sistema, en cuyo basamento se inspira la esencia de la disciplina, el servicio y el deber de obediencia, tanto al mando como a las normas, su codificación al amparo de modernas técnicas jurídicas no sólo se justifica, sino que es de imperiosa urgencia.

«La autonomía que siempre ha considerado la materia castrense desempeña un papel medular en la esencia misma de las Fuerzas Armadas. El Derecho Militar constituye una rama autónoma dentro del campo general de las ciencias jurídicas, dotada de principios generales matizados de orden y severidad que tiende al respeto de la soberanía y mando del estado derivados de la institución militar, cuyo espíritu de organización perfecta requiere estrictos lineamientos de desprendimiento, sacrificio y disciplina de sus integrantes, que no se presenta en ninguna otra forma de organización social» (31).

«No podemos ni debemos considerar esta disciplina jurídica como un derecho fuera de lo ordinario, constituida por normas ajenas a lo común y

(29) En la actualidad dado el estancamiento de la normatividad militar las sanciones se han convertido en más laxas ante el destierro de *facto* de la pena de muerte, que se consigna para ciertos delitos militares altamente graves.

(30) Decreto por el que declaran reformados los artículos 16, 19, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 3 de febrero de 1999 y Decreto por el que se reforman diversas disposiciones en materia penal del 29 de abril de 1999.

(31) Carlos Espinosa, Alejandro. Op. cit. supra, nota 6. p. 6.

dictadas para situaciones eventuales e imprevistas, ya que en realidad, muchas de las disposiciones que conforman el Derecho Militar son reglas de conductas similares y en veces iguales, a las demás que regulan las demás disciplinas jurídicas que constituyen el derecho general. En el caso de México, el Derecho Militar tiene positividad, tanto en tiempo de paz como de guerra y rige en todo momento la función y operatividad en todas las órdenes del Ejército, por lo que de ninguna manera es posible interpretarlo como un conjunto de leyes para atender situaciones eventuales e imprevistas» (32).

Adicionalmente como lo afirma Arturo Schroeder, el Derecho Militar es de gran extensión y supera en mucho los segmentos disciplinario y penal al establecer que el Derecho Militar no se reduce al Derecho Penal Militar, nunca debe confundirse el todo con la parte, siendo imperdonable al jurista incurrir en este equívoco, como sucede. Las normas represivas marciales penales y disciplinarias son, por su aplicación, las más estudiadas del derecho castrense, pero éste comprende además otra serie de disciplinas igualmente importantes: el Derecho Procesal Militar (disposiciones adjetivas); el Derecho Administrativo Militar (organización); el Derecho Social Militar (seguridad); el Derecho Internacional Militar (convenciones, pactos, organismos internacionales); el Derecho Penal Militar Internacional (acuerdos y tribunales Internacionales para el castigo de criminales de guerra castrenses); el Derecho Premial Militar (ascensos y recompensas); el Derecho protocolario Militar (ceremonial) y el Derecho de Guerra (tratados y leyes de guerra) (33).

Ahora bien, es necesario ponderar en este escenario que la autonomía militar es de orden técnico, atento al principio de supremacía constitucional (34). Con la conciencia de que el Derecho Militar no se sustrae del todo a las dinámicas impulsadas por la norma de cultura subyacente, las necesidades del propio Estado, las políticas públicas e institucionales y los criterios influyentes del Derecho Internacional Humanitario, es factible afirmar en prospectiva que su autonomía mantendrá vigente una regulación propia exigida por un sistema de justicia indispensable para garantizar la seguridad del Estado.

(32) Idem. p. 7.

(33) Schroeder, Francisco Arturo, *Concepto y Contenido del Derecho Militar. Sustantividad del Derecho Penal Castrense y sus diferencias con el Derecho Criminal Común*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 1965.

(34) Acorde con la voz Supremacía de la Constitución del *Diccionario Jurídico Mexicano* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primera acepción, éste principio revela la cualidad de la Constitución de fungir como la norma jurídica superior que da validez y unidad a un orden jurídico nacional.

3. REFLEXIONES ACERCA DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR COMO INSTRUMENTO INTEGRAL

En una interesante reconstrucción de los antecedentes del Código de Justicia Militar, Tapia Ibarra en este mismo tenor señala: «Igualmente en la Ley Orgánica del Ejército del 11 de marzo de 1926, en su artículo 44, se estableció que el Servicio de Justicia Militar tenía a su cargo la averiguación y el castigo de los delitos y faltas contra la disciplina militar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y seguía encargado de la administración de justicia militar el Departamento que había sido creado por la Secretaría de Guerra y Marina el 31 de marzo de 1920 y en su Reglamento del 12 de marzo de 1930, se estableció el Servicio de Justicia Militar a cargo de elementos letrados del Fuero de Guerra para la averiguación de los delitos contra la disciplina militar...» (35).

Otro dato importante que da luz sobre los orígenes del Código de Justicia Militar vigente, ha sido expresado por el jurista José de Jesús Flores Cano, quien plantea que el desenvolvimiento de este instrumento legal florece en 1934, ante la preocupación del Ejecutivo Federal (36) por la necesaria regulación de un tema tan delicado, por lo que en uso de sus facultades extraordinarias y con base en el artículo 49 constitucional vigente en la época, el ordenamiento surge como producto de las mismas.

En el Congreso Nacional denominado «El Fuero de Guerra, su Constitucionalidad», organizado por la Secretaría de la Defensa Nacional, en julio de 1999, Alfonso Navarrete Prida, actual Procurador General de Justicia del estado de México, refirió «... por lo que hace al fuero militar, tanto las disposiciones penales sustantivas, como adjetivas se concentran en un solo código, en el Código de Justicia Militar, cuerpo normativo en el que además se regulan los aspectos vinculados, con la ejecución de la sentencia, así como los orgánicos relacionados con la estructura y atribuciones de la Procuraduría General de Justicia Militar, y los Tribunales Militares,

(35) Tapia Ibarra, Amando y otra. *El Ministerio Público Militar, Formulario de Actuaciones*, Ed. Sista. México, D. F. 2001. pp 11 y 12.

(36) Abelardo L. Rodríguez, Presidente Substituto Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed:

Que en uso de la facultad que le fue conferida al Ejecutivo Federal, por el H. Congreso de la Unión, según decreto de fecha 28 de diciembre de 1932, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero del presente año (1934), expido el siguiente Código de Justicia Militar.

estas últimas instancias a las que se les encomiendan la función de procurar e impartir justicia respectivamente en este fuero...» (37).

El código integral punitivo militar no subsanará sus múltiples deficiencias con enmiendas y adiciones, requiere ser abrogado y substituido por otros ordenamientos mejorados en técnica y contenido, que si bien podrían retomar importantes figuras e instituciones, deben ajustarse a las necesidades del Ejército en su más amplia acepción, respetando siempre la subsistencia del fuero de guerra, en este sentido valga expresar que su regulación autónoma no se pone en riesgo, solo se busca que la normativa castrense, particularmente la penal, sea congruente con las actuales necesidades y corresponda a las exigencias ordenadas por todo orden constitucional de derecho.

En el momento de su expedición en el año de 1934, el Código de Justicia Militar contó con espléndidas argumentaciones hechas por los Tomás López Linares y Octavio Véjar Vázquez (38) destacando afirmaciones que actualmente son vigentes, tales como: *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 la sociedad. Y que la primera condición de la justicia militar es la necesidad de la rapidez en el procedimiento; se trata de castigar, pero ante todo 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 en el ejército.* De acuerdo con Bermúdez Flores valga establecer que el Código de Justicia Militar que es un código penal integral, es regulatorio del artículo 13 segundo párrafo de la Constitución Política Mexicana, que prevé la subsistencia del fuero de guerra para los delitos militares. El código de merito tuvo como modelo al Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y como antecedente a la Ley Penal Militar de 1901 (39).

El Código de Justicia Militar tiene en su Libro Primero la siguiente estructura: respecto de la organización y competencia en su Título Primero alude a la organización de los tribunales, en su Capítulo I trata las Disposiciones preliminares; Capítulo II del Supremo Tribunal Militar; Capítulo III de los Consejos de Guerra Ordinarios; Capítulo IV de los Consejos de Guerra Extraordinarios; de los Jueces. El Título Segundo regula los

(37) Argumentos esgrimidos en la mesa redonda «Procedimiento Penal Federal y Procedimiento Penal Militar» en el marco del Congreso Nacional El Fuero de Guerra, su Constitucionalidad en 1999.

(38) Dichas reflexiones fueron expuestas en el documento Breves consideraciones al Código de Justicia Militar, expuestas en la edición de 1934».

(39) Bermúdez Flores, Renato de Jesús, *Compendio de Derecho Militar Mexicano*, segunda edición, Editorial Porrúa, México Distrito Federal, p. 139 y140.

auxiliares de la administración de justicia militar, el Cuerpo Médico Legal Militar, el Archivo Judicial y biblioteca. Por su parte, el Título Tercero regula la organización del Ministerio Público, del Laboratorio Científico de Investigación y de la Policía Judicial, y el Título Cuarto trata la organización del Cuerpo de Defensores de Oficio, en tanto que el Quinto prevé las reglas generales de competencia de los órganos de justicia militar.

El Libro Segundo se ocupa de los delitos, faltas, delincuentes y penas, en su Título Primero se ocupa de los delitos y las responsabilidades, en el Título Segundo trata el aspecto de las penas y sus consecuencias, en tanto el Título Tercero se reserva para la aplicación de las penas, substitución, reducción y conmutación de ellas, por su parte el Título Cuarto es referente a la ejecución de sentencias, retención y libertad preparatoria, así el Título Quinto delimita la extinción penal y modalidades de la pena.

Por otro lado, en cuanto al catálogo de delitos militares son establecidos en el Título Sexto los delitos contra la seguridad exterior de la Nación, el Título Séptimo es relativo a los delitos contra la seguridad interior de la Nación, el Título Octavo dispone los delitos contra la existencia y seguridad del Ejército, el Título Noveno tipifica los delitos contra la jerarquía y la autoridad, el Título Décimo enumera los delitos en ejercicio de las funciones militares o con motivo de ellas, en esta lógica el Título undécimo se ocupa de los delitos contra el deber y el decoro militar, finalmente este segmento clasificador de delitos militares concluye con el Título duodécimo referente a delitos cometidos en la administración de justicia. Es curioso que dentro del propio Libro tercero en el Título Décimo Tercero se incluya un apartado para la definición de diversas voces que se ocupan en los tipos penales militares, misma que resulta limitada para la gran variedad cantidad de hipótesis que pueden presentar los tipos penales militares que por su naturaleza generalmente son abiertos.

El Libro Tercero del Instrumento punitivo que se comenta es referente al procedimiento que se sigue ante los jueces y Consejos de Guerra Ordinarios y Consejos de Guerra Extraordinarios, precisa los incidentes, los recursos y del Supremo Tribunal Militar. El Título Primero relativo a disposiciones preliminares es categórico al disponer «la facultad de declarar que un hecho es o no delito del fuero de guerra, corresponde exclusivamente a los tribunales militares.»

Mención aparte merece dentro del propio Libro Tercero, el Título Sexto relativo a la ejecución de la sentencia, en dicho título también se trata la libertad preparatoria y retención; la conmutación, reducción, indulto y rehabilitación; los juicios y responsabilidad de los funcionarios y empleados del orden judicial y también reserva un título para la regulación

de prevenciones generales. El instrumento integral que se reseña cuenta con 923 artículos.

En la revisión del ordenamiento punitivo que nos ocupa es posible advertir que trata de manera directa los grados de culpabilidad del delito sin definirlo, estableciendo que el delito puede ser cometido de manera intencional, lo que se traduce en el *animus* que caracteriza al dolo como un querer y aceptar o bien mediante imprudencia, lo que viene a ser la figura de la culpa, estableciendo que esta segunda modalidad actualiza imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o intención, este criterio queda plenamente comprendido en la violación de un deber de cuidado y la no previsión de lo previsible. De igual modo regula en forma rudimentaria las modalidades de tentativa que expresa como frustrado y conato, así como los preceptos relativos a la autoría y participación al referir las variantes de autor, cómplice y encubridor.

Sin embargo, los comentarios expresados y muchas otras observaciones necesariamente han sido advertidas por juristas militares, lo que no se puede soslayar es que la doctrina marcial de modo normal restringe a sus miembros la posibilidad de criticar objetivamente sus dispositivos regulatorios, por ello soy partidario de que los académicos, juristas y abogados vinculados a la política criminal y las Ciencias Penales, el Derecho de la Seguridad Social, los ámbitos administrativo y constitucional entre muchas otras vertientes, tenemos la posibilidad justificada de opinar en torno a las Fuerzas Armadas al menos en el ámbito del Derecho Militar y de su sistema de justicia. Considero de alto riesgo que elementos no profesionales en leyes juzguen conforme a los dictados de su conciencia sin importar la suerte que corran los procesados.

De grandes dimensiones garantistas de igualdad fue para la población civil la escrupulosa redacción del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al disponer en su parte conducente»... los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército», más adelante dicho numeral cierra la pinza de protección ciudadana al disponer: «cuando en un delito del orden militar se encuentre complicado un paisano conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.» Prueba de ello es que el mismo ha permanecido intocado por su pulcritud garantista, sin embargo ello en nada tiene que ver con la necesidad de realizar los ajustes técnico-normativos, de contenido y procedimentales necesarios para que la normatividad federal que le reglamenta sea acorde con las necesidades actuales de los miembros de las Fuerzas Armadas, cuidando no poner en riesgo la unidad y fortaleza del Ejército en sentido amplio.

Con la prudencia que requiere no poner en riesgo el relajamiento disciplinario de los cuerpos armados, las instituciones militares, el respeto al mando y por supuesto la garantía de seguridad en su más amplio sentido que ofrecen las Fuerzas Armadas al Estado, es menester transparentar los procedimientos, particularmente los penales militares y ofrecer la accesibilidad de comprensión del contenido de sus normas en toda la escala jerárquica militar, en la medida que la capacitación permanente lo permita. El Código de Justicia Militar merece ser revisado para su adelgazamiento y mejora substancial en el campo de las reglas generales en torno al delito y su catálogo; su procedimiento de aplicación, esto es su adjetividad y en el segmento de las penas y su ejecución. Las resistencias a las observaciones del que escribe y de especialistas en la materia parecen recibirse con cierta reserva, bajo razonamientos triviales en el sentido de que el sistema siempre a operado así y no tiene problemas, por lo que se suele escuchar que los únicos autorizados para opinar al respecto son los militares por tener un conocimiento real de la materia.

En mi concepto el versado en leyes penales y política criminal se encuentra autorizado para opinar con conocimiento de causa en materia militar, particularmente en la penal (sustantiva, adjetiva y ejecutiva) razonarlo bajo otra lógica nos llevaría al absurdo de considerar la necesidad de contar con especialistas de Política Criminal y de Derecho Penal eclesiástico, deportivo, político, policial, de profesiones específicas, entre otras muchas variedades, tantas como nuestra imaginación nos lo permita. Las labores de investigación nos hacen converger con Jiménez de Asúa autor del apotegma «La teoría sin la práctica no es teoría y la práctica sin la teoría es mera rutina.»

Vaya mi reconocimiento a los académicos que inspirados en la realidad y el estudio son capaces de construir conceptos e ideas de alto valor social.

4. EL DELITO MILITAR: UN RETO DE LA DOGMÁTICA PENAL

Plantear el tema de los delitos militares y de los responsables de su comisión es un asunto de suyo delicado que se maneja de acuerdo con una lógica marcial, es decir, presenta sus naturales particularidades que le han caracterizado a través de la historia, mismas que deben acotarse en la medida de lo posible a los criterios que dicta el Derecho Penal Democrático (40).

(40) Entendiendo por Derecho Penal Democrático el conjunto de principios epistemológicos y axiológicos que rigen la aplicación de la Dogmática Penal moderna.

Como bien lo expone Günter Jakobs «los conceptos de la dogmática jurídico-penal forman parte de un contexto jurídico penal, y, con ello, de un contexto normativo: esto es tan trivial como frecuentemente es desconocido. De lo que se trata es exclusivamente de alcanzar un entendimiento de que es un grado suficiente de fidelidad al ordenamiento jurídico y de cuándo falta ésta; con este único objetivo se construyen los conceptos.» (41).

El contexto actual permite orientar el estudio de los delitos militares atento a una técnica y una sistemática de la que se encarga la teoría del delito, porque si bien es cierto, los tipos penales militares responden a una lógica distinta a la de los cometidos por civiles, con independencia a su fuero de competencia, también no lo es menos verdadero, que responden a la internacionalmente aceptada teoría tetratomica que concibe al delito como una conducta típica antijurídica y culpable.

Los delitos militares en particular han sido poco estudiados por la dogmática penal en México y es que el Derecho Militar poco se ha abierto a los espacios académicos, por lo que los estudios que hasta ahora se conocen son de orden general y multidisciplinario, al respecto en los últimos años abonan los trabajos de los civiles de formación universitaria José Manuel Villalpando Cesar y del suscrito, así como los de los militares con formación jurídica, Bermúdez Flores y Saucedo López, entre otros importantes trabajos publicados por la Secretaría de la Defensa Nacional e instituciones de educación superior.

Respetar los lineamientos que fija la política criminal militar respecto de sus ordenamientos y criterios sustantivos, adjetivos y penitenciarios, es nodal para dar inicio a la interpretación dogmática de los delitos militares, puesto que los paradigmas se rompen en este micro sistemas de derecho de muy particulares características, verbigracia el bien jurídico de mayor importancia varía de manera radical, así para el derecho penal común lo supremo es la vida, en tanto que para el Derecho militar es la disciplina (42). Los delitos no tendrían razón de ser de carecer de bienes jurídicos (43) a tutelar.

(41) Jakobs, Günter. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Ángel Editor. México, 2003. p. 7.

(42) El razonamiento de mayor juicio respecto de la bipolaridad de los bienes jurídicos tutelados para civiles y militares, estriba como se ha considerado en diversas latitudes que para el Derecho Penal común el bien jurídico tutelado tiene como eje a la persona, en tanto que en el Derecho penal militar el titular del mismo es la Fuerza Armada.

(43) Al respecto, interesante argumentación presenta la voz bien jurídico en el *Diccionario Jurídico Mexicano* del Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, elaborada por Samuel González Ruiz, quien dijo «El legislador observa la realidad social y dependiendo de su ideología determina cuáles son los

El Código de Justicia Militar deposita la carga de la prueba para demostrar la inculpabilidad en el sujeto activo del delito al establecer en su artículo 102 (44) dejando severamente disminuidos los derechos del individuo, por ello se creó importante establecer criterios de política criminal militar más garantistas en términos de técnica jurídica.

En la segunda parte del numeral de mérito contempla interesantes precisiones penales que cierran cualquier resquicio de impunidad a costa de su severidad regulatoria, al establecer que la presunción de que un delito es intencional no quedará destruida, aunque el acusado pruebe que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general la intención de causar daño; que no se propuso causar el daño que resultó, si este fue consecuencia necesaria u notoria del hecho u omisión en que consistió el delito, o si el inculcado previó o pudo prever esa consecuencia.

De igual manera dispone que dicha presunción no desaparecerá por ignorancia de la ley, por creer la acción justa o moralmente lícita, o estimarla legítima, por error en el golpe o en la persona o si el militar obró con consentimiento del ofendido, salvo que en los supuestos en que quepa el perdón de acuerdo con la ley.

El código punitivo contempla la regulación de infracciones que constituyan faltas, remitiendo para su castigo a las leyes administrativas competentes, es así que no se limita al tratamiento de los delitos militares. El delito intencional se clasifica en conato, frustrado e intencional, para los dos primeros casos se antoja más interesante la aplicación de la teoría de la tentativa; define con falta de técnica pero con claridad las figuras de la reincidencia y de la acumulación.

La teoría del delito parece haber tomado un largo descanso en el segmento de aplicación del Derecho Penal Militar, al respecto valga referir que la normatividad punitiva vigente contempla siete modalidades de autores, aspecto que le convierte en descriptor casuístico de conductas, dejando de lado las descripciones técnicas en donde es posible encuadrar infinidad de hipótesis, cinco descripciones de cómplices y detalla los encu-

objetos a proteger. Puede determinar que sean: la vida, la libertad, la seguridad, la honra, la propiedad, etc. La forma de proteger los bienes jurídicos determinados por el legislador es mediante el uso de la sanción que puede ser civil o penal. Así el legislador establece que cuando una persona comete un acto ilícito que consiste en violar los bienes jurídicos de otra (la vida, la libertad, la seguridad, etc.) le será aplicada una sanción que consiste en irrogar coactivamente un mal, es decir, privarlo de un bien (de su vida, de su libertad, de sus propiedades, etc.)

(44) El artículo 102 del Código de Justicia Militar dispone en su primer párrafo que «la intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario».

bridores de primera, segunda y tercera clase; en paralelo debe referirse que las excluyentes de responsabilidad merecen ajustes técnicos menores, destaca que tales causales se harán valer de oficio, circunstancia que por sí misma es garante de los militares; y se contemplan reglas generales que atenúan o agravan la responsabilidad penal de quienes son sujetos del fuero de guerra.

El Derecho Penal debe cumplir un objetivo de seguridad jurídica que no se diferencia sustancialmente de la defensa social bien entendida, es así que la Constitución General prevé en su artículo 21 la investigación de los delitos y la persecución de los delincuentes a cargo de la institución del Ministerio Público que representa los intereses de la colectividad.

En el caso del delito típicamente militar (45) al igual que cualquier otro tipo penal del fuero común o federal se protegen bienes de alta importancia para el Derecho Penal, solo que con la característica que la política criminal marca reglas alejadas e incluso de orden incompatibles, precisamente por la esencia de sus respectivos bienes jurídicos tutelados, para el Derecho Penal Militar y la sociedad armada los principios y la lógica de aplicación son simplemente distintas.

Valga referir que las mismas conductas reciben tratamientos diferentes tanto en el ámbito sustantivo como en el adjetivo, es de este modo que, por ejemplo, una conducta de abandono del trabajo se traduce en abandono del servicio, que se reputa como delito del orden militar, lo cual no es difícil comprender si se parte del supuesto de que el servicio es uno de los más importantes ejes rectores del quehacer militar. De igual modo en tanto que para el derecho penal común tanto el miedo grave como el temor fundado son excluyentes de responsabilidad penal para el derecho punitivo castrense es una agravante de alta reprochabilidad.

Por su parte el profesor Román Riaza, referido por Luis Jiménez de Azúa en su tratado de Derecho Penal, Tomo II, alude a la naturaleza del Derecho Penal Castrense, al establecer que el derecho punitivo militar *se construye como una norma especial del común, de cuyos principios se nutre, por virtud de las consecuencias a que lleva la organización profesional* (46) valga recordar que Riaza fue conceptualizado por sus contemporáneos como un hombre sereno y moderado, firme defensor de los principios de la autonomía del Derecho Militar y de formación civil.

(45) Los delitos típicamente militares exigen la calidad de militar por no encontrar regulación homóloga para civiles por contener implícitas características de servicio, disciplina subordinación y deber de obediencia.

(46) Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Parte General Cárdenas Editor y Distribuidor. México, D. F., 1991, p. 105.

Sí entendemos por derecho militar:

«...el conjunto de normas bilaterales, heterónomas, coercibles y externas que se encargan de regular a las Fuerzas Armadas en tiempo de paz y guerra: que funda su razón de ser en el bien jurídico de mayor importancia en las instituciones armadas que es la disciplina.» (47).

El delito militar presenta importantes problemáticas de orden fáctico y legal, en el primer supuesto es claro que entrampamiento que ha sufrido su natural dinámica evolutiva le ha desfasado de la positividad en muy importantes supuestos como lo demuestra el ejemplo de la desertión por distancia; en este supuesto baste que el militar resida a más de cuarenta kilómetros del centro donde se encuentre designado su encuadramiento (48) para que continuamente este cometiendo este delito o bien los tipos penales que hablan del robo de una mula, lo que demuestra una total falta de técnica en su elaboración en relación con los códigos penales de la modernidad.

Desde su punto de mira doctrinal Calderón Serrano refiere la dificultad de formar un concepto sobre infracción penal militar, debido a que la dinámica social y cultural de transformación de los pueblos existe, por lo que como la propia teoría del delito lo ha demostrado, es infortunado pensar en un concepto acabado para sancionar conductas que provienen de la propia norma de cultura subyacente y de los intereses del Estado. En este sentido el *jurispenalista* militar Calderón expreso, *es casi ilusorio el afán de formular un concepto inmutable de delito militar* (49).

Ahora bien, el aspecto legal pone de manifiesto algunas importantes carencias normativas que permiten graves cuestionamientos, como es el caso de la ausencia de definición de delito en el Código de Justicia Militar, aspecto que se da por subsanado mediante la denominada supletoriedad, así como los múltiples reclamos reprimidos de la sociedad militar respecto de la aplicación de un código punitivo de orden integral que presenta una cantidad importante de tecnicismos no obstante su rezago histórico y que además contiene una rebuscada mezcla de principios sustantivos, procesales y de ejecución de penas.

Tal planteamiento ofrece serios problemas de interpretación al abogado que no ha incursionado en el tópico penal castrense, cuanto más lo será

(47) Carlos Espinosa, Alejandro. *Ibidem*. p. 5.

(48) Se entiende por encuadramiento la acción mediante la cual se encaja o ajusta una cosa dentro de otra. Así se aplica a una persona en relación a un cargo público, o a un grupo político, de acuerdo con el Diccionario de Ciencia Política de Andrés Serra Rojas en la voz correspondiente.

(49) Calderón Serrano, Ricardo. *Derecho Penal Militar*. Ediciones Minerva. México, D. F., 1944. pp. 50 y 56.

para el destinatario de la norma que en la mayoría de los casos no conoce la génesis, sistemática interpretativa, ni la hermenéutica de la misma, lo cuál se recrudece en los dispositivos procesales, de tal suerte que entre menor grado militar tenga el probable o presunto responsable según corresponda, más será su dificultad para hacer valer su adecuada defensa en un contexto donde impera la justicia de mando (50).

Como en otras oportunidades lo he afirmado la justicia penal militar debe reconsiderar la existencia de tribunales de conciencia colegiados (51), dando paso a la participación de abogados de perfil militar para dar un mayor equilibrio de legitimidad a los juicios, sin poner en riesgo los principios rectores que animan el quehacer militar (52) y su sistema jurídico.

Como lo destaca Bermúdez Flores en su texto, siguiendo a Rafael de Pina, es de apreciarse la rezagada técnica legislativa del ordenamiento en cita, al seguir el viejo sistema de los ordenamientos penales del siglo pasado que cataloga a los encubridores en de primera, segunda y tercera clase (53). El propósito de las anteriores reflexiones no es denostar la legislación punitiva marcial que a todas luces ha sido rebasada (54). Por el contrario es intención del que escribe y otros investigadores y docentes impulsar la renovación que se exige para la teoría del delito y de las penas militares.

5. RUMBO A LA REDEFINICIÓN DEL DERECHO PENAL MILITAR EN MÉXICO

El Derecho Penal Militar debe dejar atrás los misterios que por razones naturales le han envuelto a través de sus legislaciones, en el caso de México el fuero de guerra ha presentado diferentes lecturas en las consti-

(50) La justicia de mando tiene una clara presencia en el código punitivo representada en el concepto de que los militares deben ser juzgados al menos por sus iguales y en la posibilidad de extinguir la acción penal por acuerdo del titular de la Secretaría de Estado que corresponda.

(51) Valga recordar que tanto los Consejos de Guerra Ordinarios como los Extraordinarios se encuentran integrados por legos jurídicamente hablando, pues conocer el contenido de la ley no da la calidad de perito en Derecho al militar a quien le corresponda aplicarla. Lo anterior busca subsanarse con la figura del juez instructor del procedimiento.

(52) Dichos principios rectores de la vida militar son la disciplina, el servicio y el deber de obediencia tanto al mando como a los instrumentos legales nacionales.

(53) Bermúdez Flores, Ob cit p 140.

(54) Existe la fuerte tendencia del Estado para suprimir del texto constitucional la pena de muerte consagrada en el artículo 22 de nuestra máxima norma, recientemente el Ejecutivo Federal presentó una iniciativa en este sentido al Congreso de la Unión.

tuciones de 1824, 1857 y 1917, siendo este último intocado desde la versión publicada oficialmente sobre el artículo 13 constitucional. Dicho numeral como se ha apuntado es categórico al determinar la subsistencia del fuero de guerra (55) para los delitos (Derecho Penal) y las faltas (Derecho Administrativo-Disciplinario) contra la disciplina militar.

Las Fuerzas Armadas constituyen el sector más respetable de la administración pública por erigirse en ejemplo de institucionalidad, su estructura responde a una cadena de mando perfectamente establecida donde no hay lugar a interpretaciones en su ejercicio. Se cumple al servir al estado, tan es así que generalmente se asume como la más fiel de sus expresiones, que no fuera así sería objeto de preocupación

Las voces que alientan una reforma responsable al sistema de justicia militar en México cada vez suman más adeptos de diversos sectores, baste decir que en diciembre de 2003, fue presentada una iniciativa de reforma al Congreso de la Unión por una Diputada del Partido de la Revolución Democrática, que modifica diversos artículos del Código de Justicia Militar, y pretende suprimir la pena capital del sistema de sanciones que rige la jurisdicción penal militar (56). También connotados académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México como es el caso del doctor Manuel González Oropeza, plantean incluso la supresión del Fuero de Guerra (57).

Sin embargo, en mi concepto tal extremo es injustificado, más tampoco se trata de enmendar el código integral que en materia penal militar priva en México para dar paso a la supresión de *iure* de la pena de muerte. El sistema de justicia marcial requiere en el ámbito de la codificación y la técnica legislativa mucho más que un ajuste que permita su vigencia práctica, debe ajustar sus preceptos que responden a los principios de disciplina, servicio y deber de obediencia a una realidad de nuestra época, sin abrir resquicio alguno de afectación a los principios rectores del Derecho

(55) «El fuero militar o de guerra es la jurisdicción o potestad autónoma y exclusiva de juzgar, por medio de los tribunales castrenses y conforme a las leyes del ejército, fuerza aérea y armada nacional, únicamente a los miembros de dichas instituciones, por faltas o delitos que cometan en actos o hechos del servicio, así como la facultad de ejecutar sentencias.» Definición técnica de Francisco A. Schoreder Cordero en *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano* T. D-H. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa. México, D.F., 2000. p. 1758.

(56) Iniciativa de Ley con Proyecto de Reforma presentada por la Diputada del Partido de la Revolución Democrática Cristina Portillo Ayala ante el Congreso de la Unión el 15 de Diciembre de 2003.

(57) Participación del doctor Manuel González Oropeza en el ciclo de conferencias «El Derecho Penal Militar y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación» celebrado en el Palacio de Justicia Federal el 24 de abril 2001.

Militar. Debo explicar lo expuesto, la modernización de la técnica legislativa, el ajuste en la regulación administrativa, social, disciplinaria, penal e internacional, nada tiene que ver con dañar la disciplina, el servicio y el deber de obediencia, por el contrario abona a los postulados internacionales que son enarbolados por los Derechos Humanos. Estoy cierto, el ajuste normativo no es dado por la simple inserción de artículos que traten las garantías del procesado, los propios Derechos Humanos, los de la víctima o bien la competencia de los organismos no jurisdiccionales de Derechos Humanos, a pesar de ser un derecho de naturaleza sui géneris, ello no implica impedimento para que cumpla con sus objetivos bajo una mejor técnica jurídica.

El referente constitucional que inspira el principio de supremacía en esta materia, fija límites a las atribuciones y facultades de los episodios que cursa el Sistema de Justicia Penal Militar, de tal suerte que en un primer segmento podemos advertir que la función preventiva corresponde realizarla a la policía militar; la tarea de procuración de justicia le toca efectuarla por disposición del artículo 21 de nuestra norma rectora, al Ministerio Público, en este caso, al militar que se auxiliara de una policía denominada judicial militar, de peritos, de funcionarios de archivos y demás personal auxiliar; la administración de justicia se realiza a través de los tribunales militares y cuenta con su propio procedimiento reglamentado sobre ejecución de penas, aspectos que le permiten plena autosuficiencia. En tal escenario, se exige necesario puntualizar en torno a la naturaleza jurídica de los tribunales militares definiéndolos como formalmente administrativos y materialmente jurisdiccionales, es claro que se encuentran regulados en el contexto administrativo que rige a las secretarías de Defensa Nacional y de Marina, como también lo es que realizan tareas jurisdiccionales de fondo respecto de conductas penalmente relevantes en materia militar.

El célebre militar español y jurista José María Rodríguez Devesa (58), definió al Derecho Penal Militar como las *leyes que tutelan penalmente el potencial militar de la nación*. En mi concepto el Derecho Penal Militar cuenta con una construcción político criminológica distinta, en el caso de México, se orienta a sustentar los principios de disciplina, servicio y deber de obediencia, con el propósito de que las Fuerzas Armadas den pleno cumplimiento a los mandatos constitucionales bajo un marco normativo preestablecido, salvaguardar la seguridad interior y exterior de la nación. La

(58) Rodríguez Devesa, José María. *Derecho Penal Español*. Parte General. Quinta ed. Madrid España, 1973. p. 117 y siguientes.

seguridad nacional (59) y las Fuerzas Armadas siempre han estado ligadas dado que es responsabilidad del Ejército en la más amplia de sus acepciones y como la más pura expresión del Estado, salvaguardar de todo riesgo a la población, el territorio o al régimen de gobierno.

Desde la perspectiva de análisis de Zaffaroni el más importante derecho penal especial atendiendo a la gravedad de sus penas es el derecho penal militar, quien establece que esta rama modifica algunos de los principios generales del derecho penal común, de acuerdo con la naturaleza de su función tutelar (60).

VARIABLES como las expuestas se presentan con alguna frecuencia, sin que ello sea impedimento para establecer que en términos generales la teoría del delito plenamente aplica para su determinación, de tal suerte que un delito militar deberá satisfacer los elementos propuestos por la teoría tetra-tómica que exigen al delito al menos ser una conducta, típica, antijurídica y culpable.

«La circunstancia de que el derecho penal militar sea una rama del derecho penal de carácter especial, no significa que se trate de una rama completamente autónoma del mismo, sentido en el cual el derecho penal común también sería un —derecho penal especial— concepción que conduciría a atomizar el derecho penal, disolviéndose en una cantidad de derechos penales —especiales— sin ninguna unidad vinculante.» (61).

Un dato curioso de la justicia militar en México, lo es sin duda, el hecho de que la independencia nacional no aparejó cambios de las instancias jurídicas del Procurador Español, dando lugar a la continuidad y vigencia a las antiguas leyes y ordenanzas, circunstancia que varó en esa etapa el desarrollo del Derecho Militar nacional. Tan lamentable realidad careció de solución no obstante que los escenarios políticos presentaran nuevas condiciones y elementos, por lo que se vivió una natural oscuridad en el terreno de la justicia militar, fundamentalmente en su ámbito penal.

(59) La primera definición de orden positivo sobre seguridad nacional es dada por la reciente Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, que en su artículo 3 fracción XII, establece por seguridad nacional para los efectos de la ley de mérito: Acciones destinadas a proteger la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa exterior y seguridad exterior de la Federación, orientadas al bienestar general de la sociedad que permitan el cumplimiento de los fines del Estado constitucional.

(60) Al tener una naturaleza distinta al derecho penal común, el derecho penal militar presenta lecturas diametralmente opuestas de política criminal, por ejemplo el miedo grave y el temor fundado para el derecho penal son causas justificatorias del delito, en tanto que para el penal militar representan un agravante de funestas consecuencias.

(61) Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, D. F., 1991. pp. 104 y 105.

El mayor rezago se advierte en la justicia penal, por lo que ésta debe ser revisada en su integralidad bajo criterios de política criminal acordes a las nuevas necesidades de las Fuerzas Armadas, resulta inviable e insostenible la aplicación de una normatividad caduca en los segmentos sustantivo, adjetivo y ejecutivo de penas militares. La reingeniería de la justicia penal militar es un tema que se encuentra fuertemente impulsado por las corrientes garantistas internacionales y por el espacio natural que ofrece la regulación de las faltas administrativas y algunos tipos penales en ese mismo esquema ordenado por la teoría de la última razón de estado para la aplicación de penas.

El cambio que se antoja urgente para la aplicación del Derecho Penal Militar responde a las actuales condiciones del país, «México como cualquier otro país del mundo, responde a sus propias circunstancias inmutables, que tiene que ver con sus propias dimensiones fácticas y no resultado de la conjetura, la especulación, la coyuntura o el cálculo trivial; al modo de cuerpos físicos que se estudian tridimensionalmente, estimando altura anchura y profundidad, la circunstancia reconoce espacio, tiempo y contenido (62).

La política criminal de Estado en materia punitiva marcial no es ajena al argumento esgrimido por González de la Vega citado *up supra*, solo que existen reticencias que hacen lento el recorrido de modernidad legislativa que de manera gradual se introduce en el espectro militar, que por décadas permaneció encriptado atendiendo a que no interesó al gremio que se incursionara en su revisión, tema ferozmente defendido con argumentos retóricos (63) de que sólo los militares tenían el conocimiento y el pulso para pronunciarse respecto de su esquema normativo. Es tiempo de replantear el Derecho penal Militar sin tapujos y con la conciencia de que no pondrá en riesgo su dureza, severidad y expedites indispensables para la preservación de la disciplina, transparentando sus procedimientos y actualizando sus tipos penales. Debe atender al garantismo.

6. EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR: ALTERNATIVA DE UN DERECHO PENAL MÍNIMO CASTRENSE

La intención es poner a la consideración de los interesados en el tema un análisis crítico (64) y propositivo en aras de contribuir a desempanta-

(62) González de la Vega, René. *Políticas Públicas en Materia de Criminalidad*. «Teoría de los Escenarios». Ed. Porrúa. México, D.F., 2001. p. 3.

(63) Si entendemos por retórica aquellos argumentos que tienen como objetivo convencer a quien lo escucha, siendo en realidad de contenido falso.

(64) Entendiendo por crítica una construcción objetiva de realidad.

nar la justicia militar en México, es claro que la preservación de la disciplina en las Fuerzas Armadas se encuentra mas ligada al Derecho disciplinario que al Penal, por lo que la corriente minimalista enarbolada por Luigi Ferrajoli no es ajena al Derecho Penal Militar, donde podría implementarse aunque con cierta moderación el principio de última ratio (65). Esto es dar paso a la regulación administrativa de ciertos tipos penales como la deserción por distancia que de manera rutinaria se transgreden en la cotidianidad (66). Convencido de que la disciplina emanada de la norma no puede romperse, repruebo la incongruencia de algunos tipos penales militares con la realidad actual.

La cuidadosa despenalización de algunas conductas militares para su traslado al apartado disciplinario sería una muestra de progreso institucional para las Fuerzas Armadas, de éste modo encontraría un importante espacio de expresión el garantismo penal tan reclamado por el moderno humanismo; valga recordar que de *facto* mas no de *iure* otro importante postulado del minimalismo penal se ha cumplido circunstancialmente, dado que las penas son razonablemente menores que en el fuero federal y común, siendo el caso que cuando se dicta por pena la de muerte, ésta se conmuta por prisión extraordinaria de 20 años, la máxima de las corporales en el sistema penal castrense (67).

«Mientras el derecho penal militar tiene por objeto el delito militar, el disciplinario militar se ocupa de la falta disciplinaria. Entre ambas esferas de competencia existe una diferencia cuantitativa y no cualitativa, pues esta última se refiere a violaciones y transgresiones de menor cuantía, que lesionan levemente la disciplina. No obstante ambas formas de represión buscan el mantenimiento del orden que debe existir en la institución militar. En esta situación si el derecho penal militar sanciona los hechos mas

(65) El principio de última ratio establece al Derecho Penal como la última razón de Estado, reservándole para aquellas conductas de mas elevada reprochabilidad social.

(66) Como lo explica Citlali Jiménez Vázquez, en su trabajo, *Despenalización del delito de deserción por distancia tipificado en el Código de Justicia Militar*, en su conclusión séptima, «El tipo penal que establece el artículo 255 fracción IV del Código de Justicia Militar, del delito de deserción por distancia, el legislador al momento de su creación, no considero los adelantos que se darían con el paso del tiempo en materia de transporte, ya que hoy en día las distancias para trasladarse de un lugar a otro, pueden ser tan cortas que en cuestión de horas podemos estar en otro país o si fuera poco en otro continente». Investigación para optar por el grado de licenciada en derecho por la UNAM, presentada el 7 de Septiembre de 2004.

(67) Los últimos casos de aplicación de pena de muerte derivada de una resolución judicial militar data de principios de los años sesenta, destacando un caso de insubordinación causando la muerte a un superior en el norte del país. Lo anterior demuestra su obsolescencia de hace al menos cuarenta años.

graves que atentan contra el régimen disciplinario, lo cierto es que las faltas disciplinarias se cometen con mayor frecuencia por lo que el ejercicio de la potestad disciplinaria es más importante, para el mantenimiento del régimen disciplinario y la estructura del ejército, que la jurisdicción penal militar...» (68).

Fortalecer el régimen disciplinario militar es sin duda una excelente sugerencia para salvaguardar por una parte el punto neurálgico de mayor importancia del gremio militar que es la disciplina, misma que se expresa como el lineamiento de conducta sustentado en la obediencia y debe ser parte intrínseca de todo militar, cuyas principales máximas están orientadas al fomento del honor y la moral castrense. El derecho penal militar debe reservarse como una última alternativa para sancionar las conductas graves que por su naturaleza no son susceptibles de ser resueltas administrativamente.

Cotino Hueso en franca oposición al principio ortodoxo de la disciplina señala la necesidad de abandonar cierta mística respecto de ésta y establece que: *la disciplina no es más que un medio para alcanzar la meta propuesta, bajo este punto de partida debe ser concebida* (69), sugiriendo que los militares sirven a unos fines de la comunidad y la disciplina es el medio para que lo hagan de forma adecuada. En este mismo contexto cita a Humboldt que refiere: *la disciplina militar solo merece respeto cuando va hermanada del sentimiento supremo de libertad*.

Existe un fundado desacuerdo por este nuevo concepto, baste decir que la disciplina es toda una doctrina amalgamada de convicción objetiva del militar quien la realiza, por lo que minimizarla a un medio para alcanzar un fin me parece un juicio de orden limitativo y al menos sujeto a un importante número de apreciaciones que van más allá del control social objetivizado. El Derecho Penal Militar debe dejar de ser un segmento reservado a los cuarteles necesita flexibilizar sus procedimientos, rediseñar sus contenidos, revisar la estructura e integración de sus instituciones impartidoras de justicia y modalidades de sus penas. Cuando la normatividad vigente deja de tener aplicación práctica debe replantearse o en su caso suprimirse atendiendo a las nuevas necesidades de sus destinatarios. La punición de conductas debe reservarse aun en el segmento militar a las que coloquen en grave riesgo sus principios rectores.

(68) Castro Soto Gustavo E. y Ernesto Ledesma Arronte. *Siempre Cerca, Siempre Lejos. Las Fuerzas Armadas en México*, Editado por el Comité Investigaciones Económicas y Políticas de Acción Comunitaria, A.C., México, D. F., 2000. pp. 167 y 168.

(69) Cotino Hueso. Op. cit. Supra, nota 9. p.563.

7. SEGURIDAD NACIONAL Y CONSTITUCIONALIDAD

El marco constitucional constituye el principio y límite de las atribuciones del Estado en aras de salvaguardar la seguridad nacional, sin embargo las razones que existen para la preservación de esta última pueden incluso transgredir los ordenamientos normativos de la más alta jerarquía con la dispensa y disimulo en el discurso por parte de las autoridades. Para efectos de análisis del presente rubro propongo la conceptualización de Seguridad Nacional siguiente:

«la seguridad nacional es la capacidad dada a la Nación por el Estado para imponer sus objetivos a todas las fuerzas que se le opongan. Esta capacidad es naturalmente una fuerza. Se trata por lo tanto, de la fuerza del Estado capaz de destruir todas las fuerzas adversas y de hacer triunfar los objetivos nacionales... El instrumento para lograr los objetivos nacionales es el poder y este es a la vez capacidad de acción sobre la naturaleza y sobre los hombres, capacidad de manipular los recursos naturales gracias al capital, a la técnica, a la capacidad de trabajo, y capacidad de imponer la voluntad del Estado a los hombres sea por la ley, sea por el prestigio, la función social, la costumbre o la represión. El poder es recursos naturales, trabajo, ciencia, técnica, capital, ejército, policía, represión, control, censura, ley, costumbre, autoridad, todo ello yuxtapuesto para formar una sola capacidad de acción» (70).

La constitucionalidad para Miguel Lanz Duret citado por Aurora Arnaíz Amigo descansa sobre los contenidos de la Constitución, por lo que «Solo la Constitución es suprema en la República. Ni el gobierno federal, ni la autonomía de sus entidades, ni los órganos del Estado que desempeñan y ejercen las funciones gubernativas ... son en nuestro derecho constitucional soberanos (71).

Las Fuerzas Armadas en México en aras de un adecuado equilibrio democrático pugnan siempre por estar a disposición del gobierno a la par de la opción política por éste elegida, pero marginado de los intereses particulares de sus líderes, valga recordar que la encomienda que reciben es de altísima importancia y trascendencia para la salvaguarda de su seguri-

(70) Núñez Palacios, Susana. *Actuación de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. División de Ciencias Sociales y Humanidades (UAM). México, 1990. p. 45.

(71) Tomado de la voz constitucionalidad de la doctora Aurora Arnaíz Amigo en *Diccionario Jurídico Mexicano* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. T. A-C. México 1998. p. 802.

dad exterior e interior (72), pero sobre todo tiene carácter de obligación constitucional.

La labor institucional del Ejército mexicano es impulsada por el Ejecutivo Federal, para quien sus Fuerzas Armadas constituye la garantía de la existencia del Estado, su órgano de defensa nacional, por lo que se erige en garante de la integridad constitucional en un marco de respeto a su prestigio y responsabilidad moral.

Las tareas de salvaguarda del Estado, son responsabilidad de sus órganos internos de gobierno, de los de seguridad pública, de aquellos que integran el sistema de justicia penal y recientemente se ha incorporado con extraordinaria fuerza la participación ciudadana. Partiendo de que ningún Estado podría imaginarse con la ausencia de alguno de sus elementos esenciales, es que se hace necesario distinguir en el tema de la seguridad a la de orden público y a la denominada nacional.

Es así que a la seguridad nacional no es factible constreñirla al potencial militar del Estado tendiente a evitar su laceración vital, es necesario ponderar que también implica la implementación adecuada de políticas públicas, las habilidades de los gobernantes y la cooperación de los ciudadanos en un contexto de orden y cumplimiento con el marco normativo.

La diversificación de contextos que pueden colocar en riesgo a la seguridad nacional constituye una vasta gama de materias, de tal suerte que la tala desproporcionada de árboles, la escasez extrema de agua o alimento, los elevados niveles de contaminantes, la ingobernabilidad exacerbada, los movimientos de insurrectos o la pobreza extrema potenciada, podría llegar a serlo.

De modo que la seguridad nacional tiene una muy importante liga con las Fuerzas Armadas pero no todo corresponde resolverlo a este aparato garante por definición del Estado entendido como nación. Al igual la seguridad pública reviste una enorme responsabilidad de orden preventivo y de vigilancia. La línea divisoria entre seguridad pública y seguridad nacional es de naturaleza tan sutil que en veces los propios expertos llegan a dejar de advertir los límites que separan una modalidad de seguridad de la otra.

A la seguridad pública debemos entenderla como el conjunto de protecciones y garantías derivadas de acciones del Estado en los tres niveles de gobierno, que tiene por objeto hacer respetar y garantizar la persona y bienes ciudadanos.

(72) En México muy recientemente fue incorporado el concepto seguridad nacional a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, previo a ello, lo más cercano a su concepción eran los tipos penales contra la seguridad interior y exterior de la nación contenidos en el Código Penal Federal y el Código de Justicia Militar.

De tal suerte que a la seguridad nacional le toca responder frente a la puesta en riesgo de los elementos sustanciales del Estado y desarticular toda acción que atente en contra de la integridad, estructura e instituciones nacionales, puesto que es mediante éstas como se pueden dirimir las controversias de intereses en un marco de legalidad. La seguridad nacional no tiene límites, en la lógica que exige preservar íntegro al Estado.

El tema de la transición democrática ha hecho más complejo el problema de control social del Estado, que como lo afirma Gustavo Salas, no es ni bueno ni malo, simplemente es necesario. El tema de la seguridad en este contexto ha exigido en voz de Ana María Salazar la mezcla de seguridad con política, al respecto señala: «Para ser un buen estratega de seguridad nacional, un buen estratega en temas de seguridad pública en una democracia, uno tiene que ser un excelente estratega político» (73). La combinación en dosis adecuadas de ambos elementos ha demostrado ser la fórmula de equilibrio que permite conjuntar pluralidad y rumbo en el gobierno.

Encontrar un punto armónico entre control social, seguridad, constitucionalidad y respeto a los Derechos Humanos, es tarea difícil de implementar dentro de las políticas públicas del Estado, sobre todo cuando se actualiza la necesidad de realizar tareas de inteligencia que si bien es cierto son de una importancia nodal para mantener un indicador para la adecuada toma de decisiones, no son bien aceptadas por la ciudadanía que además no tienen cabida en su expectativa de gobernados.

El binomio seguridad nacional-constitucionalidad, es reconocido a rango de la propia norma de más alta jerarquía, al prever atento a lo dispuesto en su artículo 29 la posibilidad de dejar suspensas las garantías individuales en «casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto»; lo que demuestra que ante eventuales escenarios no deseados se ponderara salvaguardar la seguridad nacional como bien supremo del Estado con la anuencia del instrumento que ordena la construcción del mismo y garantiza los derechos individuales. De esta forma se antepone el interés nacional respecto del individual por ser de mayor jerarquía.

Quienes son responsables de obtener información de alta reserva que puede colocar en riesgo al Estado, no siempre utilizan las mecánicas orto-

(73) Ana María Salazar, Inseguridad. Un riesgo para la democracia, en Memoria del Ciclo de Conferencias «Procuración de Justicia, Seguridad Pública y Nacional en el Siglo XXI» Coordinado por la Procuraduría General de la República y la Fundación Honrad Adenauer. México, D.F. 2001. p. 83.

doxas a que se debe ceñir la función de las autoridades en el escenario que les ofrece su ámbito constitucional de competencia. Tratar de ignorar tal circunstancia resultaría al menos inocente, por ello fortalecer las políticas de seguridad nacional y reforzar la capacitación de quienes tienen a cargo esa elevada responsabilidad es requisito indispensable para hacer coincidir los extremos de una soga que resultan ser igualmente importantes.

Los costes de las democracias incipientes se miden en la diversidad de opiniones no siempre contextualizadas, en la laxitud de la aplicación de las normas, en la problemática de la toma de acuerdos y en el porcentaje de desprotección que deteriora a las instituciones, elementos que son grandes aliados de la inseguridad. Hoy más que nunca se requiere fortalecer a las Fuerzas Armadas por representar al Estado y garantizar los destinos que determine el ejercicio democrático.

La inteligencia militar suele ser el termómetro que orienta las grandes decisiones políticas y por ende garantiza el buen destino de la población, el territorio y el gobierno. Lograr que en este ejercicio se respete la constitución debe ser el objetivo de toda legalidad verdadera y no discursiva. Los supuestos de excepción para dejar de aplicar las garantías individuales previstas en la constitución, en ella misma se encuentran delimitados; por lo que ajustarse al principio de supremacía constitucional en el proceder personas e instituciones acorta la distancia que termine por unir éstos dos conceptos que la norma concilia perfectamente.

En la medida que exista seguridad en la más amplia de sus expresiones, (seguridad jurídica, seguridad pública, seguridad nacional) en esa misma proporción se debe presentar apego al orden constitucional en las acciones de autoridad, para poder afirmar que la constitucionalidad en el actuar de las autoridades responsables de su cumplimiento, converge en el fortalecimiento de un Estado Constitucional de Derecho, en aras de salvaguardar la seguridad nacional.

8. LA SEGURIDAD SOCIAL MILITAR

La seguridad social militar es un segmento muy bien librado de las críticas a la justicia castrense por las bondades que se ha servido obsequiar al gremio, no obstante los considerables ajustes sufridos en menoscabo de los derechohabientes en forma reciente con la publicación oficial de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas.

El reconocimiento constitucional de este importante derecho se consagra en el artículo 123 Apartado «B», fracción XIII, que establece en su

segundo párrafo: El Estado proporcionará a los miembros en el activo en el Ejército, Fuerza Aérea y Armada, las prestaciones a que se refiere el inciso f) de la fracción XI de este apartado, en términos similares y a través del organismo encargado de la seguridad social de los componentes de dichas instituciones.

De modo que de acuerdo con este dispositivo legal «Se proporcionará a los trabajadores habitaciones baratas, en arrendamiento o venta, conforme a los programas previamente aprobados. Además, el Estado mediante las aportaciones que haga, establecerá un fondo nacional de la vivienda a fin de constituir depósitos a favor de dichos trabajadores y establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a éstos crédito barato suficiente para que adquiera en propiedad habitaciones cómodas e higiénicas, o bien para construir las, repararlas o pagar pasivos adquiridos por estos conceptos» (74).

Los militares mexicanos son formados dentro de un espectro de valores específicos, mismos que norman su construcción como soldados y su decidida participación social, estos son: disciplina militar, obediencia militar, honor militar, valor militar, lealtad militar, ética militar y moral militar; sin embargo, respecto a los preceptos internacionales consagrados en los convenios y tratados internacionales que sobre la materia existen no son del todo observados, atendiendo a la falta de una cultura jurídica y de la conciencia de los beneficios de su aplicación en el tema de los instrumentos internacionales formalmente suscritos y ratificados por México. Verbigracia en la conciencia pública y el imaginario colectivo de los gobernados aun no ha permeado la trascendencia jurídica de los sistemas regionales y universales de Derechos Humanos.

La seguridad social militar en México cumple a satisfacción con el principio de universalidad en la materia que exige para su perfeccionamiento que sea de orden general y que sus políticas se orienten a proteger con derechos más generosos a quienes gozan de menores prebendas, tal circunstancia es de fácil verificación en la ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM).

México es un claro ejemplo donde la seguridad social militar se expresa con gran solidez, dado que la misión del ISSFAM es otorgar a sus miembros y sus parientes referidos en la ley de merito, que dicho sea de paso, es más extensa su cobertura que la del propio Estado, en sus vertientes de trabajadores del Estado y de empresas particulares a la luz del

(74) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, numeral 123 Apartado «B» fracción XI inciso f).

Instituto de Trabajadores al Servicio del Estado y del Instituto Mexicano del Seguro Social respectivamente, dado que da atención a la totalidad de las Fuerzas Armadas, a su esposa o concubina, ascendientes y descendientes e incluso a los hermanos de los militares que sean menores de edad y que se encuentren estudiando.

Además, acorde con lo expresado por Jorge Carpizo en su publicación Derechos Humanos y Ombudsman al respecto preciso *la protección se extiende no solo a la salud, prerequisite indispensable de toda actividad, sino también a los medios de subsistencia, cuando la enfermedad impide, en forma temporal o permanente, que el trabajador continúe ejerciendo su actividad productiva.*

El militar se ve cubierto por el manto de la seguridad social desde el preciso momento en que se hace militar hasta el de su muerte, sin embargo sus efectos continúan para sus familiares en los términos previstos por la propia ley de mérito, por lo que encuentran respuesta a sus necesidades básicas, de modo que «Los beneficios de seguridad social con que cuentan quienes integran las Fuerzas Armadas tienden a satisfacer y proteger las exigencias mínimas de éstos y atienden invariablemente a la antigüedad del militar y su grado...» (75).

Sin embargo, los avatares en esta conquista han cristalizado en diversos instrumentos legales que son antecedente de la actual ley vigente del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas (76) a saber: Decreto de creación de la Dirección de Pensiones Militares de 1955; Ley de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas de 1961 y Ley de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas de 1976 (77), En congruencia con las políticas públicas en materia de seguridad social del Estado Mexicano, en ejercicio de sus facultades constitucionales, modero los beneficios de los militares ampliando los tiempos de servicio para efectos del retiro (78).

Esta institución se entiende como un conjunto integral de servicios sociales de beneficio colectivo que complementa las prestaciones fundamentales y se orienta a incrementar el ingreso familiar, su progreso, elevar niveles de bienestar sociales y culturales así como desarrollar habilidades artísticas de sus derechohabientes.

(75) Carlos Espinosa, Alejandro, *Derecho Militar Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1998 p. 27.

(76) Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de julio de 2003.

(77) Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1976.

(78) Artículo 89, fracción I, las facultades del Presidente de la República son: promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa su exacta observancia.

La naturaleza jurídica del ISSFAM es la de un Organismo Público Descentralizado Federal (79), con personalidad jurídica y de patrimonio propio, que tiene como objeto brindar bienestar a los militares en servicio activo o en situación de retiro y sus derechohabientes, en materia de salud, vivienda, y educación, según lo establece el artículo primero de su propia ley.

En el artículo 18 de la ley de referencia se establecen las prestaciones que en materia de seguridad social asisten a los miembros de las Fuerzas Armadas a saber: haber de retiro, pensión, compensación, pagas de defunción, ayuda para gastos de sepelio, fondo de trabajo, fondo de ahorro, seguro de vida, seguro colectivo de retiro, venta de casas y departamentos, ocupación temporal de casas y departamentos, mediante cuotas de recuperación; prestamos hipotecarios y a corto plazo, tiendas, granjas y centros de servicio; servicios turísticos; casas hogar para retirados; centros de bienestar infantil; servicio funerario; becas y créditos de capacitación científica; centros deportivos y de recreo; orientación social; servicio médico integral, y farmacias económicas.

La incorporación de nuevos criterios a favor de lo militares que entregaron lo mejor de sus años al ejército sentido amplio continúan creciendo, al respecto la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas se aprecia en su artículo 128 que dispone: «Los militares retirados podrán obtener conforme a la Ley Orgánica del Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada SNC, prestamos con garantía hipotecaria, en primer lugar sobre muebles urbanos en la medida de los recursos disponibles para este fin...» A lo largo de la ley de la materia se advierte que para los militares priva de manera afortunada una política que se inspira en la doctrina de protección al más vulnerable en aras de lograr acortar las distancias inequitativas de algunos privilegiados; La ley de merito se inspira en criterios de igualdad de oportunidad de derechos y mayores beneficios a los que menos prestaciones tienen y más lo requieren.

En un extenso legal de las prestaciones, el mando (80) cuentan con la obligación de orientar a los familiares con calidad de derechohabientes de los militares fallecidos, para la tramitación administrativa y logro de los beneficios que en términos de la ley del ISSFAM les corresponda como una prestación.

(79) Se considera como organismo descentralizado a las instituciones creadas por disposición del Congreso de la Unión o en su caso por el Ejecutivo Federal con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la forma o estructura legal que adopten.

(80) Comandantes de todos los niveles de las diferentes Fuerzas Armadas.

9. EL SERVICIO Y LAS PRESTACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS MILITARES

Por disposición constitucional la relación que existe entre el militar con motivo de la prestación del servicio de las armas con la Secretaría de la Defensa Nacional o en su caso de Marina es de carácter administrativo (81) por lo que a las contraprestaciones derivadas de la realización del servicio se les debe considerar como prestaciones administrativas, no obstante su semejanza con la regulación laboral, así al pago que se percibe por la prestación del servicio militar se le denomina haber de servicio, en tanto que para los trabajadores el pago por la prestación de un servicio personal y subordinado se le conoce conceptualmente como salario.

Un militar se encuentra en servicio cuando realiza cualquier actividad inherente a la que su calidad le obliga, con la circunstancia de que éstas sean de carácter oficial, derivadas o con motivo de éste y en razón de las funciones que en su caso tengan encomendadas; sin embargo, las prestaciones administrativas que engloban las normas de esta clase y de seguridad social, son protectoras de los militares aun cuando alcanzan la calidad de retirados (82).

El mando es responsable que el personal bajo sus ordenes se encuentre debidamente informado de toda suerte de prestaciones a que tiene derecho (83), por lo que deberá cuidar de que en la practica ello ocurra y particularmente conminarlo a la designación de beneficiarios, en este sentido le corresponde disponer lo conducente para que al personal subordinado sea asistido sobre los tramites que necesite realizar. El ejercito en sentido lato (tierra, mar y aire), como contingente armado que requiere de contraprestaciones a sus miembros a cambio de lealtad y compromiso con el

(81) Los militares en México no son contemplados en la regulación laboral por disposición del Artículo 123 Apartado «B» de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que dispone «Los militares... se regirán por sus propia leyes», circunstancia que los excepciona de regulación laboral al no contar entre su catalogo de disposiciones con leyes ni tribunales de dicha naturaleza.

(82) Son militares retirados todos aquellos que prestaron su servicio a las Fuerzas Armadas y dejaron de hacerlo por haber cumplido con la edad limite señalada en las normas del fuero de guerra para cada grado en la jerarquía militar del Ejercito, Armada y Fuerzas Aérea.

(83) Dentro de las prestaciones básicas destacan: Seguridad Social, Cédulas de identificación, seguro de vida, pago del servicio colectivo de retiro militar, pagas de defunción ayuda para gastos de sepelio, funerarias y panteones, atención medica, fondo de ahorro y de trabajo, Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada S.N.C., préstamos, asignación de técnico a nivel licenciatura (40% del haber para los médicos que acrediten estudios de este nivel a saber título y cédula profesional) y retiros.

Estado, se expresa como un contingente armado bajo un solo mando que garantiza el funcionamiento del mismo.

Otra forma de entender el concepto de ejército es la propuesta por Duverger citado por Cotino Hueso, quien expresó *el ejército es un cuerpo cerrado que normalmente tiene poco contacto con los civiles, a los que no comprende bien ni es comprendido por ellos*. Esta aseveración es parcialmente cierta a juicio de quien suscribe toda vez que esta aseveración presenta mayor fuerza respecto de las rutinas y hábitos de los militares, pero nunca para la comprensión de un investigador jurídico, los militares en este sentido se encuentran introyectados por la doctrina marcial que en ocasiones les impide ver con claridad las deficiencias y oportunidades de mejora que presenta su sistema de justicia fundamentalmente los ámbitos disciplinario y penal.

La designación del Ejército ha sido materia de ajustes en nuestro sistema de derecho, dado que a través del tiempo ha sido nombrado con diferentes expresiones de acuerdo al momento histórico, destacando como la más adecuada la de Ejército Mexicano, tal fue el caso de la disposición oficial que ordeno en 1948 que: «*Cuando en una disposición legal o de otro orden, se aluda al Ejército designándolo como Ejército Nacional, esta expresión deberá traducirse por la de Ejército Mexicano*» (84).

En un claro impulso a la hombría de bien y a la institucionalidad marcial en las Fuerzas Armadas mexicanas «se reitera la importancia de premiar al personal y a los organismos militares, por su heroísmo, capacidad profesional, servicios a la patria y demás hechos meritorios, como uno de los actos de moral y acción de mando de mayor trascendencia, que influye favorablemente no solo en los individuos condecorados sino en todos aquellos que conocen del suceso, criando en ellos un sentimiento de superación personal y colectiva por haber obtenido un reconocimiento a su esfuerzo y dedicación» (85). La eficiencia y eficacia en el servicio no es ignorada para efectos de las prestaciones administrativas que las dependencias de Defensa Nacional y Marina otorgan a los militares.

(84) Decreto Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de septiembre de 1948, p. 3.

(85) P.S.O. (*Procedimiento Sistemático de Operar*), *Aspectos militares. T. II. Sistema Administrativo*. Secretaría de la Defensa Nacional. Estado Mayor de la Defensa Nacional. Edición 2000. México. p. 165.

10. NATURALEZA DE LAS PENAS MILITARES

La naturaleza de las penas militares y el espíritu que anima el código penal integral castrense en México se ha desvirtuado, si partimos del supuesto de que en congruencia con el discurso humanista del Estado, la pena de Muerte aun en materia militar ha desaparecido de *facto* (86) y se perfila para desaparecer de *iure* (87), en tanto que derivado de esta misma circunstancia la máxima de que *el temor mantiene quietas a las turbas* también ha quedado descontextualizada, dado que como el derecho de ejecución de penas militar nunca se comprometió con el discurso de readaptación social (88), muestra de ello es la penalidad corporal máxima de 20 años para los casos de prisión extraordinaria.

Las penas son relativamente cortas y si las conductas resultan ser graves por la naturaleza de los delitos reservan la muerte, por encontrarse involucrado el servicio, que como esbozamos es principio rector del Derecho Militar. La realidad que impera es la laxitud de la norma punitiva marcial en México, puesto que ante la imposibilidad política de imponer pena de muerte las penas resultan ser mas favorables a los sentenciados.

Hipótesis que recientemente lo ilustran las podemos advertir en las conmutaciones por prisión extraordinaria para sancionar delitos que de acuerdo con el código de Justicia Militar merecen pena capital y reciben 20 años de prisión, temporalidad considerablemente menor a las penas del fuero común o federal en supuestos de delitos reconocidos por la normatividad de la materia, esto es que no son típicamente militares por exigir el elemento de la subordinación o del servicio.

César Bonessana el ilustre Marqués de Beccaria en su clásico de la literatura penal *De los Delitos y las Penas* (89) trata con mucha puntualidad el tópico de la oscuridad de las leyes, dedicándole un capítulo de su obra,

(86) Es el caso que en los supuestos en que se resuelve castigar con pena de muerte al delincuente militar, la pena es conmutada por el Ejecutivo Federal por prisión extraordinaria (20 años de privación de la libertad).

(87) La política humanista del Estado mexicano debe ser congruente con sus leyes, por lo que es posible que prospere la iniciativa sobre la abolición de la pena de muerte del artículo 22 constitucional.

(88) Al ser el servicio un eje rector de la justicia militar, este se privilegia respecto de la readaptación, lo cual se explica con sus «cortas penalidades» y la calidad eliminatória de la pena en delitos muy graves.

(89) En cuanto a la oscuridad de las leyes plantea que si la interpretación de éstas es un mal, que arrastra necesariamente consigo la interpretación y lo será muy grande si las leyes están escritas en una lengua extraña al pueblo. Tomado de Césare Beccaria, *De los Delitos y las Penas*, Clásicos Universales de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, D. F., 1998. p. 46.

para dejar sentado que en la medida que se regulen con lenguaje técnico y de difícil comprensión las normas se colocara en estado de indefinición a los ciudadanos, en este contexto es menester destacar la oscuridad de las leyes militares, no solo las de orden penal, sino todas en general, un ejemplo clarísimo es el manejo de los derechos administrativo-laborales que se encuentran diseminados en sus diversos dispositivos legales.

El catálogo de penas reservado para los militares responsables de la comisión de delitos contempla la prisión ordinaria (de 16 días a 15 años); prisión extraordinaria (con duración de 20 años), substituye a la pena de muerte; Suspensión del empleo o comisión, destitución de empleo y la de muerte (90).

A pesar de la falta de certeza jurídica que ofrecen los tipos penales abiertos, al menos existe una limitante de orden legal que garantiza la imposibilidad de imponer penas por analogía o por mayoría de razón. Respetando de igual manera la irretroactividad de la Ley penal en perjuicio del militar y autorizando la aplicación de nueva normatividad en su beneficio, siempre que aplique a su caso concreto, en congruencia plena con el orden constitucional.

Un asunto de particular tratamiento es el de penar a los menores de 18 años de edad y alumnos de los planteles militares, tal peculiaridad presenta sus puntos finos, primeramente se acepta por disposición tacita una imputabilidad (91) para los menores de 18 años sin establecer limite de edad mínima. Además, el Código de Justicia Militar plantea una penalidad reducida al 50% para tal efecto a los militares que se encuentren en dicho supuesto.

El problema de la minoría de edad pudiera salvarse con la subsistencia del fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, sin embargo lo delicado del punto es más allá de la permisión legal y tiene que ver con la realidad conceptual de la imputabilidad. Ahora bien, es de lógica imaginar que al permitirse la conmutación de la pena de muerte por la de prisión extraordinaria esté sería el supuesto que se procedería a aplicar tratándose de un militar menor de edad o estudiante que incurriera en un delito cuya pena sea la muerte.

(90) La pena de muerte es dictada formalmente por los tribunales militares pero no se ejecuta, conmutándose por prisión extraordinaria, dicha pena capital no se efectúa desde hace aproximadamente cuatro décadas a pesar de ser derecho vigente en el Código de Justicia Militar; en la practica se conmuta por prisión extraordinaria.

(91) Es de sabida conceptualización que la imputabilidad se asocia con la posibilidad de comprensión de que se actúa contrario a lo ordenado por las normas penales; en palabras del maestro Fernando Castellanos Tena es la capacidad de querer y comprender en el ámbito del Derecho Penal.

En mi concepto 20 años son muchos para el caso de que quede en duda técnicamente la imputabilidad. Dada su conformación y naturaleza las penas militares responden a una lógica diversa de la que supone el sistema progresivo técnico en que se sustenta la readaptación social con base en la capacitación el trabajo y la educación.

En términos de lo dispuesto por la normatividad marcial y como lo rescata Villalpando César «La legislación militar prevé un régimen especial al cual deberán sujetarse los militares en prisión, ya sean procesados o condenados, especialmente en lo que se refiere al pago de haberes. Así el Reglamento respectivo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1923, y el artículo 94 del Reglamento de la Ley Orgánica del Presupuesto de egresos de la Federación, que esta vigente en la actualidad según lo dispone el Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, publicada el 18 de Noviembre de 1981, coinciden en señalar que los militares declarados formalmente presos y en proceso sólo recibirán el 50% de sus haberes, con excepción de los acusados de deserción, fraude o malversación de fondos, que solo recibirán el 33% de los mismos. Los que interpongan el recurso de amparo contra sentencias definitivas, solo percibirán el 25% de sus haberes, y los que se encuentren extinguiendo sus condenas en prisión, por sentencias ejecutorias, se consideraran destituidos y, por lo tanto, no recibirán remuneración alguna, salvo el rancho, raciones y vestuario que les corresponda» (92).

El versado también en historia Villalpando detalla el procedimiento de ejecución de la pena capital y refiere»... una vez notificado el reo de la sentencia, se le permite comunicarse con el ministro de la religión que profese, cuando sea posible. La sentencia debe ser ejecutada al día siguiente de su notificación, pero en campaña o en marcha, podrá abreviarse la Ejecución El día de la ejecución se formara cuadro con las unidades, tanto de las que pertenezca el reo, como de las disponibles para que presencien la ejecución. Al reo se le vendaran los ojos, y los tiradores designados se colocarán en dos filas, a tres metros de distancia de él. A una señal, hará fuego la primera fila, y si después de esta el reo diere señales de vida, la segunda fila disparará apuntando a la cabeza. Ejecutada la sentencia, la tropa desfilara frente al cadáver con la vista hacia el cuerpo caído. A la ejecución debe concurrir un médico que dará fe de estar “bien muerto” el reo, y los soldados de ambulancia conducirán al cadáver hacia el hospital militar o lugar de inhumación».

(92) Villalpando, José Manuel, *Las Fuerzas Armadas y la Ley, una introducción al Derecho Militar Mexicano*, Escuela Libre de Derecho, México, 2002.p 165 y 166.

La pena de muerte en la actualidad no se ejecuta, sin embargo si es dictada por los órganos jurisdiccionales militares, casos en los que invariablemente se conmuta por la máxima autoridad militar por la de 20 años de privación de la libertad, pena reservada para la prisión extraordinaria. En la misma dinámica de análisis, la construcción objetiva de realidad nos invita a replantear el esquema y modalidades de las penas militares, que han pasado de ser temidas por su severidad (93) a preferidas en tanto que son más cortas que las reservadas para los delitos comunes y federales.

(93) El apotegma de que el temor mantiene quietas a las turbas se ve debilitado con circunstancias fácticas en la transformación político criminal que debe impulsar la norma de cultura subyacente y la sensibilización de instar la tan esperada reingeniería del sistema de justicia militar.

**EL FISCAL JURÍDICO MILITAR Y EL RECURSO
CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR PREFERENTE
Y SUMARIO (Un estudio de su actividad ante el Tribunal
Militar Central)**

Estanislao Cantero Núñez
General Auditor. Doctor en Derecho

1. NATURALEZA Y OBJETO DEL ESTUDIO

Quince años de actividad de la nueva jurisdicción militar tras su reforma orgánica y procesal de 1988 y 1989, parece tiempo suficiente para estudiar la jurisdicción militar desde los más diversos ángulos, para realizar investigaciones sectoriales que permitan un análisis global mejor fundamentado y que contribuyan a una valoración del funcionamiento de la jurisdicción militar efectuada sobre bases reales.

El presente estudio abarca una parte de su funcionamiento, limitada al comportamiento del Fiscal Jurídico Militar ante un órgano judicial concreto y respecto a una materia específica: el recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario interpuesto ante el Tribunal Militar Central y su subsiguiente continuación, por vía casacional, ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

Se trata, pues, de un estudio formal —en cuanto no se tratará del contenido de las resoluciones más que indirectamente—, pero con gran transcendencia material, porque la posición formal adoptada por el Fiscal determina de modo inequívoco el contenido material de su actividad.

Aunque los datos obtenidos sólo sirven, por supuesto, para sacar conclusiones respecto a la actividad del Fiscal ante el órgano judicial estudiado, sin embargo, espero que sirva de estímulo para hacer el mismo análisis en los Tribunales Militares Territoriales, lo que permitiría, además, un análisis comparativo de los diversos Tribunales de la Jurisdicción Militar con el que obtener conclusiones respecto a toda la jurisdicción militar.

Si el objeto de la función judicial es resolver conforme a justicia los conflictos planteados ante los Tribunales, dando a cada uno lo suyo, es decir, su derecho, el estudio del comportamiento del Fiscal Jurídico Militar contribuirá a ver en qué medida, desde la posición que la ley le encomienda, contribuye a que sea realidad esa obligación, o, en su caso, la obstaculiza.

Naturalmente, se parte, como principio formal indiscutible, de que la justicia se obtiene con la resolución del Tribunal de instancia y, en su caso, con la sentencia del Tribunal Supremo. Nuestro estudio no abarca el análisis material —el contenido en sí— de las sentencias. Se presupone que sus fallos son correctos. Y en función de ellos, este estudio se limita a reflexionar sobre el comportamiento del Fiscal Jurídico Militar. De la mayor o menor coincidencia de las argumentaciones del Fiscal Jurídico Militar con los fallos de las sentencias, podemos deducir el mayor o menor contenido de justicia de la actividad del Fiscal Jurídico Militar.

Pero, aún en el caso de que se prescindiera de toda referencia a la justicia —tanto formal como materialmente— el estudio siempre permitirá ver el grado de discrepancia o coincidencia de los órdenes fiscal y judicial. Y bajo este punto de vista, absoluta y únicamente formal, ver en qué grado se puede considerar más o menos lógica la actividad desarrollada por el Fiscal Jurídico Militar.

2. LA POSICIÓN PROCESAL DEL FISCAL JURÍDICO MILITAR

Como es bien sabido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 518,a) de la Ley Procesal Militar, el Fiscal es una de las partes en el recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario, que, como también es sabido, es un procedimiento establecido para la protección de los derechos fundamentales que puedan verse afectados por la imposición de sanciones disciplinarias, tal como disponen los artículos 453 y 518 de la citada Ley Procesal.

Aunque también es bien sabido, sin embargo, es preciso resaltar que la condición de parte lo es tan sólo en su sentido técnico procesal, pero nunca en sentido subjetivo derivado o ligado a una de las partes del proceso cons-

tituida por la Administración, el Estado, o en el procedimiento en cuestión, el Mando militar, como quiera que denominemos a esta parte a la que se enfrenta y contra la que litiga el militar que ha sido sancionado.

Aunque se trata de un procedimiento en el que se enfrentan el particular —el militar disciplinariamente sancionado— y el Estado, la posición del Fiscal no es la de defensor del Estado. Esta tarea se encomienda al Abogado del Estado. Si bien la intervención del Fiscal Jurídico Militar depende de que el militar sancionado ejercite la acción procesal mediante la interposición del recurso correspondiente —conforme a la interpretación del citado artículo 518, a) que viene siendo habitual en los Tribunales—, su posición procesal no es la de enfrentamiento al demandante, — como si lo es, en principio, la del Abogado del Estado—, sino la de defensor de la legalidad; por ello su actuación dependerá del objeto del litigio en concreto. De ahí que, formalmente, *ab initio*, su posición procesal no pueda ser ni a favor ni en contra del demandante ni del Estado. Sólo una vez interpuesto el recurso se determinará su posición y, materialmente, será parte recurrente o recurrida. Es decir, su posición se concretará a favor o en contra de las pretensiones del recurrente y por tanto, en contra o a favor del Mando militar. Tan es así, que en los argumentos aducidos en la contestación a la demanda, —que propiamente sólo lo será cuando impugne las pretensiones del recurrente—, no está ligado por las alegaciones ni por los motivos desplegados por el militar sancionado, sino que puede apreciar la conculcación de principios o derechos fundamentales diferentes de los argumentados por el demandante.

El Fiscal Jurídico Militar es, pues, una *parte imparcial e independiente*, lo que no ocurre ni con el demandante ni con el Abogado del Estado. Posición procesal que le viene imperativamente atribuida por el Estatuto del Ministerio Fiscal en sus artículos 1 y 7. Así, conforme al primero, la corresponden, entre otras funciones: «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley»; y conforme al segundo, «por el principio de imparcialidad actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados». Funciones y modo de actuación reiterados, específicamente para el Fiscal Jurídico Militar, en los artículos 88 y 89 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Obligación que no es más que la concreción en dicho Estatuto y en la mencionada Ley, de la función que encomienda al Fiscal el artículo 124 de la Constitución: «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados».

3. LA ACTIVIDAD DEL FISCAL ANTE EL TRIBUNAL MILITAR CENTRAL

El estudio abarca el periodo 1990-2003, es decir, desde que se dictó la primera sentencia hasta la última del año 2003, dejando fuera lo que llevamos del año 2004, porque en relación a las sentencias del Tribunal Militar Central dictadas en estos meses, todavía no ha habido pronunciamiento del Tribunal Supremo.

En dicho periodo se dictaron 273 sentencias de las cuales 46 fueron estimatorias (ver cuadros anuales y el cuadro resumen total). El Fiscal solicitó la estimación del recurso en 32 ocasiones.

Traducido en porcentajes, el Fiscal Jurídico Militar en un 11,7% solicitó una sentencia estimatoria, mientras que el Tribunal Militar Central dictó un 17% de sentencias estimatorias.

Pero para que el análisis nos proporcione algo más de luz podemos distinguir dos etapas claramente diferenciadas en la actividad del Ministerio Fiscal haciendo un corte al final del año 1998. Si bien el corte parece que debería haberse hecho al final del año 1999, puesto que este año no difiere grandemente de los anteriores, me ha parecido más correcto elegir la primera fecha, pues hasta entonces el Tribunal Militar Central había estimado todas las infracciones alegadas por el Fiscal, lo que no ocurrió desde el año 1999. Si se hubiera elegido la segunda fecha, la diversidad de la actividad del Fiscal en los dos periodos, habría sido aún más notoria.

3.1. HASTA EL AÑO 1999

En dicho periodo, que comprende los años 1990 a 1998, se dictaron 107 sentencias de las cuales 26 fueron estimatorias (ver cuadros anuales y el cuadro resumen total). El Fiscal solicitó la estimación del recurso en 8 ocasiones. El Tribunal acogió siempre favorablemente la solicitud estimatoria del Fiscal.

Traducido en porcentajes, el Fiscal Jurídico Militar en un 7% solicitó una sentencia estimatoria, mientras que el Tribunal Militar Central dictó un 23% de sentencias estimatorias.

Así, llama la atención la discrepancia, por defecto, existente entre la actividad del Fiscal y la del Tribunal. Si tenemos en cuenta cual ha de ser la posición procesal del Fiscal, lo óptimo hubiera sido la coincidencia ante ambos órganos, en cuanto uno defiende la legalidad y el otro falla de acuerdo con la legalidad. Aún más, tratándose de una materia como es la de los derechos fundamentales, parece que en caso de duda, si es que tal

situación llegara a producirse, debe optarse a favor de los mismos y no a favor de la Administración. Por ello, considero que lo normal hubiera sido que el porcentaje de estimaciones solicitado por el Fiscal hubiera sido algo mayor del efectivamente fallado por el Tribunal.

En consecuencia, creo que se puede concluir, ya tan sólo con esos datos que, en principio, la actuación del Fiscal Jurídico Militar durante ese periodo no ha sido todo lo correcta que debería conforme a lo que la ley le encomienda.

Conclusión que se comprobará errónea o acertada una vez que veamos cual ha sido el fallo de las sentencias del Tribunal Supremo en relación a las dictadas por el Tribunal Militar Central. Porque si aquél casara las sentencias estimatorias de éste, daría la razón al Fiscal y sería el Tribunal Militar Central el que se habría equivocado.

3.2. DESDE EL AÑO 1999

Sin embargo, la actividad del Fiscal, desde el año 1999 varía sensiblemente. En efecto, desde dicho año hasta el final del año 2003, el Fiscal solicitó la estimación del recurso en 24 ocasiones para 167 sentencias (es decir, en cinco años tres veces más que en los nueve años anteriores), lo que comparativamente con el periodo anterior supone haber multiplicado casi por seis las peticiones de estimación de los recursos interpuestos, si bien proporcionalmente al número de sentencias dictadas la cifra es más reducida, tan sólo el doble, pues de un 7% se pasó a un 14,5%.

El Tribunal Militar Central, en este mismo periodo de tiempo dictó 20 sentencias estimatorias, es decir, un 12%, lo que proporcionalmente supone haber reducido a la mitad el número de las estimaciones. Y de las 24 estimaciones solicitadas por el Fiscal estimó 15 y desestimó 9 (una con sentencia de inadmisión), dos de las cuales llegaron a producir sentencia del Tribunal Supremo, que casó una y confirmó la otra. De las cinco sentencias estimadas por el Tribunal Militar Central en las que el Fiscal había pedido la desestimación y que llegaron al Tribunal Supremo, en tres de ellas (que no habían sido recurridas por el Fiscal) desistió el Abogado del Estado y las otras dos fueron casadas.

3.2.1. Recursos contra la medida cautelar de cese en funciones

Si en un estudio un poco más detallado nos fijamos en la naturaleza de la resolución impugnada, podremos apreciar que desde el año 2000 las

sentencias originadas a consecuencia de recursos interpuestos contra la adopción de la medida cautelar de cese en funciones por término de tres meses se incrementaron notablemente: 9 de 35 en el año 2000, 12 de 47 en el 2001, 17 de 43 en el 2002 y 9 de 22 en el 2003, frente a 1 de 19 en 1999.

Dado que tales recursos sólo pueden prosperar en muy pocas ocasiones, bien cuando se ocultan los hechos que se imputan (infracción del derecho a ser informado de la acusación) o bien cuando los mismos resultan de toda evidencia atípicos (infracción del principio de legalidad), el Fiscal sólo solicitó en cinco ocasiones la estimación, por no haberse notificado los hechos al expedientado, apreciándolo así el Tribunal Militar Central en tres ocasiones (STMC 48/00, 61/00 y 3/01) y desestimándolo en otras dos (STMC 73/99 y 190/01). Una vez corregido tal defecto no prosperó ningún otro recurso.

Si se suprimieran los recursos interpuestos contra la medida cautelar de cese en funciones por su evidente imposibilidad de prosperar, los porcentajes anteriores de petición de estimación y de sentencias estimatorias se verían incrementados hasta un 19% respecto al Fiscal y 16% en relación al Tribunal.

Como resumen se puede concluir que ha habido, pues, un cambio notable en la actividad del Fiscal Jurídico Militar en los últimos cinco años (desde luego en los cuatro últimos), que en mi opinión, se acerca más a las exigencias de su función encomendadas, como ya hemos recordado, por la Constitución, el Estatuto del Ministerio Fiscal y la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

Como mero dato informativo, en lo que va del año 2004 (hasta Julio) se dictaron 13 sentencias, siendo dos estimatorias en las que el fiscal pidió la estimación, lo que supone un 15% de sentencias estimadas; pero si prescindimos de cuatro en las que se pretendió la impugnación de la resolución que acordó la medida cautelar de cese en funciones, ese porcentaje aumenta hasta el 22%.

4. LA CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

En congruencia con el análisis basado en la anterior división temporal, también dividiré este apartado en dos periodos.

4.1. HASTA EL AÑO 1999

El análisis de la actividad del Tribunal Supremo no sólo nos va a permitir comprobar la conclusión anterior, sino además concluir, en relación

a aquella, que la actividad del Fiscal Togado ha modificado sensiblemente la actuación del Fiscal ante el Tribunal Militar Central. Corrección que, como veremos, se ha realizado de hecho, sin que se hallan dado instrucciones al Fiscal del Tribunal Militar Central para que revisara su actuación.

Las 26 sentencias estimatorias dictadas por el Tribunal Militar Central fueron todas ellas recurridas, si bien respecto a 8 de ellas desistió posteriormente el Abogado del Estado, lo que significa que para el propio Ministerio de Defensa, tras la sentencia, la infracción de los derechos fundamentales resultó evidente, lo que permite suponer que, de haber sido formalizado el recurso por el Abogado del Estado, la sentencia del Tribunal Supremo hubiera sido desestimatoria, confirmando la sentencia estimatoria del Tribunal Militar Central.

De las 18 sentencias estimatorias que llegaron a casación, el Tribunal Supremo confirmó 14. Esto supone que el Tribunal Supremo, al menos en un 78% confirmó las sentencias estimatorias del Tribunal Militar Central. Pero si añadimos aquellas en las que no llegó a formalizarse el recurso por desistimiento del Abogado del Estado y que hemos supuesto habrían sido confirmadas por el Tribunal Supremo, el porcentaje sería más elevado: un 84% (22 de 26).

Si ahora nos fijamos en que de las 18 sentencias desestimatorias del Tribunal Militar Central que fueron recurridas en casación, 2 fueron estimadas por el Tribunal Supremo —lo que representa un 11%—, se puede concluir que, respecto a la totalidad de las sentencias (estimatorias y desestimatorias) del Tribunal Militar Central, fueron confirmadas un 83% (30 de 36).

Estos datos permiten concluir que al confirmar el Tribunal Supremo la inmensa mayoría de las sentencias del Tribunal Militar Central, nuestro órgano superior de justicia tampoco acoge las tesis del Fiscal Jurídico Militar ante el Tribunal Militar Central respecto a la mayoría de las sentencias estimatorias de éste, sino que, al contrario, las rechaza.

4.2. DESDE EL AÑO 1999

De las 20 sentencias estimatorias, menos una en la que se dictó auto de inadmisión del recurso interpuesto por el Abogado del Estado por extemporaneidad, las demás fueron recurridas ante el Tribunal Supremo. El Abogado del Estado desistió en 12 ocasiones (en tres de ellas el Fiscal había pedido la desestimación pero no las recurrió); de las siete restantes, se casaron tres (en dos el Fiscal había pedido la desestimación [STMC

220/01, STS 14/1/03 y STMC 164/02, STS 25/3/04] y en una la estimación [STMC 11/02, STS 7/7/03]), se confirmaron otras tres (en las que el Fiscal había pedido la estimación [STMC 69/02, STS 9/6/03; STMC 83/02, STS 24/3/03; STMC 165/02, STS 20/5/04]) y la restante se encuentra pendiente de fallo.

De las 9 sentencias desestimadas por el Tribunal Militar Central en las que el Fiscal había pedido la estimación, dos no fueron recurridas por éste, en cuatro desistió el Fiscal Togado (no hubo sentencia al no haber recurrido el sancionado), dos fueron casadas (STMC 46/99, STS 6/11/00 y STMC 68/03, STS 28/5/04) y una confirmada (STMC 211/02, STS 23/2/04).

De las 24 sentencias desestimatorias del Tribunal Militar Central que llegaron al Tribunal Supremo y en las que el Fiscal del Tribunal Militar Central había solicitado la desestimación, se casaron tres (STMC 47/99, STS 26/12/02; STMC 50/99, STS 11/7/00 y STMC 266/02, STS 14/4/04).

Mientras que de las cuatro sentencias estimatorias en las que el Tribunal Militar Central no discrepó de su Fiscal que originaron sentencia en el Tribunal Supremo sólo se casó una, en las seis en que hubo discrepancia, el Tribunal Supremo casó dos de las estimatorias y otras dos de las desestimatorias, con lo que en cuatro de seis ocasiones mantuvo la misma tesis del Fiscal y sólo en dos la del Tribunal.

Teniendo en cuenta todas las sentencias, tanto estimatorias como desestimatorias, que originaron sentencia del Tribunal Supremo (33), cabe apreciar, pues, que en relación al petitum del Fiscal en la instancia, el Tribunal Supremo ha confirmado su actividad en un 85% y la del Tribunal Militar Central en un 75%.

5. EL FISCAL TOGADO ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

También en esta cuestión cabe apreciar la doble división temporal ya indicada.

5.1. HASTA EL AÑO 1999

El comportamiento del Fiscal en la instancia y, por tanto, el desarrollo de su función, es en gran parte corregida de hecho por el Fiscal Togado. Y decimos modificada de hecho porque no ha habido instrucción alguna del Fiscal Togado al Fiscal del Tribunal Militar Central para que actúe de otro modo, y, en lugar de defensor de la actividad disciplinaria militar del

Mando militar, es decir, en lugar de abogado del Mando, cumpla mejor su función de defensor de la legalidad y de los derechos fundamentales.

En efecto, la corrección del Fiscal Togado se produce al ejercer su función ante la Sala V de lo Militar del Tribunal Supremo. Allí llegaron, como es preceptivo, por vía de recurso de casación, todas las sentencias estimatorias dictadas en el Tribunal Militar Central. Y algunas de las desestimatorias.

Respecto a aquellas en las que el Tribunal Militar Central estimó la petición del demandante, el Abogado del Estado, autorizado por el Ministerio de Defensa, no formalizó su recurso, desistiendo, por tanto, en ocho ocasiones, en las que tampoco recurrió el Fiscal Togado; de ellas, en cinco había pedido la desestimación el Fiscal del Tribunal Militar Central (STMC 12/94, 1/95, 44/96, 40/98 y 62/98) y en tres la estimación (STMC 17/2, 22/94 y 24/97).

En contra del Abogado del Estado y también en contra de la postura sostenida en la instancia por el Fiscal, el Fiscal Togado solicitó la confirmación de las sentencias estimatorias dictadas por el Tribunal Militar Central en ocho ocasiones (STS 16/90, 6/91, 8/94, 17/95, 26/95, 59/95, 3/98 y la del 12 de julio de 1999), todas las cuales fueron confirmadas por la Sala Quinta.

También en contra del Fiscal del Tribunal Militar Central, solicitó la revocación de sentencias desestimatorias en las que el Fiscal había pedido la desestimación, adhiriéndose, por tanto el Fiscal Togado al recurrente, en una ocasión, siendo casada la sentencia por el Supremo (STS 5/92) (devolución por haberse dictado sentencia de inadmisión).

Es decir, de las 26 sentencias estimadas del Central, en 18 ocasiones el Fiscal del Tribunal Militar Central se había opuesto al recurrente. Pues bien, de ellas, en 13 ocasiones el Fiscal Togado rectificó la postura del Fiscal en la instancia, es decir, el 72%.

También mantuvo criterio opuesto al Fiscal del Tribunal Militar Central en una ocasión en la que solicitó la revocación de una sentencia estimatoria en la que el Fiscal había pedido la estimación, siendo casada por el Supremo (STS 5/96).

Mantuvo la misma posición que el Fiscal del Tribunal Militar Central en tres grupos diferentes de resoluciones:

a) En cuatro ocasiones solicitó la confirmación de sentencias estimatorias en la que el Fiscal del Tribunal Militar Central había pedido la estimación (el resto no produjo sentencia del Tribunal Supremo por desistir el Abogado del Estado y no recurrir el Fiscal Togado), de las cuales el Tribunal Supremo confirmó tres (STS 7/97, 28/98 y 51/98) y casó una (STS 57/91).

b) En cinco ocasiones solicitó la revocación de sentencias estimatorias en las que el Fiscal del Tribunal Militar Central había pedido la desesti-

mación, de las cuales el Tribunal Supremo confirmó tres (STS 18/91, 36/91 y 65/95) y solo casó dos (STS 1/91 y 15/92).

c) En las dieciocho sentencias desestimatorias del Tribunal Militar Central que llegaron al Supremo en las que el Fiscal había pedido la desestimación, el Fiscal Togado en diecisiete de ellas pidió la confirmación de la sentencia, haciéndolo así el Supremo en dieciséis ocasiones y solamente en una la casó (STS 59/97). Y en una ocasión solicitó la revocación de una sentencia desestimatoria en la que el Fiscal del Tribunal Militar Central había pedido la desestimación, casando el Supremo la sentencia (STS 5/92).

5.2. DESDE EL AÑO 1999

De las 20 sentencias estimatorias recurridas ante el Tribunal Supremo, el Abogado del Estado desistió en 12 ocasiones, cinco de ellas en las que el Fiscal del Tribunal Militar Central había solicitado la desestimación, de las cuales desistió en tres ocasiones; de éstas tres, dos no se recurrieron por el Fiscal y en la otra desistió el Fiscal Togado (STMC 24/00; TS, Auto 14/7/00). De las dos restantes, el Fiscal Togado solicitó la revocación en una (STMC 220/01), que fue casada (STS, 14/1/03) y la confirmación de la otra (STMC 164/02) que también fue casada (STS, 25/3/04).

De las 15 sentencias estimatorias en las que el fiscal había pedido la estimación, tan sólo cuatro dieron lugar a sentencia del Tribunal Supremo; en estas el Fiscal Togado solicitó la confirmación de la sentencia para tres de ellas, que fueron confirmadas por el Tribunal Supremo, y la revocación de la otra (STMC 11/02) que fue casada (STS, 7/7/03).

De las 9 sentencias desestimatorias en las que el Fiscal del Tribunal Militar Central había solicitado la estimación, dos no fueron recurridas; en cuatro de ellas, no recurridas por el sancionado, desistió el Fiscal Togado (STMC, 25/00; TS, Auto 15/9/00. STMC, 40/00; TS, Auto 26/9/00. STMC, 46/01; TS, Auto 9/10/01. STMC, 133/01; TS, Auto 14/3/02); en las otras tres pidió la confirmación de la sentencia, confirmando dos el Tribunal Supremo (STS, 23/2/04; STS, 28/5/04) y casando la otra (STS, 6/11/00).

De las 24 sentencias desestimatorias en las que el Fiscal había pedido la desestimación que llegaron al Supremo, el Fiscal Togado solicitó la confirmación de la sentencia en 23 de ellas, casando el Tribunal Supremo dos (STMC 47/99, STS 26/12/02 y STMC 50/99, STS 11/7/00); en otra el Fiscal Togado solicitó la revocación de la sentencia, haciéndola así el Tribunal Supremo (STMC 266/02, STS, 14/4/04).

De los 50 recursos que llegaron al Tribunal Supremo (sólo 33 dieron lugar a sentencia), en 38 de los cuales intervino el Fiscal Togado, éste man-

tuvo la misma posición que el Fiscal del Tribunal Militar Central respecto a 23 de las 24 sentencias desestimatorias en las que se había pedido la desestimación por el Fiscal del Tribunal Militar Central; en una de las tres sentencias estimatorias en las que el Fiscal había pedido la desestimación; en tres de las cuatro estimatorias que había pedido la estimación el Fiscal del Tribunal Militar Central. Mantuvo una posición contraria en siete sentencias desestimatorias en las que el Fiscal del Tribunal Militar Central había pedido la estimación (en cuatro desistió del recurso y en tres solicitó la confirmación de la sentencia); en una sentencia estimatoria en la que había pedido el Fiscal la estimación; en dos sentencias estimatorias en las que se había pedido la desestimación; y en una sentencia desestimatoria en la que se había solicitado la desestimación.

Analizando más detalladamente esas cifras, el Fiscal Togado mantuvo la misma posición que el Fiscal del Tribunal Militar Central en 27 ocasiones y discrepó en 11. De estas 11, rectificó la posición favorable a la estimación del Fiscal del Tribunal Militar Central en 8 ocasiones (cuatro originaron sentencia, casándose dos y confirmándose otras dos) y en tres la posición de desestimación (dos sentencias que habían sido desestimatorias dieron lugar a sentencia, siendo ambas casadas).

Cabe, pues, concluir que, la rectificación del Fiscal Togado hacía el Fiscal del Tribunal Militar Central en cierto modo invirtió el signo tan marcado de los años anteriores, pues mientras que en el primer periodo en 13 de 18 ocasiones el Fiscal Togado modificó la petición de desestimación del Fiscal del Tribunal Militar Central, pidió la revocación de una sentencia desestimatoria en la que se había solicitado la desestimación y sólo en una ocasión pidió la revocación de una sentencia estimatoria en la que el Fiscal había pedido la estimación, en el segundo periodo modificó la petición de estimación del Fiscal, manteniendo la desestimación en 8 de 11 ocasiones y la estimación, frente a la desestimación en tres ocasiones.

6. NATURALEZA DE LAS INFRACCIONES

6.1. HASTA EL AÑO 1999

En cuanto al contenido de las sentencias firmes se aprecian las siguientes infracciones (1):

(1) El número de infracciones es superior al de sentencias porque en algunas se apreciaron varias.

a) En diez ocasiones presunción de inocencia (STS 16/90, 36/91, 26/95, 59/95, 3/98; STMC 44/96 y 62/98), que en tres de ellas la había apreciado el Fiscal del Tribunal Militar Central (STS 28/98, 51/98; STMC 1/92).

b) En diez ocasiones principio de legalidad (STS, 18/91, 17/95, 26/95, 3/98, 12/7/99; STMC 1/95), que en tres de ellas la había apreciado el Fiscal del Tribunal Militar Central (STS 7/97, 28/98; STMC 22/94).

c) En dos ocasiones tutela judicial efectiva (STS 16/90, 65/95).

d) En tres ocasiones indefensión (STS 8/94, 62/92), apreciándola el Fiscal del Tribunal Militar Central en una de ellas (STMC 24/97).

e) En dos ocasiones libertad de expresión (STMC 12/94, 40/98).

f) En una ocasión derecho de petición (STS 6/91).

Además, el Tribunal Supremo en una ocasión casó una sentencia desestimatoria por infracción del principio de legalidad (STS 59/97), y, en otra, por haberse dictado una sentencia de inadmisión (STS 5/92).

Como se puede apreciar, se trata, en su inmensa mayoría (principio de legalidad, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva e indefensión), de infracciones de lo más fundamental entre lo fundamental (especialmente las dos primeras), de lo pluscuamfundamental, si es que cabe usar esta expresión. Principios y derechos cuya naturaleza, estructura, núcleo, contenido esencial y ejercicio, no requiere especiales y complejas disquisiciones para su comprensión. Por ello, la actividad del Fiscal resulta, aún, más llamativa.

6.2. DESDE EL AÑO 1999

a) En cuatro ocasiones presunción de inocencia (tres apreciadas por el Fiscal).

b) En cinco ocasiones principio de legalidad (apreciada por el Fiscal en cuatro ocasiones).

c) En tres ocasiones derecho a ser informado de la acusación (todas apreciadas por el Fiscal).

d) En tres ocasiones prescripción (dos apreciadas por el Fiscal).

e) En dos ocasiones indefensión (una apreciada por el Fiscal).

f) En una ocasión derecho a la libertad (apreciado por el Fiscal).

Además, el Tribunal Supremo casó dos sentencias, estimando en una la prescripción y en otra la presunción de inocencia (ambas habían sido alegadas por el Fiscal). También casó tres sentencias desestimatorias, apreciando infracción del principio de legalidad (una de ellas por prescripción) que no había sido alegada por el Fiscal.

Así, pues, comparativamente, en relación al número de infracciones apreciadas por el Tribunal Militar Central, mientras que hasta 1999 el Fis-

cal de dicho Tribunal apreció 7 de 28 (la cuarta parte), desde 1999 lo hizo en 14 de 18 (más de las tres cuartas partes).

6.3. INFRACCIONES NO ALEGADAS POR EL RECORRENTE

En el segundo periodo se dictaron dos sentencias estimatorias por infracción del principio de legalidad en relación a la prescripción, la cual no había sido alegada por el recurrente y sí por el Fiscal del Tribunal Militar Central (STMC, 24/01 y STMC, 279/02; TS, Auto 6/5/03).

7. CONCLUSIÓN

En conclusión, la investigación no deja duda alguna sobre cual ha sido el comportamiento del Fiscal Jurídico Militar del Tribunal Militar Central —y en relación con él, el del Tribunal Militar Central, el del Fiscal Togado y del Tribunal Supremo—, a lo largo de catorce años.

Ha sido posible advertir dos etapas claramente diferenciadas respecto a la actividad del Fiscal Jurídico Militar del Tribunal Militar Central desarrolladas hasta 1999 y desde dicha fecha. En la primera, claramente restrictivo en cuanto a la apreciación de la infracción de derechos fundamentales. Tal actividad fue corregida tanto por el Tribunal Militar Central como por el Fiscal Togado y el Tribunal Supremo.

Al mismo tiempo, ha sido posible apreciar, respecto al Tribunal Militar Central y al Fiscal Togado, en el segundo periodo, una actividad más restrictiva respecto a la apreciación de la infracción de derechos fundamentales.

En cuanto al Tribunal Supremo, en la primera etapa discrepó ampliamente con la actividad del Fiscal del Tribunal Militar Central, mientras que en la segunda coincidió ampliamente con él, en mayor proporción que con el Tribunal Militar Central.

El estudio refleja, que si en el primer periodo se apreciaba la necesidad de cambiar una mentalidad, que, por las razones que sean —no trato en este estudio de entrar en esta cuestión—, actuaba mucho más como parte defensora del Mando militar, que conforme a lo que la ley le encomienda (produciéndose con ello diversos inconvenientes, no siendo el menor la probable desvalorización de la figura imparcial del Fiscal Jurídico Militar ante los componentes de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil), tal cambio se verificó en el segundo periodo.

Madrid, 27 de agosto de 2004.

AÑOS 1990-2003

Sentencias dictadas en recursos contencioso disciplinario militar preferente y sumario; solicitud de estimaciones por el fiscal y sentencias con fallo estimario dictadas por el Tribunal Militar Central y porcentajes de ambos respecto al número de sentencias dictadas

Año	Sentencias	Petición de estimación por el Fiscal	Sentencias estimadas	% F	% T	Diferencia % F y % T
90	20	1	6	5	30	+25 (T)
91	6	0	1	0	17	+17 (T)
92	8	1	1	13	13	0
93	11	0	1	0	9	+9 (T)
94	10	1	4	10	40	+30 (T)
95	12	1	4	8	33	+25 (T)
96	8	1	2	12	25	+13 (T)
97	14	3	4	21	28	+7 (T)
98	18	0	3	0	17	+17 (T)
99	19	2	0	10,5	0	-10,5 (T)
00	35	8	7 (1 no Fiscal)	23	20	-3 (T)
01	47	6	6 (3 no Fiscal)	13	13	0
02	43	6	6 (1 no Fiscal)	14	14	0
03	22	2	1	9	4,5	-4,5 (T)
TOTAL	273	32	46			

AÑO 1990

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
18/90	69/89-DF	D	D		C	11/90 (11.10.90)	Confirma
19/90	67/89-DF	D	D		C	12/90 (11.10.90)	Confirma
22/90	18/90-DF	D	D				
23/90	48/89-DF	D	D				
24/90	16/90-DF	D	E	P. inocencia, tutela J. efectiva	C	16/90 (29.10.90)	Confirma
34/90	20/89-DF	D	D				
35/90	68/89-DF	D	D				
36/90	66/89-DF	D	D				
37/90	2/90-DF	D	E	Derecho petición	C	6/91 (31.01.91)	Confirma
38/90	33/90-DF	D	D				
39/90	13/90-DF	D	E	Incompetencia autoridad sancionadora derecho a la libertad	R	1/91 (14.01.91)	Casa
42/90	36/88-DF	D	D				
43/90	38/90-DF	D	D				
44/90	30/90-DF	D	D		C	16/91 (15.04.91)	Confirma
45/90	37/90-DF	D	D				
46/90	4/90-DF	D	D		C	34/91 (05.07.91)	Confirma
49/90	24/90-DF	D	D				
55/90	21/90-DF	D	E	Presunción de inocencia	R	36/91 (08.07.91)	Confirma
56/90	20/90-DF	D	E	Principio de legalidad	R	18/91 (06.05.91)	Confirma
59/90	42/90-DF	E	E	Presunción inocencia	C	57/91 (13.11.91)	Anula

Total sentencias: 20; Solicitud estimación por Fiscal: 1; Estimadas por el Tribunal: 6

D = Desestimación; E = Estimación; C = Confirmación; R = Revocación

AÑO 1991

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
84/91	81/90-DF	D	D				
90/91	55/90-DF	D	D				
91/91	10/91-DF	D	E	Incompetencia autoridad sancionadora; libertad	R	15/92 (31.03.92)	Casa
93/91	14/91-DF	D	D		C	1/92 (13.01.92)	Confirma
96/91	85/90-DF	D	I		R	5/92 (28.01.92)	Casa
106/91	23/91-DF	D	D		C	36/94 (28.11.94)	Confirma

Total sentencias: 6; Solicitud estimación Fiscal: 0; Estimadas por el Tribunal: 1

D = Desestimación; E = Estimación; I = Inadmisión; C = Confirmación; R = Revocación

AÑO 1992

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
1/92	42/90-DF	E	E	Presunción de inocencia		Desistio A. E.	Auto 07.05.92
12/92	35/91-DF	D	D				
30/92	34/91-DF	D	D				
31/92	71/91-DF	D	D		C	13/93 (22.03.93)	Confirma
32/92	85/90-DF	D	D				
37/92	40/89-DF	D	D		C	30/93 16.06.93	Confirma
38/92	7/92-DF	D	D				
46/92	29/92-DF	D	D		C	50/93 (25.10.93)	Confirma

Total sentencias: 8; Solicitud estimación Fiscal: 1; Estimadas por el Tribunal: 1

D = Desestimación; E = Estimación; C = Confirmación; A. E.= Abogado del Estado

AÑO 1993

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
1/93	61/91-DF	D	D		C	51/93 (28.10.93)	Confirma
10/93	55/91-DF	D	E	Derecho a la defensa. Indefensión	C	8/94 (01.03.94)	Confirma
11/93	66/91-DF	D	D				
12/93	37/92-DF	D	D		C	10/94 04.03.94)	Confirma
15/93	33/92-DF	D	D				
16/93	40/92-DF	D	D				
17/93	27/92-DF	D	D				
18/93	45/92-DF	D	D				
28/93	43/92-DF	D	D				
29/93	31/92-DF	D	D				
30/93	14/93-DF	D	D				

Total sentencias: 11; Solicitud estimación Fiscal: 0; Estimadas por el Tribunal: 1
D = Desestimación; E = Estimación; I = Inadmisión; C = Confirmación; R = Revocación

AÑO 1994

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
11/94	23/93-DF	I	D				
12/94	4/93-DF	D	E	Derecho a la libertad de expresión		Desistió A. E.	Auto 30.07.94
16/94	37/93-DF	D	D				
17/94	9/94-DF	I	I				
18/94	20/94-DF	D	D				
20/94	9/93-DF	D	D		C	31/95 (29.05.95)	Confirma
21/94	3/94-DF	D	E	Principio de legalidad	C	17/95 (10.03.95)	Confirma
22/94	45/93-DF	E	E	Principio de legalidad		Desistió A. E.	Auto 16.02.95
25/94	2/94-DF	D	E	Principio de legalidad presunción de inocencia	C	26/95 (08.05.95)	Casa sólo respecto indemniz.
31/94	7/93-DF	I	I				

Total sentencias: 10; Solicitud estimación Fiscal: 1; Estimadas por el Tribunal: 4
D = Desestimación; E = Estimación; I = INadmisión; C = Confirmación

AÑO 1995

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
1/95	25/94-DF	D	E	Principio de legalidad		Desistió A. E.	Auto 23.05.95
2/95	48/94-DF	D	D				
3/95	6/94-DF	D	D		C	55/95 (07.11.95)	Confirma
4/95	17/93-DF	D	E	Presunción inocencia	C	59/95 (17.12.95)	Confirma
12/95	36/94-DF	D	E	Tutela judicial efectiva	R	65/95 (12.12.95)	Confirma
13/95	43/94-DF	D	D				
14/95	4/94-DF	D	D				
16/95	30-35/94-DF	D	D				
17/95	45/94-DF	D	D				
23/95	64/94-DF	E	E	Derecho a un procedimiento con todas las garantías	R	5/96 (31.01.96)	Casa
24/95	28/94-DF	D	D				
25/95	57/94-DF	D	D				

Total sentencias: 12; Solicitud estimación Fiscal: 1; Estimadas por el Tribunal: 4

D = Desestimación; E = Estimación; C = Confirmación; R = Revocación

AÑO 1996

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
19/96	47/95-DF	D	D				
20/96	71/95-DF	D	D				
23/96	16/95-DF	D	D				
24/96	42/95-DF	D	D		C	13/97 (24.02.97)	Confirma
31/96	91/95-DF	D	D				
34/96	3/96-DF	E	E	Principio de legalidad	C	7/97 (31.1.97)	Confirma
43/96	7/96-DF	D	D				
44/96	38/95-DF	D	E	Presunción de inocencia		Desistió A. E.	Auto 12.03.97

Total sentencias: 8; Solicitud estimación Fiscal: 1; Estimadas por el Tribunal: 2

D = Desestimación; E = Estimación; C = Confirmación

AÑO 1997

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
1/97	20/96-DF	D	D				
7/97	41/95-DF	D	D		C	59/97 (14.10.97)	Casa
17/97	37/96-DF	D	D				
18/97	40/96-DF	D	D				
24/97	43/96-DF	E	E	Indefensión		Desistió A. E.	Auto 08.01.98
26/97	57/96-DF	D	E	Presunción inocencia y P. legalidad	C	3/98 (23.01.98)	Confirma
32/97	8/96-DF	D	D				
33/97	17/96-DF	D	D		C	9/98 (05.02.98)	Confirma
34/97	52/96-DF	E	E	Presunción inocencia y P. legalidad	C	28/98 (09.05.98)	Confirma
49/97	56/95-DF	D	D				
50/97	4/96-DF	I	I				
51/97	48/92-DF	D	D				
57/97	52/91-DF	D	D				
68/97	122/96-DF	E	E	Prescripción y Presun. Inocencia	C	51/98 (16.09.98)	Confirma

Total sentencias: 14; Solicitud estimación Fiscal: 3; Estimadas por el Tribunal: 4

D = Desestimación; E = Estimación; I = Inadmisión; C = Confirmación

AÑO 1998

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
7/98	25/97-DF	D	D		C	84/98 (15.12.98)	Confirma
17/98	36/91-DF	D	D				
39/98	114/96-DF	D	D				
40/98	34/90-DF	D	E	Libertad de expresión		Desistió A.E.	Auto 25.11.98
54/98	48/96-DF	D	D				
55/98	118/96-DF	D	D				
56/98	65/96-DF	D	D				
57/98	115/96-DF	D	D				
58/98	19/89-DF	I	D				
59/98	35/89-DF	D	I				
60/98	29/91-DF	D	I				
61/98	120/96-DF	D	E	Principio legalidad y Prescripción	C	(12.07.99)	Confirma
62/98	13/98-DF	D	E	Principio legalidad P. inocencia e indefensión		Desistió A. E.	Auto 15.02.99
63/98	40/97-DF	D	D				
64/98	34/97-DF	D	D				
65/98	48/97-DF	D	I				
75/98	120/97-DF	D	D				
76/98	127/97-DF	D	D				

Total sentencias: 18; Solicitud estimación Fiscal: 0; Estimadas por el Tribunal: 3

D = Desestimación; E = Estimación; I = Inadmisión; C = Confirmación

AÑO 1999

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
6/99	1/98-DF	D	D				
7/99	123/96-DF	D	D				
8/99	41/98-DF	D	D			03.05.00	Confirma
9/99	102/98-DF	D	D			16.05.00	Confirma
20/99	37/98-DF	D	D				
26/99	35/98-DF	D	D				
34/99	86/97-DF	D	D				
42/99	112/98-DF	D	D				
46/99	28/98-DF	E	D	P. inocencia; Indefensión	C	06.11.00	Casa
47/99	107/97-DF	D	D	P. legalidad; Órgano manifiestamente incompetente	C	26.12.02	Casa
48/99	7/99-DF	D	D		C	23.05.00	Confirma
49/99	62/98-DF	D	D		C	17.07.00	Confirma
50/99	142/98-DF	D	D	P. legalidad. Tipicidad absoluta	C	11.07.00	Casa
65/99	72/98-DF	D	D				
66/99	136/98-DF	D	D				
67/99	137/98-DF	D	D				
73/99	65/99-DF	E	D	Indefensión: No notificar hechos; Medida cautelar	No se recurrió		
74/99	99/96	D	D				
81/99	82/99-DF	D	D		C	30.04.01	Confirma

Total sentencias: 19; Solicitud estimación por el Fiscal: 2; Estimadas por el Tribunal: 0

D = Desestimación; E = Estimación; I = Inadmisión; C = Confirmación; R = Revocación

AÑO 2000 (1)

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
1/00	102/99-DF	D	D	Medida cautelar			
2/00	79/97-DF	D	D				
3/00	77/99-DF	D	D				
4/00	4/98-DF	D	D		C	03.01.01	Confirma
8/00	140/98-DF	D	D				
9/00	123/99-DF	I	I				
19/00	18/99-DF	E	E	P. Legalidad; Tipicidad absolutA		Desistió A.E.	Auto 05.06.00
20/00	20/98-DF	D	D				
21/00	59/97-DF	D	D				
22/00	1/99-DF	D	D				
23/00	47/98-DF	D	D		C	05.12.00	Confirma
24/00	26/98-DF	D	E	P. Inocencia; P. Legalidad	Desistió F.T.	Desistió A.E.	Auto 20.06.00 14.07.00
25/00	73/99-DF	E	D	P. Inocencia	Desistió F.T.		Auto 15.09.00
31/00	54/98-DF	D	D				
39/00	92/99-DF	D	D	Medida cautelar			
40/00	80/98-DF	E	D	P. Legalidad	Desistió F.T.		Auto 26.09.00
41/00	96/97-DF	D	D				
48/00	202/99-DF	E	E	Derecho ser informado acusación. Medida cautelar		Preparación extemporánea A. E.	
54/00	178/99-DF	D	D				
61/00	177/99-DF	E	E	Derecho a ser informado acusación. Medida cautelar		Desistió A.E.	Auto 23.11.00
62/00	84/98-DF	D	D				
63/00	125/99-DF	D	D	Medida cautelar			
64/00	79/99-DF	D	D	Medida cautelar			
65/00	97/98-DF	E	E	P. Legalidad. Tipicidad absoluta		Desistió A.E.	Auto 05.02.01
66/00	37/00-DF	I	I	Medida cautelar			
67/00	117/98-DF	E	E	Derecho a la libertad		Desistió A. E.	Auto 05.02.01

D = Desestimación; E = Estimación; I = Inadmisión; C = Confirmación; R = Revocación

AÑO 2000 (2)

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
68/00	141/98-DF	D	D				
69/00	116/99-DF	D	D	Medida cautelar			
70/00	122/99-DF	D	D				
77/00	159/99-DF	D	D		C	10.07.01	Confirma
89/00	88/99-DF	D	D				
90/00	70/99-DF	D	D				
109/00	150/99-DF	E	E	Presunción inocencia		Desistió A. E.	Auto 04.04.01
110/00	198/99-DF	D	D	Medida cautelar			
111/00	8/00-DF	D	D		C	11.01.02	Confirma

Total sentencias: 35; Solicitud estimación por el Fiscal: 8; Estimadas por el Tribunal: 7 (1 no pedida por el Fiscal)

D = Desestimación; E = Estimación; I = Inadmisión; C = Confirmación; R = Revocación

AÑO 2001 (1)

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
1/01	11/99-DF	D	D		C	21.05.02	Confirma
2/01	136/99-DF	D	D				
3/01	109/99-DF	E	E	Derecho ser informado acusación. Medida cautelar		Desistió A. E.	
4/01	165/99-DF	D	D	Medida cautelar			
13/01	94/98-DF	D	D				
14/01	144/98-DF	D	D		C	03.12.01	Confirma
15/01	10/00-DF	D	D	Medida cautelar			
20/01	64/99-DF	D	D				
21/01	115/99-DF	D	D			21.03.02	Confirma
22/01	196/99-DF	D	D				
23/01	160/00-DF	D	D	Medida cautelar			
24/01	11/00-DF	E	E	Prescripción		Desistió A. E.	Auto 04.07.01
25/01	161/00-DF	D	D	Medida cautelar			
35/01	104/98-DF	D	D				
36/01	138 y 139/99-DF	D	D				
37/01	193/99-DF	D	D				
43/01	53/99-DF	E	E	Derecho defensa. Indefensión		Desistió A. E.	Auto 14.09.01
44/01	38/00-DF	D	D				
45/01	48/00-DF	D	D	Medida cautelar			
46/01	106/00-DF	E	I	Indefensión; Principio legalidad	Desistió F. T.		Auto 09.10.01
47/01	153/00-DF	D	D	Medida cautelar	C	12.04.02	Confirma
55/01	8/01-DF	D	D				
59/01	189/99-DF	D	D				
61/01	8/98-DF	D	D				
67/01	134/99-DF	D	D				
68/01	191/00-DF	D	E	Derecho defensa. Indefensión	No se recurrió	Desistió A.E.	Auto 16.10.01
69/01	34/00-DF	D	D	Medida cautelar			

D = Desestimación; E = Estimación; I = Inadmisión; C = Confirmación; R = Revocación

AÑO 2001(2)

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
70/01	24/00-DF	D	D				
80/01	158/99-DF	D	D				
84/01	52/00-DF	D	D				
101/01	89/99-DF	D	D				
105/01	4/99-DF	D	D				
106/01	120/00-DF	D	D				
107/01	139/00-DF	D	E	Prescripción	No se recurrió	Desistió A. E.	Auto 11.12.01
108/01	112/00-DF	D	D		C	28.10.02	Confirma
109/01	62/01-DF	D	D	Medida cautelar	C	06.05.02	Confirma
110/01	136/00-DF	D	D	Medida cautelar			
111/01	88/00-DF	D	D				
133/01	224/00-DF	E	D	Principio legalidad; Retroactividad	Desistió F.T.		Auto 14.03.02
150/01	134/00-DF	D	D				
151/01	186/00-DF	D	D				
152/01	202/00-DF	D	D				
153/01	63/01-DF	D	D				
190/01	170/99-DF	Ep	D	Principio legalidad; Non bis in idem. Medida cautelar	No se recurrió		
201/01	6/01-DF	D	D				
220/01	175/00-DF	D	E	Prescripción	R	14.01/03	Casa
221/01	174/00-DF	D	D	Medida cautelar			

Total sentencias: 47; Solicitud estimación por el Fiscal: 6; Estimadas por el Tribunal: 6 (3 No pedidas por el Fiscal)

D = Desestimación; E = Estimación; Ep = Estimación parcial; I = Inadmisión; C = Confirmación; R = Revocación

AÑO 2002 (1)

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
9/02	111/00-DF	D	D		C	15.07.03	Confirma
10/02	130/01-DF	D	D				
11/02	36/01-DF	E	E	Prescripción	R	07.07.03	Casa
32/02	98/01-DF	D	D				
33/02	163/01-DF	D	D	Medida cautelar			
63/02	191/00-DF	D	D	Medida cautelar			
69/02	29/00-DF	E	E	Presunción inocencia	C	09.06.03	Confirma
76/02	66/01-DF	D	D				
79/02	34/01-DF	D	D		C	05.05.03	Confirma
80/02	193/00-DF	D	D	Medida cautelar			
81/02	123, 124, 126 y 133/00-DF	D	D	Medida cautelar			
82/02	13/01-DF	D	D	Medida cautelar			
83/02	172/01-DF	E	E	P. inocencia; NO relato hechos; F. leve	C	24.03.03	Confirma
98/02	184/00-DF	D	D				
99/02	49/01-DF	D	D	Medida cautelar	C	18.03.03	Confirma
115/02	36/00-DF	D	D				
116/02	233/01-DF	D	D	Medida cautelar			
134/02	59/00-DF	D	D	Medida cautelar			
135/02	187/00-DF	D	D				
136/02	113/01-DF	D	D				
147/02	76, 77, 78, y 81/00-DF	D	D				
164/02	111/01-DF	D	E	Presunción de inocencia	C	25.03.04	Casa
165/02	70/01-DF	E	E	P. legalidad. Tipicidad	C	20.05.04	Confirma
191/02	81/01-DF	D	D	Medida cautelar			
192/02	178/01-DF	D	D	Medida cautelar			
193/02	36/02-DF	D	D	Medida cautelar			

D = Desestimación; E = Estimación; I = Inadmisión; C = Confirmación; R = Revocación

AÑO 2002 (2)

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
210/02	18/02-DF	D	D	Medida cautelar			
211/02	114/01-DF	E	D	Derecho defensa	C	23.02.04	Confirma
212/02	182/01-DF	D	D	Medida cautelar			
232/02	147/01-DF	D	D				
250/02	55/01-DF	D	D		C	06.06.03	Confirma
265/02	105/01-DF	D	D				
266/02	180/00-DF	D	D	P. legalidad. Prescripción	Rp	14.04.04	Casa parcialm.
267/02	3/02-DF	D	D	Medida cautelar			
268/02	88/02-DF	D	D				
279/02	192/01-DF	E	E	Prescripción no alegada		Desistió A. E.	Auto 06.05.03
280/02	106/02-DF	D	D				
281/02	12/02-DF	D	D	Medida cautelar			
282/02	94/01-DF	D	D	Medida cautelar			
283/02	112/01-DF	D	D				
284/02	37/02-DF	D	D				
285/02	181/01-DF	D	D	Medida cautelar			
286/02	171/01-DF	D	D				

Total sentencias: 43; Solicitud estimación por el Fiscal: 6; Estimadas por el Tribunal: 6 (1 no pedida por el Fiscal)

D = Desestimación; E = Estimación; I = Inadmisión; C = Confirmación; Rp = Revocación parcial

AÑO 2003

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
20/03	103/02-DF	D	D				
21/03	4/02-DF	D	D				
22/03	185/00-DF	D	D				
31/03	86/02-DF	D	D	Medida cautelar			
43/03	80/02-DF	D	D				
56/03	85/02-DF	D	D				
68/03	116/02-DF	E	D	P. legalidad. Prescripción	C	28.05.04	Casa
69/03	109/02-DF	E	E	P. legalidad. Tipicidad		Pendiente	Fallo
70/03	104/01-DF	D	D	Medida cautelar			
71/03	21/03-DF	I	I				
72/03	95/01-DF	D	D	Medida cautelar			
73/03	77/02-DF	D	D				
74/03	92/02-DF	D	D				
75/03	171/02-DF	D	D	Medida cautelar			
76/03	15/03-DF	D	D	Medida cautelar			
77/03	98/02-DF	D	D	P. Legalidad. Retroactividad	R	10.05.04	Confirma
108/03	28/03-DF	D	D				
117/03	21/02-DF	D	D	Medida cautelar			
128/03	46/02-DF	D	D	Medida cautelar			
129/03	168/02-DF	D	D	Medida cautelar			
130/03	1/03-DF	D	D	Medida cautelar			
137/03	114/02-DF	I	I				

Total sentencias: 22; Solicitud estimación por el Fiscal: 2; Estimadas por el Tribunal: 1

D = Desestimación; E = Estimación; I = Inadmisión; C = Confirmación; R = Revocación

AÑO 2004 (hasta Julio)

N.º sentencia T.M.C.	N.º recurso T.M.C.	F.T.M.C. petición	T.M.C. fallo	Infracción cometida o motivo de la impugnación	F.T. petición	Número o fecha sentencia T.S.	T.S. fallo
1/04	50/03-DF	E	E				
2/04	111/02-DF	D	D				
10/04	11/03-DF	D	D	Medida cautelar			
11/04	91/03-DF	D	D	Medida cautelar			
30/04	59/03-DF	D	D	Medida cautelar			
31/04	102/03-DF	D	D				
32/04	138/02-DF	D	D				
50/04	112/03-DF	D	D	Medida cautelar			
51/04	67/03-DF	D	D				
64/04	74/02-DF	D	D				
79/04	142/03-DF	D	D				
83/04	11/04-DF	E	E	Libertad de expresión			
82/04	111/01-DF	D	D				

Total sentencias: 13; Solicitud estimación por el Fiscal: 2; Estimadas por el Tribunal: 2

D = Desestimación; E = Estimación; I = Inadmisión; C = Confirmación; R = Revocación

DELITOS MILITARES CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA. EN ESPECIAL EL ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA.

José Ignacio Gómez Hidalgo
*Comandante Auditor
Juez Togado Militar de Ceuta*

SUMARIO

I. Introducción. II. Evolución legislativa. III. Regulación actual. IV. Acción. V. Sujeto activo. VI. Elementos objetivos. VI.A) La ausencia. VI.B) Injustificación de la ausencia. VI.C) Los plazos. VII. Culpabilidad. VIII. Concurso de delitos. IX. Especialidades procedimentales.

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos militares contra el deber de presencia, y dentro de ellos en concreto el delito de abandono de destino o residencia, destacan del resto de los tipos penales militares por su mayor frecuencia de comisión, se trata de las infracciones penales más cometidas, con unos índices que superan el 50% del total (1), lo que ya de por sí justifica la realización de un estu-

(1) Dentro de que es muy escasa la producción criminológica referida a las Fuerzas Armadas, podemos citar los datos contenidos en la obra *«El delito de deserción militar»*, de Antonio Millán Garrido, Editorial Bosch, 1983, págs. 155 y ss., donde se alude a que en nuestras Fuerzas Armadas es la deserción el delito más frecuentemente cometido, suponiendo en las fechas que en el mismo se citan un promedio de un 44'82% de los delitos militares apreciados.

dio de los mismos; a esta justificación se añade la variedad de cuestiones que la práctica diaria presenta, a lo que recientemente hay que adicionar la circunstancia de la profesionalización de los Ejércitos, con los consiguientes cambios que ello ha conllevado en el ámbito de este delito, cuya configuración legal ha sido recientemente modificada.

II. EVOLUCION LEGISLATIVA

Prescindiendo de los precedentes patrios más remotos, aludimos al Código de Justicia Militar de 1.945, precedente inmediato del vigente Código Penal Militar (en adelante CPM), que se caracteriza en esta materia por mantener el sistema dualista instaurado por el Código Penal de la Marina de 1.888. Esta norma supuso la iniciación en nuestro Derecho del dualismo abandono de destino o residencia-deserción, distinción que en el vigente Código Penal Militar existe, si bien con un significado absolutamente distinto al que entonces se introdujo, pues en esta su significación original implicaba que el delito de deserción lo cometía «*el individuo de las clases de marinería o tropa y el asimilado a las mismas clases*», mientras que el Oficial incurría, en su caso, en el delito de abandono de destino o residencia, que constituía un supuesto más de abandono de servicio. Pues bien, el Código de Justicia Militar de 1.945 mantenía este sistema dualista, de modo que dentro del Título XII del Tratado segundo encontramos el Capítulo III, artículos 365 a 369, que, bajo la rúbrica de «*Abandono de destino o residencia*», se refiere a las conductas del «*Oficial o Suboficial*», y seguidamente el Capítulo IV de dicho Título, bajo la rúbrica

En contestación a diversas preguntas formuladas el año 1.997 por el Diputado Carles Campuzano i Canadés, el Gobierno respondió ofreciendo los siguientes datos: un total de 817 soldados desertaron del Ejército de Tierra y la Fuerza Aérea entre 1.992 y 1.996; el año que se produjeron más deserciones fue 1.992 (250) y el de menos 1.995 (96); el año 1.997 se produjeron 104 casos de deserción. La respuesta parlamentaria no incluye datos de la Armada. La mayor parte de los procedimientos abiertos por la Jurisdicción Militar entre los años 1988 y 1993, informa el Gobierno, tuvieron que ver con delitos de deserción (3.337) o de abandono de destino (1.071). Los Tribunales Militares abrieron en el mismo periodo 1.028 procedimientos por insulto a superior; 842 por presuntos delitos contra la hacienda militar; 397 por desobediencia y 306 por acciones contrarias a la eficacia del servicio.

Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D, número 164, de 3 de julio de 1.997, página 151.

Asimismo la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2.000 dice en su página 244 que «*las infracciones penales militares más frecuentes se contraen a tres tipos de figuras delictivas*», citando en primer lugar de las mismas los delitos contra el deber de presencia.

ahora de «Deserción», regula en los artículos 370 a 382 las conductas cometidas por las clases de tropa o marinería.

Con independencia de las figuras delictivas tipificadas en dichos preceptos hemos de señalar que este Código, como se desprende de su propia denominación, no se trataba específicamente de un Código Penal Militar, sino de un Código de Justicia Militar, lo que implicaba que en el mismo se regulasen, no única y exclusivamente los delitos y faltas penales militares, sino todos los aspectos relacionados con la Justicia Militar, y así el Tratado primero regulaba la «Organización y atribuciones de los Tribunales Militares», el segundo llevaba la rúbrica de «Leyes penales», y el tercero se refería a los «Procedimientos Militares». Por su parte el Tratado segundo, «Leyes penales», no contenía exclusivamente la regulación de los delitos militares, sino también la de las faltas disciplinarias militares, y así el Título XV y último de este Tratado segundo llevaba la rúbrica de «Faltas y correcciones», distinguiendo entre faltas graves y faltas leves, y, por lo que ahora interesa, contemplaba ciertas formas de deserción, con el carácter de faltas graves en sus artículos 431 y 439-6º, y en el artículo 443, con entidad más liviana, como falta leve.

No obstante, este sistema ha sido superado en la actualidad, tanto en el sentido de eliminar la concepción dualista en atención al carácter de Oficial o Suboficial ó clases de tropa y marinería de los sujetos activos de la infracción, —de modo que ahora se sigue distinguiendo en el nuevo CPM entre abandono de destino o residencia y deserción, pero no ya en base a esos elementos subjetivos, sino en consideración a otros parámetros que examinaremos seguidamente—, como en el sentido de que, instaurado el nuevo sistema democrático, con la vigencia de la Constitución de 1.978 se hacía imprescindible una profunda reforma de los postulados de la Jurisdicción Militar para adecuarla al ámbito estrictamente castrense que establece el artículo 117 de la misma, y fruto de ello es la nueva regulación, ahora no ya unitaria en un exclusivo Código, sino con un tecnicismo más depurado, en cuatro normas distintas, que citamos por orden cronológico:

- La Ley Orgánica 12/1985, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, que incluía en su ámbito subjetivo asimismo a la Guardia Civil. No obstante, poco después se dictaría respecto de este Cuerpo la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, a tenor de las consideraciones de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1.989, que, en base a la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, señalaba que «la aplicación a la Guardia Civil del Régimen propio de las Fuerzas

Armadas debe considerarse meramente provisional...esa situación, que es admisible con carácter transitorio, no puede sostenerse de modo permanente, pues «la normativa aplicable a la Guardia Civil será la propia de las Fuerzas Armadas mientras no se prevea otra propia o singularidades específicas»».

Por su parte, un nuevo régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas ha visto la luz al promulgarse la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, que deroga la hasta entonces vigente Ley Orgánica 12/1985.

- La Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar.

- La Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y

- La Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

Centrándonos en el nuevo CPM, regulaba los delitos de que venimos tratando bajo la rúbrica de *«Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar»* en el Capítulo III del Título VI del Libro II, artículos 119 a 129, si bien a estos delitos se dedicaban en concreto los artículos 119 a 124, integrantes de las tres primeras Secciones del Capítulo, y en él se continuaba la distinción ya tradicional entre delitos de abandono de destino o residencia ó deserción en función de que su sujeto activo fuera *«Oficial General, Oficial, Suboficial o asimilado»* ó *«militar no comprendido en el artículo anterior»*.

No obstante, poco habría de durar esta concepción dualista que distinguía en base al sujeto activo de la infracción, con consecuencias ahora ya en el nuevo CPM más desfavorables, como era de desear, para el militar profesional que para el de reemplazo (2), pues por Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, se daba nueva redacción a los artículos 119 y 120, reguladores, respectivamente, del abandono de destino o residencia y de la deserción, y se introducía un nuevo precepto, el artículo 119 bis, relativo al abandono de destino o residencia del militar de reemplazo, quedando abandonado a partir de entonces el repetido sistema dualista, de modo que se instaura un sistema de responsabilidad que incrimina ya con independencia que su autor ostente uno u otro empleo militar, con la diferencia que entonces se introduce para el militar de reemplazo al incorporarse el nuevo artículo 119 bis, si bien ahora, curiosamente,

(2) Así, la pena para el General, Oficial y Suboficial era de tres meses y un día a tres años de prisión en tiempo de paz y de tres a diez años en tiempo de guerra, mientras que para el militar de reemplazo se establecía una pena de tres meses y un día a dos años de prisión en tiempo de paz, y de dos a ocho años para tiempo de guerra.

se restablece la equiparación punitiva entre militar profesional y militar de reemplazo (3).

Esta nueva regulación supone el paso de un sistema legislativo formalista u objetivo, que tipifica las infracciones en base a elementos objetivos, básicamente postulados temporales y espaciales, a un sistema espiritualista o subjetivo, en el que se pasan a considerar, no ya esos factores objetivos temporales o espaciales, sino fundamentalmente la intención subjetiva del autor, concretada en la intención de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, o sea, de forma amplia, la intención de desertar (4).

A partir de dicha reforma, pues, se tipifica el delito de desertión en base a postulados subjetivistas, en consideración únicamente a la intención del sujeto activo de desertar, el «*animus deserendi*», sin distinción ahora ya entre el empleo militar de sus posibles sujetos activos, adoptándose, pues, el sistema subjetivo; en concreto regula el nuevo artículo 120 la desertión como la conducta del militar que se ausenta «*con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares*», y ello con independencia del tiempo que hubiere durado la ausencia.

Para el caso de que el sujeto activo se ausente sin esa intención de «*sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares*» se introduce un nuevo delito, el «*abandono de destino o residencia*», referido ahora ya, no como hasta entonces a los Oficiales o Suboficiales, pues esta consideración dualista hemos visto que desaparece con la reforma, sino a la ausencia del militar de su Unidad contemplada en base a criterios objetivos, de modo que se tipifica la conducta en consideración al dato objetivo de cumplir un determinado período fuera de control militar, distinguiéndose en su regulación entre el militar profesional y el militar de reemplazo, y así se castiga como abandono de destino o residencia la ausencia injustificada por más de tres días, en el supuesto de militar profesional (artículo 119), o por más de quince días, en el supuesto de militar de reemplazo (artículo 119 bis, que es introducido por la reforma).

(3) Así, la pena de tres meses y un día a tres años de prisión en tiempo de paz y tres a diez años de prisión para tiempo de guerra establecida antes para el militar profesional: «*Oficial general, Oficial y Suboficial o asimilados*», se establece en esa misma duración para los militares de reemplazo.

(4) Un detallado estudio sobre estos aspectos se encuentra en ANTONIO MILLAN GARRIDO, «*El delito de desertión militar*», cit., p. 25-50

III. REGULACION ACTUAL

Pero no es esta la última regulación en esta materia. Habiendo desaparecido del sistema de recluta la conscripción forzosa con la eliminación del Servicio Militar obligatorio (5), carecía de sentido la continuidad de un tipo delictivo en el que se incriminaba al ya inexistente militar de reemplazo, aparte de que se hacía necesario revisar los procedimientos en tramitación para evitar el castigo a los autores de unos hechos que desde entonces dejaban de estar incriminados *de facto* desde el momento en que era imposible su comisión al no existir tales militares de reemplazo. En este sentido se ha promulgado la Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo, que modifica la regulación de los delitos que venimos estudiando, y así:

- Da una nueva redacción a la rúbrica del Capítulo III ya aludida, que ahora pasa a ser «*delitos contra el deber de presencia*».

- Deroga el artículo 119 bis ya visto, relativo a los militares de reemplazo.

- Da una nueva redacción al artículo 120, modificando la referencia al sujeto activo del delito de desertión, que si hasta ahora lo era «*el militar*», ahora pasa a serlo «*el militar profesional o el reservista incorporado*».

- En la disposición transitoria única se establece la revisión de las sentencias condenatorias firmes y no ejecutadas totalmente dictadas como consecuencia de los hechos que han dejado de ser delito, la cancelación de oficio de los antecedentes penales derivados de dichos delitos y el sobreseimiento o archivo de oficio de los procedimientos penales incoados por tales hechos en los que no haya recaído sentencia firme.

De modo que, atendiendo a la normativa vigente, en la actualidad hemos de distinguir, dentro del Capítulo III del Título VI, Libro II:

- Abandono de destino o residencia.- Con esta rúbrica la Sección 1.º comprende el artículo 119, que castiga al «*militar profesional que injusti-*

(5) La disposición adicional decimotercera de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, determinaba que a partir del 31 de diciembre del año 2002 quedaba suspendida la prestación del servicio militar, regulada en la citada Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, estableciendo la disposición transitoria decimotercera de la mencionada Ley 17/1999 en sus tres primeros apartados distintas fechas determinantes del período transitorio del servicio, y autorizando en su apartado 4 al Gobierno para modificar tales fechas y acortar así el período transitorio, en función del proceso de profesionalización de las Fuerzas Armadas, autorización de que hizo uso el Gobierno, «*dado el nivel alcanzado en el proceso de profesionalización y las previsiones que sobre el mismo existen*», que procedió a la suspensión del servicio militar obligatorio adelantando la fecha antes aludida un año, es decir, a 31 de diciembre de 2001, mediante el Real Decreto 247/2001, 9 de marzo.

ficadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días, o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación».

- Deserción.- Esta es la rúbrica de la Sección 2.^a, integrada por un único precepto, el artículo 120, en cuya virtud *«comete deserción el militar profesional o el reservista incorporado que con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia».* Mientras que el tipo del abandono de destino o residencia permanece igual en esta última reforma (con la salvedad de que desaparece el tipo relativo al militar de reemplazo que se contenía en el artículo 119 bis según ya ha quedado expresado), en el tipo penal de la deserción se añade una nueva consideración en su ámbito subjetivo, de modo que ahora el delito lo puede cometer no sólo el militar profesional sino también el *«reservista incorporado».* (6)

- Quebrantamientos especiales del deber de presencia.- Se regulan en la Sección 3.^a, que comprende los artículos 121 a 124, si bien este último fue ya dejado sin contenido por la Ley Orgánica 13/1991, del Servicio Militar. Regulan como tales quebrantamientos especiales:

- El artículo 121, la ausencia injustificada frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, cualquiera que fuere la duración de la ausencia.

- El artículo 122, la ausencia injustificada en circunstancias críticas, cualquiera que fuere la duración de la ausencia.

- El artículo 123, finalmente, castiga el quedarse en tierra injustificadamente a la salida del buque o aeronave por parte del militar no comprendido en los artículos anteriores que forme parte de la dotación o tripulación.

- Disposición común.- Contenida en la Sección 5.^a, artículo 129, que castiga expresamente al *«que de palabra, por escrito, impreso u otro medio de posible eficacia, incitare a militares a cometer cualquiera de los delitos comprendidos en la secciones 1.^a y 2.^a de este capítulo, hiciere apología de los mismos o de sus autores, los auxiliare o encubriere».*

Únicamente añadir aquí que, al contrario de los delitos que pueden ser objeto de dichas conductas participativas, —los citados delitos de abandono de destino o residencia y deserción, que, por tratarse de delitos especiales o propios, no pueden ser cometidos sino por militares—, tales con-

(6) La regulación de la situación de reservista se contiene en el Título XIII, arts. 163 y ss. de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, comprendiendo a los españoles que *«pueden ser llamados a incorporarse a las Fuerzas Armadas para satisfacer las necesidades de la defensa nacional».*

ductas participativas aludidas se configuran como un tipo autónomo, lo que implicaría la sujeción, en su caso, a la Jurisdicción militar de esos partícipes en un delito de ausencia o deserción, aún cuando no ostenten la condición de militares.

Nos centramos a continuación en el estudio del tipo delictivo de abandono de destino o residencia del artículo 119.

IV. ACCIÓN

Ha de destacarse aquí que el delito de abandono de destino o residencia se configura como un delito de omisión, pues si bien el núcleo de la conducta está constituido por la ausencia, la esencia de los mismos reside en la omisión del deber de presencia exigible, la no presencia en la unidad, destino o lugar de residencia del sujeto obligado a ello.

En su regulación hemos de distinguir un tipo propio, relativo al militar que *«injustificadamente se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia»*, y un tipo impropio, relativo al militar *«que no se presentare, pudiendo hacerlo»*. Pues bien, en el tipo impropio su carácter omisivo viene dado tanto por el contenido mismo de la conducta, consistente en la infracción de una ley preceptiva, como por la técnica utilizada, al castigarse al militar *«que no se presentare, pudiendo hacerlo»*. Respecto del tipo propio, al referirse al militar que *«injustificadamente se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia»*, podría plantearse una mayor duda, en tanto supone sustancialmente un abandono, una conducta activa, entendiéndose sin embargo que también se trata de un delito de omisión, dado que lo esencial no es el apartamiento del servicio, sino la ausencia que supone la no reincorporación en el término legal establecido.

Si, en definitiva, el elemento que define el delito como omisivo es esta falta de presentación, esa ausencia que supone la no reincorporación en el plazo establecido, en referencia a las dos formas examinadas, los dos tipos aludidos, propio e impropio, ambas formas lo que en definitiva definen no es sino el origen adecuado o inadecuado, correcto o incorrecto, ajustado o no a la norma, de la ausencia inicial.

Así, en el tipo propio, ya la propia ausencia inicial es antirreglamentaria, por cuanto supone el abandono del destino, unidad o lugar de residencia por el militar que está obligado a permanecer en dichos lugares, que, incumpliendo dicha obligación, se ausenta de los mismos, de modo que ya *«ab initio»* se coloca en una posición antijurídica, si bien no tendrá repercusión penal hasta tanto no se cumplan los plazos a que seguidamente

haremos alusión; en cambio en el tipo impropio, el militar, que se ha ausentado de su unidad, destino o lugar de residencia, «*ab initio*» no se encuentra en una posición antirreglamentaria, sino en una posición correcta, ajustada a derecho, en cuanto que esa ausencia inicial se ha llevado a cabo con arreglo a las diversas exigencias establecidas para que se produzca, con arreglo a la normativa que posibilita dicha ausencia, si bien cuando excede los límites de esa posibilidad legal de encontrarse ausente de tales lugares, cuando excede de los límites de la autorización de permanecer fuera de tales lugares y por tanto no se reincorpora es cuando comienza su posición antijurídica con respecto a su deber de presencia.

El Tribunal Supremo ha señalado en Sentencia de la Sala 5ª de 15 de noviembre de 1.999 que «*La figura penal definida en el art. 119 CPM es un tipo alternativo, en el que la conducta puede ser activa y consistir en ausentarse de la unidad, destino o lugar de residencia por más de 3 días, o bien omisiva, consistente en no presentarse o incorporarse transcurrido dicho plazo a los puntos expresados, incumpliendo en ambos casos el sujeto activo el deber de presencia física y sustrayéndose, además, a la disponibilidad para el servicio en caso de abandono de unidad y destino.*».

V. SUJETO ACTIVO

Sujeto activo del delito que estudiamos lo es el militar profesional.

Encontramos una primera referencia a tal concepto en la Constitución, cuyo artículo 70,1, e) declara que las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores comprenderán, en todo caso, a los militares profesionales, sin incidir más en el concepto; asimismo efectúan referencias al militar profesional los artículos 205 y 206 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

En realidad entendemos que el calificativo «*profesional*» del concepto «*militar*» que emplea el artículo 119 no lo es, y menos en el momento actual en que se ha procedido a la plena profesionalización del Ejército, para describir una categoría específica de militares, sino que se utilizó por el legislador al introducir en la reforma de 1991 el nuevo artículo 119 bis relativo a la ausencia de destino de los militares de reemplazo, en contraposición a este último concepto, de suerte que hoy día, desaparecida la categoría de militar de reemplazo, pierde sentido tal cualificación de «*profesional*», y la referencia hay que entenderla hecha al militar en general, no en una interpretación extensiva de los posibles sujetos activos de la infracción, sino en el sentido de que en la actualidad no cabe sino la existencia

de militares profesionales, con la excepción, en su caso, de los reservistas obligatorios que examinamos a continuación.

Una duda plantearía en este sentido la modificación operada por la reforma de 22 de mayo de 2.002 al introducir una innovación en el artículo 120, relativo a la deserción, en el sentido de ampliar el círculo de sus posibles sujetos activos al incluir como tales, junto al «*militar profesional*», cualificación ésta introducida en la reforma, al «*reservista incorporado*».

Tal y como han quedado redactados los artículos 119 y 120 parece que el reservista incorporado podría cometer el delito de deserción, mas no el de abandono de destino o de residencia, al no haberse contemplado expresamente tal posibilidad en el artículo 119 en contraposición a la modificación llevada a cabo en el artículo 120.

Desconocemos los motivos de la nueva regulación con tales postulados, que, por otro lado, resulta aún más compleja si analizamos la referencia que al concepto de militares en general efectúa el CPM, pues, en efecto, el artículo 8 del Código, encuadrado en el Título I, «*Principios y definiciones*» del Libro I, «*Disposiciones generales*», establece que «*a los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que:*

1º Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas.

2º ...

3º Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares.

4º Presten servicio activo en las escalas de Complemento y de Reserva Naval o como aspirantes a ingreso en ellas.

5º Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno».

Suprimidos de la redacción el apartado 2º relativo a los militares de reemplazo, categoría hoy inexistente, hemos de referirnos expresamente al apartado 5º, que considera, pues, militar, a los efectos del Código, a los que «*con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno*», con lo que en principio se incluiría como posible sujeto activo, no sólo ya del delito de deserción, sino de la generalidad de los delitos tipificados en el CPM, al personal movilizado o militarizado que con cualquiera asimilación militar preste

servicio, incluyendo en tal concepto a los reservistas, lo que dificultaría, pues, la comprensión del verdadero alcance de las modificaciones introducidas por lo que hacen al sujeto activo del delito que analizamos, si bien, a tenor del contenido del artículo 8 y del contexto legal, entendemos que resultaría incongruente que el personal reservista una vez incorporado pueda cometer el delito de desertión, mas no el de abandono de destino o residencia, máxime a la vista de su régimen de personal, regulado en los artículos 175 y 183 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, relativos a los reservistas temporales y voluntarios y a los reservistas obligatorios, respectivamente, y respecto de los cuales establece la sujeción *«al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares»* cuando sean activados y se incorporen al Ejército.

Por otra parte, y de acuerdo con el enunciado inicial del artículo 8 CPM, que remite a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la condición de militar, señalar escuetamente que hemos de considerar tanto el Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento general de adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional, como, con carácter más genérico, la citada Ley 17/1999, cuyo artículo 1.1 señala que *«la presente Ley tiene por objeto regular el régimen del personal militar profesional»*, y cuyo artículo 2, bajo la rúbrica de *«militares profesionales»* establece que *«son militares profesionales los españoles vinculados a las Fuerzas Armadas con una relación de servicios profesionales que adquieren la condición de militar de carrera, de militar de complemento o de militar profesional de tropa y marinería. También tendrán consideración de militares profesionales los extranjeros vinculados a las Fuerzas Armadas con la condición de militar profesional de tropa y marinería con carácter temporal, en los términos establecidos en la presente Ley»* (7).

(7) Una reciente modificación se ha producido en este ámbito subjetivo, en virtud de la Ley 32/2002, de 5 de julio, *«de modificación de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, al objeto de permitir el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería»*, cuyo Reglamento de desarrollo ha sido aprobado por el Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre, habiéndose efectuado la primera convocatoria de proceso selectivo para el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería por Resolución 452/38231/2002, de 16 de diciembre (Boletín Oficial de Defensa nº 250, de 24 de diciembre de 2.002).

La Ley se dicta, según su Exposición de Motivos, *«a fin de levantar la prohibición de que nacionales de otros países puedan formar parte de nuestras Fuerzas Armadas»*, habiéndose añadido, entre otros, el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 17/1999, en cuya virtud, según acabamos de ver, se consideran militares los extranjeros que accedan a la categoría de militar profesional de tropa y marinería de carácter temporal.

Seguidamente los artículos 87, 89 y 92 regulan más detalladamente la adquisición de la condición de militar, diferenciando según se trate de militar de carrera, de empleo o de tropa profesional y marinería, refiriéndose en general como momento de adquisición de tal condición el de obtención del correspondiente empleo e incorporación al Cuerpo y Escala correspondiente, en el primer supuesto, o firma de los compromisos, en los dos restantes, siempre tras la superación del oportuno plan de formación, si bien, a los efectos que aquí interesan, establece el artículo 79 de la Ley, concordante en este aspecto con el artículo 8 del Código, que, una vez presentados los alumnos en los centros docentes de formación, se incorporarán a las Fuerzas Armadas *«y serán nombrados alumnos. A partir de dicho momento tendrán la condición de militar y estarán sometidos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares...»*

Por lo demás, regula la citada Ley las diversas situaciones militares, especificando la no sujeción al régimen general de derechos y obligaciones del militar y a las leyes penales y militares disciplinarias del personal militar en situación de servicios especiales (artículo 140.4), excedencia voluntaria en determinados supuestos (artículo 141.10), y retiro, en cuanto que en virtud del retiro cesa la relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas (artículo 145).

Respecto del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, hemos de señalar que su régimen personal se regula por la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, cuyo artículo 1 ya se refiere a la naturaleza militar del Cuerpo, estableciendo el artículo 2 que *«Son guardias civiles los españoles vinculados al Cuerpo de la Guardia Civil con una relación de servicios profesionales de carácter permanente y, dada la naturaleza militar del Instituto en el que se integran, son militares de carrera de la Guardia Civil»*.

Por su parte, el artículo 12, relativo a la adquisición de la condición de guardia civil, establece que *«la condición de guardia civil y, en consecuencia, la de militar de carrera de la Guardia Civil se adquiere al obtener el primer empleo, conferido por Su Majestad el Rey y refrendado por el Ministro de Defensa, e incorporarse a la Escala correspondiente del Cuerpo»*.

Coincide en líneas generales la regulación con la correspondiente a las Fuerzas Armadas, cuyo reglamento de adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas, aprobado por Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, ya citado, se encuentra vigente para los integrantes del Benemérito Instituto hasta tanto se desarrolle la Ley en este concreto aspecto.

VI. ELEMENTOS OBJETIVOS

Los elementos objetivos que integran este tipo penal son la ausencia de la unidad, destino o lugar de residencia, que ha de ser injustificada, y el transcurso de los plazos establecidos, que no constituyen sino limitaciones espaciales y temporales que vienen exigidas por la necesidad de operatividad de las Fuerzas Armadas, que imponen tales limitaciones a sus integrantes.

VI.A. LA AUSENCIA

Las limitaciones espaciales del militar, referidas a la no presencia en la *«unidad, destino o lugar de residencia»*, se justifican por cuanto la prestación del servicio en filas del militar viene tutelado en estos delitos en relación a un encuadramiento específico o a un determinado lugar donde el sujeto debe residir, y no a una genérica integración en las Fuerzas Armadas.

Tutela la ley, pues, la presencia del militar en su *«unidad, destino o lugar de residencia»*.

Normalmente la unidad y el destino coincidirán, son conceptos prácticamente coincidentes, aunque pueden apuntarse supuestos en que no ocurre así y por tanto se incurre en responsabilidad en uno de los tipos y no en el otro: así, en el supuesto del militar destinado en una Unidad que es comisionado para llevar a cabo una determinada actuación, por ejemplo un curso, en una plaza militar distinta a la en que su Unidad tiene su sede y deja de concurrir al mismo dentro de los plazos establecidos, aún sin ausentarse de la plaza militar en que se ubique la instalación donde habría de realizar el curso, en cuyo caso incurrirá en un supuesto de abandono de destino, y no de abandono de unidad.

El lugar de residencia, en cambio, es un concepto más amplio, pues comprenderá tanto el lugar en que se encuentre ubicada su unidad o destino como aquel otro lugar en que el militar se encuentre en una posición acorde con las exigencias legales de desplazamiento; así se puede pensar en el militar que durante el permiso concedido se le autoriza a permanecer en un determinado lugar, de modo que la ausencia del mismo constituirá este abandono del lugar de residencia.

Y es que el concepto de lugar de residencia no es excluyente respecto de los analizados de unidad o destino, sino complementario. Y ello en virtud de la exigencia, —que es superior en los integrantes de las Fuerzas Armadas respecto de los integrantes de otros colectivos, a los cuales no se

les impone este deber de residencia con tanta intensidad, y cuya vulneración no merece el reproche penal sino que, en su caso, constituirá tan sólo un ilícito disciplinario—, de un deber de presencia que pesa sobre el militar consistente no sólo en la obligación de acudir a la prestación del servicio, que desde luego existe, sino que va más allá, pues comprende la obligación de residencia en el lugar en que la Unidad tiene su asentamiento, o en otro lugar determinado previa autorización para ello.

Al respecto, el artículo 175 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, establece que *«El lugar habitual de residencia del militar será el de su destino. Por circunstancias atendibles podrá autorizársele a fijarlo en otro distinto, con la condición de que pueda cumplir adecuadamente todas sus obligaciones.*

Dentro del territorio nacional podrá separarse de la localidad de su destino con la limitación que imponga la posibilidad de incorporarse a su unidad en los plazos fijados por el jefe de ella.

Para salir al extranjero, además de observar las mismas prescripciones que el resto de los ciudadanos, deberá disponer de autorización de sus superiores.

En todos los casos tendrá la obligación de comunicar en su destino el lugar de su domicilio habitual o eventual, con objeto de que pueda ser localizado si las necesidades del servicio lo exigen»(8).

En definitiva, y en palabras del Tribunal Supremo, la Sentencia de la Sala 5ª de 24 de enero de 2.000 señala que *«La jurisprudencia hace hincapié en la doble vertiente que el deber de presencia tiene para el militar, en cuanto debe acudir, por un lado, a su unidad de destino para prestar el servicio que le corresponda y debe hallarse, por otro, en la localidad o lugar de su residencia oficial, con el fin de estar permanentemente disponible para el servicio»*; asimismo, la Sentencia de 22 de octubre de 2.001, citando la Sentencia de 7 de octubre de 1.997, señala que *«el art. 119 del*

(8) Respecto de las salidas al extranjero señalar que la Orden Ministerial 170/1996, de 15 de octubre, *«por la que se regulan las notificaciones de salida a otros países del personal militar profesional»*, derogó la Orden Ministerial 3/86, de 17 de enero, sobre autorizaciones para salida al extranjero y sustituyó las hasta entonces exigidas autorizaciones por simples notificaciones a la Superioridad *«a los efectos del artículo 175 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas»*, señalándose como motivación de ello la aparición de *«nuevos factores a tener en cuenta, como la adhesión de España a las Comunidades Europeas en enero de 1.986, la ratificación del Tratado de Maastrich, que consagra el principio de una política exterior y de seguridad común, la reciente aplicación del Tratado de Schengen que elimina los controles en las fronteras para los súbditos de los países signatarios, y la presencia permanente, cada vez mayor, de profesionales de las Fuerzas Armadas españolas en organismos con sede fuera del territorio nacional»*.

CP Militar no menciona tan sólo el abandono de destino, sino también el de residencia. El deber de presencia del militar tiene una doble vertiente, por una parte debe acudir a su Unidad o destino para prestar el servicio que le corresponda; por otra parte, debe hallarse en la localidad o lugar de su residencia oficial con el fin de estar permanentemente disponible para el servicio; disponibilidad que se quiebra cuando el militar se ausenta de su domicilio donde tiene su residencia, sin conocimiento y autorización de sus superiores...

...como reiteradamente ha venido manteniendo esta Sala (sentencia, entre otras, de 21 Jun. 1999), «el hecho de no poder prestar servicio, en ningún caso supone que no tenga que permanecer el interesado en el lugar de su residencia»».

La ausencia no admite graduaciones en función de sus características, integrándose el tipo por el hecho de la ausencia, con independencia de la mayor o menor distancia del lugar de residencia y con independencia de que el sujeto activo esté en paradero desconocido, o incluso localizable en algún punto con mayor o menor facilidad (9), pues el deber de presencia que mediante la punición de esta conducta se pretende tutelar no se cumple sino mediante la presencia física en el lugar correspondiente, única forma de que la disponibilidad del militar sea real y efectiva y no meramente posible o hipotética (10).

(9) Estos datos podrán ser relevantes, junto con las demás circunstancias concurrentes, en orden a la necesaria individualización de la pena a imponer, individualización de la que trata el artículo 35 del Código Penal Militar, que alude, además de a las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran, a *«la personalidad del culpable, su graduación, función militar, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio o el lugar de su perpetración»*.

(10) Sin que pueda dar lugar a error la exigencia de que se produzca efectivamente la «ausencia» en el sentido de un desplazamiento a un lugar distinto a aquél en que se está autorizado a permanecer, al no poder conceptuarse como tal aquella conducta que no implique una efectiva ausencia, pues constituiría un supuesto de interpretación extensiva prohibida por la ley penal, que dejaría al supuesto carente del necesario elemento de la tipicidad y vulneraría el derecho a la legalidad penal. Así, la STS, 5ª, 25 febrero 2002, cuando señala que *«la conducta típica que constituye el elemento básico de la acción en el delito apreciado, radica en «ausentarse» injustificadamente y por más de tres días del lugar de residencia que corresponda en cada caso al sujeto activo militar profesional, lo que equivale al comportamiento de apartarse, marchar, irse, alejarse o desplazarse a sitio distinto de aquel en el que la presencia resulta obligada», no constituyendo la «infracción penal del art. 119 CPM, la conducta probada consistente en haberse mantenido el acusado «en ignorado paradero y ajeno a todo requerimiento de sus Mandos»... cuando en puridad lo que el delito castiga es la ausencia del militar profesional de su Unidad, destino o residencia por más de tres días.*

...«con el delito que nos ocupa, en su modalidad de abandono de residencia, se atenta contra el deber de los militares de estar presentes en el lugar en el que les resulta obli-

VI.B. INJUSTIFICACIÓN DE LA AUSENCIA

No cualquier ausencia es relevante a los efectos de integrar la conducta que se incrimina en el precepto que analizamos, sino que ha de tratarse de una ausencia injustificada.

Este carácter injustificado de la ausencia constituye un elemento valorativo-normativo al que se refiere la dicción legal, en la forma activa del delito cuando emplea el propio término de ausencia *injustificada*, y en la forma omisiva cuando alude a que no se presentare *pudiendo hacerlo*.

El carácter injustificado no se configura como una causa de justificación, excluyente de la antijuridicidad, de modo que su tratamiento no se encuentra junto a éstas, sino como un elemento del tipo, que califica la ausencia que se produce, de modo que la ausencia inicial o la posterior falta de reincorporación podrá calificarse como injustificada cuando no se lleve a cabo, cuando no se produzca con arreglo a las diversas exigencias establecidas para que tenga lugar, con arreglo a la normativa que posibilita dicha ausencia.

Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de la Sala 5ª de 1 de junio de 2.001 cuando afirma que *«el adverbio «injustificadamente» que se emplea en el art. 119 del Código castrense, al describir este delito de abandono de destino o residencia no hace referencia a la no concurrencia de causas de justificación, sino que viene a expresar que*

gado, lo que constituye el presupuesto básico para el desempeño de otros deberes de prestación que asimismo les son exigibles. De ello se deriva que el bien jurídico que se protege es la permanente disponibilidad del sujeto activo respecto de sus Mandos militares, que queda quebrantado cuando se produce el abandono de la residencia obligatoria... Pero dicho interés que la norma tutela no se quebranta con cualquier comportamiento que produzca el mismo resultado de sustraerse el sujeto al control militar (injustificadamente y por más de tres días en todo caso), sino que por exigencia del tipo la conducta penalmente relevante queda constreñida a los actos de abandono en sentido estricto, consistente en ausentarse, marcharse, irse, desplazarse, huir, desaparecer, etc., es decir, dejar de estar presente físicamente en el lugar que resulta debido (o bien no presentarse en la modalidad omisiva de la falta de incorporación).

La afirmación que hace el Tribunal de instancia, en el sentido de que «resulta indiferente a efectos penales que el inculpado en situación de baja para el servicio, se halle oculto en su domicilio y reticente a toda comunicación exterior o permaneciera en otra localidad», no es conforme con la reiterada doctrina de la Sala, según se acaba de recordar. Ciertamente, repetimos, que el precepto sanciona el resultado de la indisponibilidad injustificada y por más de tres días, pero no la que tiene lugar en régimen de abierta modalidad comisiva, sino precisamente mediante la que el tipo prevé... Tiene razón el recurrente en que con la interpretación extensiva in malam partem que se mantiene en la sentencia impugnada, se conculca la función garantizadora que el tipo está llamado a cumplir en el Derecho penal afectándose en consecuencia el invocado derecho fundamental a la legalidad penal».

para que dicha ausencia revista caracteres de delito debe estar en desacuerdo con el marco normativo legal y reglamentario que regula el deber de presencia de los militares... doctrina coherente con la consignación del citado adverbio en la descripción del tipo, como un elemento más del mismo, sin que haya conexión, por ello, con las causas de justificación legalmente establecidas que, en sentido penal, han de ser consideradas como excluyentes de la antijuridicidad y que se desenvuelven en el ámbito de la misma»; Y en la aludida Sentencia de 15 de noviembre de 1.999, expresiva de que «Tanto la ausencia como la falta de incorporación no han de hallarse justificadas —«pudiendo hacerlo» cuando de la no presentación se trate—. Tal justificación no equivale a la concurrencia de alguna causa eximente de la responsabilidad penal que prive de antijuridicidad a la conducta del autor, quien podría hallarse, por ejemplo, en estado de necesidad, obrando en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, afectado por causa de fuerza mayor, etc., con los consiguientes efectos justificadores que habrían de producirse en todo caso sin necesidad que el legislador lo estableciera expresamente. Se trata, por el contrario, de una proposición que actúa como elemento negativo del tipo, pues el comportamiento no es que deje de ser contrario a derecho, sino que deja de ser típico, y cuya aplicación requiere de una previa valoración global del hecho».

En este punto hemos de adentrarnos en la referencia a cuestiones derivadas de la casuística planteada en relación con la justificación de la ausencia, y en concreto en referencia a la problemática que en relación con dicha justificación plantean las situaciones de baja facultativa.

Hasta fechas recientes no existía en el ámbito de las Fuerzas Armadas una normativa que regulara con carácter general las bajas médicas del personal militar; sí que existía una normativa al respecto en el ámbito de la Guardia Civil, la Orden General número 7/97 de 19 de marzo, sobre bajas médicas por motivos de salud (11), pero no en el ámbito de las Fuerzas Armadas con dicho carácter general (12), hasta la promulgación de la ya

(11) La incidencia a nivel práctico de problemática en relación con la situación de baja médica por miembros del Cuerpo de la Guardia Civil con repercusión penal es escasa, por lo que nos limitamos a la cita de la norma indicada, profundizando en el estudio de la problemática en relación con las Fuerzas Armadas.

(12) Salvo algunas referencias aisladas en la normativa reguladora del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS, Instituto gestor del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas,) o algunas normas particulares, como, en el ámbito del Ejército de Tierra, las «Normas Médico-Periciales sobre pérdida temporal de condiciones psicofísicas», de 11 de octubre de 1.991, del General Jefe del Estado Mayor del Ejército, y la NG 1/1993 de la 4ª División del mismo Estado Mayor, de 19 de febrero de 1.993, reguladora del «Servicio Logístico de Asistencia Sanitaria».

aludida Ley 17/1999, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, cuyo artículo 156 atribuye a la Sanidad Militar con carácter exclusivo la competencia para dictaminar sobre la insuficiencia temporal o definitiva de condiciones psicofísicas. En desarrollo de tal previsión se ha dictado la Instrucción n° 169/2001, de 31 de julio (13), del Subsecretario de Defensa, por la que se dictan normas sobre la determinación y el control de las bajas temporales para el servicio por causas psicofísicas del personal militar profesional.

De modo que hasta la citada Instrucción se venía considerando que ante un supuesto de incapacidad temporal para el servicio bastaba con el oportuno dictamen facultativo, ya del propio médico de la Unidad, ya del que correspondiera al interesado en función de la entidad a cuyos servicios sanitarios estuviese adscrito, para que se considerara al afectado en situación de baja por enfermedad, y cesara en consecuencia su obligación de acudir a la unidad a prestar sus servicios. En el caso de que la enfermedad sobreviniera encontrándose el interesado debidamente autorizado fuera de la Plaza militar en que tuviera la sede su Unidad, bastaba con la remisión del oportuno dictamen facultativo, distinguiéndose entonces en función de que dicho dictamen se pronunciara a favor de una baja de carácter ambulatorio o de carácter domiciliario, pues mientras el primer caso implicaba la obligación de reincorporación sin dilación a la Unidad, aunque sin prestar servicios, o a la Plaza militar, lo contrario sucedía en el segundo supuesto, al dictaminarse por el facultativo la conveniencia de que el tratamiento fuera de carácter domiciliario y encontrarse el afectado, se entendía que justificadamente, en localidad distinta a la de su residencia habitual.

La nueva normativa regulariza estas situaciones fácticas, de manera que establece el procedimiento para la concesión de la baja, atribuye la competencia para acordar la baja temporal al Jefe de la Unidad, Centro u Organismo de destino del interesado, y determina en el apartado 3.3 que éste, *«para un mejor tratamiento y seguimiento de la insuficiencia durante el tiempo que dure la baja temporal para el servicio...permanecerá, preferentemente, en el domicilio donde tenga consignada su residencia habitual o en la enfermería o lugar habilitado al efecto en su Unidad, Centro u Organismo, salvo que la patología obligue a su internamiento hospitalario. A solicitud del interesado y con la autorización expresa del Jefe de la Unidad, Centro u Organismo se podrá realizar la convalecencia en lugar distinto de los anteriores»*, a lo que añade a continuación en el n° 4 del mismo apartado 3 que *«cuando la baja temporal se produzca en una*

(13) Boletín Oficial de Defensa n° 158, de 13 de agosto de 2.001.

plaza diferente a la de su residencia habitual deberá trasladarse a ésta siempre y cuando el informe médico no lo desaconseje o imposibilite».

Diversa problemática presenta la realidad práctica de la regulación contenida en dicha Instrucción (14), que en definitiva entendemos que ha de resolverse no en función del elemento formal del oportuno acuerdo o no de baja emitido por la Jefatura de la Unidad, sino en atención a la situación *de facto* que afecte al militar, que habrá de ser valorada por el Organismo Judicial para colegir de la misma la justificación o injustificación de la ausencia; o sea, aun cuando en determinados supuestos la Jefatura de la Unidad considere improcedente la concesión de la baja por enfermedad y en tales circunstancias el militar afectado se encuentre ausente de la Unidad o lugar de residencia por un plazo superior al legal, no habrá de ser esta concesión o denegación de la baja médica por la Jefatura de la Unidad la que determinará, en definitiva, el carácter justificado o injustificado de la ausencia, elemento valorativo-normativo que corresponde evaluar al Juzgador, y no hacerlo depender de una resolución administrativa, con la conculcación que de ello de podría derivarse de los principios de taxatividad de la ley penal, de tipicidad, y, en definitiva, del principio de legalidad penal.

Así, pues, en definitiva, la situación de baja por enfermedad del militar le dispensa de la obligación de acudir al destino o Unidad (15), mas no

(14) En la que por su diversa casuística no podemos entrar, aludiendo a título de ejemplo, al incumplimiento por el militar de la obligación, establecida en el apartado 7.2 de la Instrucción, de entregar en persona en la Unidad en las condiciones que en tal precepto se señalan, salvo cuando estuviere impedido para ello, del informe médico y la correspondiente solicitud de baja, y que ha llevado en ocasiones a la emisión del correspondiente parte dirigido al Juzgado Togado en relación con la ausencia injustificada del afectado, que no ha entregado tales documentos en persona, por lo que se ha dictado por la Jefatura de la Unidad una resolución denegatoria de la baja médica, habiéndose resuelto por el Organismo Judicial en el sentido de inexistencia de infracción penal, toda vez que la situación de ausencia se entendía justificada al valorarse la situación de enfermedad del afectado, y estimando la concurrencia de una infracción de carácter disciplinario, ante el incumplimiento consistente en la no entrega personal de los documentos señalados.

(15) No es eso exactamente lo que especifica la Instrucción citada, que en su apartado 3.6 señala que *«el personal con baja temporal no realizará ninguna actividad profesional»*, de donde pudiera entenderse que estaría obligado a acudir a la Unidad o destino, y en él no realizar actividad profesional; sin embargo entendemos, y así viene sucediendo, que el militar en situación de baja por enfermedad no sólo está dispensado de realizar actividad profesional sino también de acudir al destino o unidad, aunque no de permanecer residiendo en el lugar donde tenga consignada su residencia, según ya hemos comentado. En este sentido STS, 5ª, de 19 de diciembre de 1.994, expresiva de que *«la situación de baja para el servicio por enfermedad no tiene otro alcance que la dispensa de prestarlo y no hay disposición alguna que obligue al enfermo a permanecer en su casa, e incluso tampoco hay obstáculo para que pueda salir fuera del lugar de su residencia con las limitaciones del art. 175 Reales Ordenanzas, en situación similar a la de franco de servicio»*.

de la obligación de residencia, de modo que en tal situación habrá de continuar *«preferentemente en el domicilio donde tenga consignada su residencia habitual»*, y en el supuesto de que, por las circunstancias de la enfermedad que padezca, interese realizar la convalecencia en otro lugar distinto, necesitará la autorización previa del Jefe de la Unidad, sin la cual, pues, a priori, no podrá entenderse justificada la ausencia.

No es infrecuente encontrar en la práctica alegaciones de error en el sujeto por desconocer la obligación de continuar residiendo en la Plaza militar, aun encontrándose en situación de baja médica. No obstante, escasos serán los supuestos en que el militar realmente desconozca esta obligación de residencia, de la que son informados los militares con carácter general en la fase de formación tras la inicial incorporación a filas.

También ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto el Tribunal Supremo, que en Sentencia de la Sala 5ª de fecha 20 abril 2001 señala *«Entrando en el análisis de la alegación del error...En el presente caso, los dos aspectos intelectual y volitivo del dolo fueron correctamente deducibles por el Tribunal de instancia de los datos que figuran en el relato fáctico, en el sentido de que la obligación de permanecer en su Unidad por parte del inculpado era conocida por éste y deriva de su actuación voluntaria, independientemente de las modulaciones para actuar de esa manera derivadas de su situación psíquica y en tal sentido los rasgos derivados de la misma limitan parcialmente las posibilidades de dirigir su conducta mas no conllevan un desconocimiento de la ilicitud del hecho...»*.

VI.C. LOS PLAZOS

Junto con la ausencia de carácter injustificado se exige para integrar el delito que examinamos, además, el transcurso del plazo fijado por la ley.

El plazo constituye el límite temporal que anteriormente aludíamos y no supone sino un límite en la tolerancia en la ausencia, lo que no hay que entender en el sentido de que la ausencia en cuanto falta de disponibilidad permanente para el servicio es permitida hasta un cierto límite, sino que, complementando la regulación que examinamos con la normativa vigente en materia disciplinaria (16), tenemos que la obligación de presencia es exigida permanentemente si bien se gradúa la respuesta a la falta de pre-

(16) Las ya citadas Leyes Orgánicas 8/1998, de 2 de diciembre, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil.

sencia en función de la entidad de la misma, a tenor de la duración mínima de la ausencia. Así, la ausencia injustificada por un plazo inferior a veinticuatro horas constituirá falta leve, por un plazo superior a veinticuatro horas e inferior a tres días constituiría falta grave y la ausencia por un plazo superior a tres días constituiría no ya infracción de carácter disciplinario, sino la infracción penal que venimos examinando.

Respecto del cómputo de estos plazos, la doctrina ha entendido que en el cómputo del plazo cada uno de los días ha de transcurrir íntegro, completo, lo que obliga a excluir el día inicial del comienzo de la ausencia, de suerte que no se tiene en cuenta el día en que el sujeto «*se ausentare*», ni aquel otro en «*en que debió efectuar su incorporación*», a tenor de la norma contenida en el artículo 5.1 del Código Civil, en cuya virtud «*siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente*». Sin embargo, no es ésta la postura jurisprudencial, que, en base a la habilitación que la expresión inicial del precepto transcrito contiene: «*siempre que no se establezca otra cosa*», ha venido entendiendo que el artículo 119 establece expresamente otro criterio distinto de cómputo, cuando alude al militar que se ausentare por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, «*transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación*», de modo que, ante una norma concreta y específica para el cómputo del plazo contenida en el propio precepto que tipifica la conducta, se entiende que el cómputo ha de ser, pues, de momento a momento.

La Sentencia de la Sala 5ª de 29 de noviembre de 1.994 señala al respecto que «*Denuncia el recurrente en su motivo 1º, la infracción del art. 119 CP Militar; toda vez que para que se cometa el delito de abandono de destino han de transcurrir «más de 3 días», y cada uno de los 3 días ha de transcurrir completo, de 0 a 24 horas, lo que obliga a excluir del cómputo el día inicial del comienzo de la ausencia, es decir que no se cuenta el día en que el culpable «se ausentare de su unidad, destino o lugar de su residencia» o la fecha correspondiente «al momento en que debió efectuar su incorporación», conforme a la regla general de nuestro Derecho en materia de computación de plazos (art. 5,1 CC)...*

...no podemos aceptar el expresado cómputo en el modo antedicho, ya que el art. 119 determina cómo debe hacerse, con lo cual desaparece la posible virtualidad del art. 5,1 CC, que deja a salvo el que pueda establecerse otra cosa, que es precisamente lo que el legislador penal ha plasmado en el repetido art. 119...Es decir, que para que la infracción del

deber de presencia se produzca habrá de transcurrir un lapso continuado de tiempo superior al de 3 días, contado el mismo «de momento ad momentum» siempre que el instante inicial de aquel sea determinable — como en el caso que nos ocupa— sin lugar a dudas, ya que si ello no fuera posible tendríamos que acudir, por el principio «pro reo», a otro cómputo que en ningún supuesto se diferiría más allá de las 12 de la noche de la fecha en que tal no presencia fuese conocida».

Hemos de aludir también a una nueva interpretación a partir de las Sentencias de la Sala 5ª de 2 de octubre y 26 de noviembre de 1.996 que, en base a la distinción entre los dos distintos tipos de abandono que se contemplan en el artículo 119, el de unidad o destino y el de residencia, entiende que para que concurra el delito es necesaria la obligación, en el primero de los tipos, de acudir a la Unidad o destino, y en el segundo, de permanecer en el lugar en que se tenga consignada la residencia.

Y ello, que parece obvio, resulta revelador, y en definitiva no significa sino que del cómputo de los días de ausencia habrá de excluirse los días en que la presencia en la unidad del militar no sea concretamente obligada o exigible conforme a las normas reguladoras del régimen general de las Unidades militares o del particular de la Unidad de destino del inculpado, o sea, los días inhábiles o de no servicio.

Y en concreto ha de aludirse a la exclusión con carácter general en ese cómputo de los días sábado, domingo y festivos, pues si hasta entonces se venían incluyendo tales días, de la línea jurisprudencial sentada en las citadas Resoluciones se desprende el criterio de que, si el militar evidentemente ha de concurrir a prestar el servicio ordinariamente los días hábiles, llegado el fin de semana, sábado y domingo, o el día festivo, cesa dicha obligación de acudir al destino o unidad, —no la obligación de continuar residiendo en el lugar en que tenga consignada su residencia al objeto de la necesaria disponibilidad—, salvo que específicamente se tengan nombrados servicios a cumplir en esos señalados días, de modo que en caso contrario, de no tener señalados servicios, el militar no queda obligado a acudir a la unidad, y si no es exigible su presencia en la unidad, la ausencia esos días de la unidad o destino no son, pues, computables al objeto de integrar el plazo establecido para la consumación del delito que estudiamos; o sea, como señala la Sentencia de 7 de octubre de 1.997, «*evidentemente no puede reprocharse penalmente la ausencia del militar de la sede de su Unidad o destino cuando por razón de festividad y estar libre de servicio no concurre in situ al lugar donde, en otro caso, el servicio debiera prestarse*».

Y, al igual que ocurría con el otro elemento, la ausencia, que señalábamos que no admite graduaciones en función de sus características concretas, el plazo tampoco las admite, y así, una vez transcurrido el plazo inicial de tres días, imprescindible para que la conducta tenga relevancia penal y no entidad disciplinaria, la duración máxima de la ausencia es indiferente a los efectos de la comisión del delito; podrá ser relevante asimismo, junto con las demás circunstancias concurrentes, en orden a la individualización de la pena, pero a partir del tercer día, tratándose de un delito formal, se consuma la infracción, y, revistiendo los caracteres de un delito permanente, se permanece en la posición antijurídica que la infracción supone hasta tanto se regulariza la situación.

VII. CULPABILIDAD

En el ámbito de la culpabilidad el delito de ausencia injustificada sólo requiere, dada su conformación objetiva, la concurrencia en la actuación típica del sujeto del dolo genérico consistente en el conocimiento de los elementos objetivos descritos y en la voluntad de realizar los hechos típicos, o sea, en el consciente incumplimiento del deber de presencia en un determinado lapso de tiempo, no necesitando para su realización, desde un punto de vista subjetivo, un especial *animus* o intencionalidad (17).

En este delito no es punible la culpa, pues ya el CPM, adelantándose en esta materia al Código Penal de 1.995, estableció en su artículo 20, tras un primer párrafo expresivo de que «*son delitos militares las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas en este Código*», un segundo párrafo en cuya virtud «*las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente así se disponga*». De suerte que aún cuando, al menos a título de hipótesis, resultaría posible la comisión de este delito de ausencia injustificada de forma culposa, posibilidad que, remota en el tipo propio de la ausencia, es sin embargo más probable en el tipo impropio, en cuanto la no reincorporación puede fácilmente responder a un comportamiento negligente del sujeto, al no estar expresamente recogida la posibilidad de su comisión culposa resultaría impune.

(17) A diferencia de lo que ocurre con el delito de desertión, que como hemos visto se configura como un delito eminentemente intencional, en el que se exige la concurrencia de un dolo directo en la actuación típica del sujeto integrado por el animo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares

VIII. CONCURSO DE DELITOS

El delito de que venimos tratando puede entrar en concurso principalmente con los delitos de abandono de servicio y contra los deberes del centinela, tipificados en los artículos 144 y 146, respectivamente, del Código Penal Militar, lo que sucederá cuando el sujeto que se ausenta de la unidad esté cumpliendo un servicio de armas o transmisiones, que, además, puede ser el servicio de centinela, supuestos de concurso que entendemos que hay que resolverlos con arreglo a la normativa relativa al concurso ideal delitos y contenida en el artículo 77 del Código Penal (18).

Por otra parte, en los últimos años se ha venido produciendo un destacado incremento en los supuestos de concurso entre la figura que analizamos y el delito militar de deslealtad, ya en la modalidad de proporcionar sobre asuntos del servicio información falsa, ya en la de excusarse de cumplir deberes militares produciéndose o simulando enfermedad o utilizando engaño, tipificadas, respectivamente, en los artículos 115 y 117 del Código Penal Militar, que castigan, el primero, al «*militar que sobre asuntos del servicio diere a sabiendas información falsa o expidiere certificado en sentido distinto al que le constare*», imponiéndose una pena inferior «*cuando en su información o certificado el militar, sin faltar sustancialmente a la verdad, la desnaturalizare, valiéndose de términos ambiguos, vagos o confusos, o la alterar mediante reticencias o inexactitudes*»; y el segundo, al «*militar que se excusare de cumplir deberes militares produciéndose o simulando alguna enfermedad o lesión, o empleando cualquier otro engaño*».

Se refieren estos supuestos de concurso a aquellas conductas protagonizadas por el militar que, bien hace entrega o remite a la Unidad un informe médico relativo a una supuesta enfermedad y que en realidad ha sido manipulado con la intención de que, en base a una supuesta enfermedad, se acuerde la concesión o prórroga de la baja por enfermedad, bien se excusa del deber militar que ha de cumplir, ya causándose, ya alegando simuladamente una enfermedad.

(18) Recordar aquí que el Derecho Penal Militar español, representado por el Código Penal Militar de 1.985, no es autónomo, sino que es un Derecho Penal de carácter especial, complementario del Derecho Penal común, como se desprende tanto del artículo 5 del Código Castrense, expresivo de que «*las disposiciones del Código penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código*», como del artículo 9 del Código común, según el cual «*las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas*».

Si normalmente no plantea mayor dificultad la punición de tales conductas como un concurso real de delitos de conformidad con lo preceptuado en el artículo 73 del Código común, en diversos supuestos, atendiendo a las particulares circunstancias concurrentes en los mismos, el Tribunal Supremo no lo ha entendido así, como en la reciente Sentencia de 25 de febrero de 2.002, expresiva de que *«la búsqueda mediante su conducta desleal de la coartada o excusa a través de los partes médicos se verifica —y este es el tipo del art. 117 CPM— para no cumplir sus deberes militares y en ese sentido, de hecho, se establece por el Tribunal a quo que «no se presentó en la Unidad y continuó en su domicilio, sin acudir a trabajar a la misma, después del día 23 de enero». Pues bien, el reproche penal a la deslealtad en alguna medida engloba, agota o incluye el efecto de dicho delito por lo que —al margen de no haberse aplicado las normas concursales— no parece evidente que deba haber lugar a otra tipificación delictiva...*

... aunque sin duda el Sargento M. actúa y permanece en su estancia domiciliaria, amparado por la falsa documentación remitida y la omisión del alta, su conducta no aparece como imbuida o caracterizada por la intención de quedar totalmente sustraído al control de la Unidad y al margen de la misma. Su falta de presentación o incorporación no es objeto o fin independiente de su actitud desleal, sino que está vinculada a la misma, por lo que, también desde este punto de vista, pensamos que no queda técnicamente delimitado de forma indubitada el dolo o intención imprescindible para la tipificación sin lugar a dudas del art. 119...

... De otra parte, y siguiendo el criterio precedente, la actuación desleal cometida por quien presenta partes médicos falsos, absorbe la consecuencia de no presentación en su destino, lo que permite eliminar el delito de abandono de destino en la imputación delictiva».

IX. ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES

Concluimos la presente exposición con una breve alusión a las especialidades procedimentales establecidas para el enjuiciamiento de los delitos de que venimos tratando.

La Ley Orgánica Procesal Militar, ya citada, regula como procedimiento ordinarios el Sumario y las Diligencias Previas, éstas con el carácter de procedimiento de prevención, en orden a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento penal aplicable, y como procedimiento especial, *«para cono-*

cer determinados delitos», las que denomina «*Diligencias Preparatorias*», a las que se dedica el Título I, artículos 384 a 396, del Libro III, que lleva la rúbrica de «*de los procedimientos especiales*».

Se trata de un procedimiento que pretender ser abreviado, a semejanza del regulado en los artículos 779 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la diferencia de que su ámbito en la norma rituaría castrense no se determina en función de la penalidad señalada a los delitos, sino en función del señalamiento o enumeración específica de determinados delitos a enjuiciar por sus trámites, delitos entre los que se encuentra el abandono de destino o residencia que venimos estudiando.

Es característica de este procedimiento la inexistencia de procesamiento, así como el acortamiento de los plazos, previniéndose en el artículo 387 que «*la tramitación de estos procedimientos y de los recursos ordinarios y extraordinarios que en ellos se interpongan tendrán carácter preferente. Todos los que intervengan en unos y otros procurarán abreviarlos mediante su ininterrumpida y rápida actividad procesal, con el fin de que en la tramitación y enjuiciamiento de los mismos no se emplee tiempo superior a dos meses, contados a partir de que el inculcado se encuentre a disposición de la Autoridad Judicial*», ajustándose por lo demás la tramitación, en lo no especificado concretamente en dicho Título, a las normas comunes de la Ley.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTONIO MILLAN GARRIDO, *El delito de deserción militar*, Editorial Bosch, 1983.
- JUAN MANUEL GARCIA LABAJO, *Delito de abandono des destino o residencia; Delito de deserción militar*, en Comentarios al Código Penal Militar, coordinados por Ramón Blecua Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante, págs. 1.471-1.504 y 1.505-1.548.
- JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA, «*Incitación, apología, auxilio y encubrimiento de los delitos de abandono de destino o residencia y deserción*», en Comentarios al Código Penal Militar, cit., págs. 1601-1605.
- JUAN-FELIPE HIGUERA GUIMERÁ, *Curso de Derecho Penal Militar Español*, Editorial Bosch, 1990.
- ANTONIO MILLAN GARRIDO, *La reforma de las infracciones contra el deber de presencia: los delitos de deserción y ausencia arbitraria*, Derecho Penal y Procesal Militar, Consejo General del Poder Judicial, 1.993

- JOSE LUIS MAIZ BARRERA. *El sujeto activo en los delitos contra el deber de presencia*, Derecho Penal y Procesal Militar, Consejo General del Poder Judicial, 1.993
- LUIS MIGUEZ MACHO, *La nueva regulación de los delitos militares de deserción y abandono de destino o residencia*. Revista Española de Derecho Militar, nº 64, Julio-Diciembre 1.994.
- ARTURO HERNANDEZ MUNTIEL y RAMON FERRER BARQUERO. *Manual Práctico de la Jurisdicción Militar*, Editorial Práctica de Derecho, S.L., 1.998.
- CARLOS MARIA ALAIZ VILLAFAFILA. *El procedimiento penal abreviado*, en Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares, Ministerio de Defensa, 2.001.

**APUNTE SOBRE ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS
EN MATERIA DE POTESTAD Y COMPETENCIA
DISCIPLINARIA**

Francisco Javier Gómez Docampo
Capitán Auditor

Jorge Arangüena Sande
Teniente Auditor
Asesoría Jurídica del Cuartel General
del Mando Regional Noroeste

I) INTRODUCCIÓN

Tienen por objeto las presentes líneas exponer cierta problemática observada en nuestro centro de trabajo a la hora de informar diversos expediente disciplinarios en materia de potestad y competencia disciplinaria. Concretamente la citada cuestión problemática reside en la discrepancia de opiniones que se mantienen por diferentes centros asesores a la hora de determinar quien es la Autoridad o Mando con potestad y competencia disciplinaria para sancionar al personal que carece de destino o para adoptar resoluciones sancionadoras de todo tipo respecto de dicho personal.

Esta discrepancia de opiniones observada en nuestro trabajo habitual nos ha llevado a tratar de examinar y estudiar cuál es la solución jurídicamente más correcta para determinar cuál es la Autoridad o Mando con competencia disciplinaria para adoptar resoluciones disciplinarias respecto del personal carente de destino y perteneciente a los Ejércitos, y plasmarla en un breve artículo o comentario, que evidentemente está basado en

nuestra propia experiencia y opinión y que por lo tanto seguramente puede ser objeto de numerosas críticas o puntualizaciones.

Por todo ello y antes de nada queremos dejar constancia de que simplemente se trata de nuestra opinión sobre el asunto, y respetamos por supuesto la opinión de otros compañeros nuestros que evidentemente discrepan de nuestro parecer y que mantienen posturas diferentes a las que aquí se expondrán, y a los que queremos agradecer por supuesto las atenciones prestadas y los comentarios y documentación aportada para la adecuada realización del presente trabajo.

Respecto de la estructura del presente artículo simplemente señalar que el mismo lo hemos dividido en tres partes fundamentales. En primer lugar hacemos referencia a un examen general sobre la competencia disciplinaria tal y como ha sido establecida por la vigente Ley Orgánica 8/98 de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en adelante LORDFAS), para pasar posteriormente a la problemática que se ha planteado sobre el personal carente de destino y la determinación de la Autoridad o Mando con competencia para sancionar a este personal. Finalmente nos referimos a la problemática que se planteará en el futuro (y que de hecho se está planteando ya) respecto de quién ostenta la competencia disciplinaria para sancionar al personal carente de destino una vez finalizada la reestructuración de nuestros Ejércitos, pasando de una organización con marcado carácter territorial, a otra de carácter funcional u operativo.

Por último indicar que las presentes líneas se basan fundamentalmente en nuestra experiencia en el Ejército de Tierra, por lo que las mismas irán referidas en general a este Ejército, sin perjuicio que muchas de las consideraciones que se efectúan son extrapolables tanto a la Armada como al Ejército del Aire, aunque evidentemente por razones obvias del destino que ocupamos desconocemos exactamente cómo funcionan o se organizan.

II) CUESTIONES GENERALES SOBRE LA COMPETENCIA DISCIPLINARIA

La vigente LORDFAS regula los Mandos y Autoridades con facultades o potestad disciplinaria de manera específica en los arts 5 y 27 (que en parte se deben completar con los arts 29 a 43 de dicho texto legal). Sólo estos mandos y autoridades, y en cada uno de los casos previstos en los citados preceptos, tienen esa potestad disciplinaria.

Ahora bien, esos mandos y autoridades tienen esas facultades en un sentido genérico, y de lo que se trata es de determinar ante un caso concreto quien es el mando o autoridad que puede imponer una sanción, es decir, a cual/es de todos ellos se atribuye la competencia para en un caso concreto imponer una sanción.

Para ello la LORDFAS atiende a diversos criterios para determinar en el caso concreto cual es la autoridad con *competencia* para sancionar la infracción que se haya podido cometer. Podemos decir que con *carácter general* los criterios a los que atiende la LORDFAS para atribuir la competencia disciplinaria a las Autoridades o Mandos con potestad disciplinaria son 3: el objetivo (constituido por el encuadramiento orgánico y la entidad del correctivo), el subjetivo (el empleo o categoría militar tanto de la autoridad o mando sancionador, como del presunto infractor), y el temporal.

Sucintamente podemos hacer referencia a ellos a continuación:

— **Los criterios objetivos son el encuadramiento orgánico y la entidad del correctivo.**

A) El *encuadramiento orgánico*: este es el criterio fundamental establecido por la LORDFAS para atribuir la competencia disciplinaria a determinados Mandos o Autoridades con potestad disciplinaria.

Efectivamente el art 5 de la LO 8/98 de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las FAS establece que la facultad de sancionar por vía disciplinaria en las FAS se atribuye a las Autoridades y Mandos relacionadas en dicho precepto en relación con lo dispuesto en los arts 27 y ss del mismo texto legal, *a los que por su función o cargo corresponda* (1), según lo regulado en la propia LORDFAS.

(1) Como tiene señalado el TS, entre otras en sentencia de 28-5-02 «no es el elemento subjetivo del empleo o categoría militar lo que determina la atribución de la potestad sancionadora sino, antes bien, el desempeño del Mando o Jefatura.

Con reiterada virtualidad tiene declarado esta Sala (SS. 14-1-1991, 15-4-1991, 1-3-1992, 25-1-1999 y recientemente en las de 11-2-2002 y 22-5-2002), que la potestad sancionadora constituye un instrumento puesto por la Ley al servicio del ejercicio de funciones de Mando y Jefatura de Unidades, Centros, Dependencias etc. de manera que la dicha potestad no encuentra su fundamento en las relaciones de jerarquía y subordinación dentro del ámbito castrense, sino que tiene carácter funcional. Por lo que es posible que un Oficial General carezca de estas facultades, y en cambio las tenga reconocidas un Suboficial de la Guardia Civil que desempeña la Comandancia de un Puesto o Unidad similar. Por ello las Autoridades, Oficiales y Suboficiales de la Guardia Civil relacionados en el art. 19 LO 11/1991, a quienes se reconoce competencia para sancionar, tienen el común denominador de ejercer Mando o Jefatura».

Este criterio es igualmente aplicable tanto para el ámbito de las FAS como de la Guardia Civil.

Asimismo, los supracitados preceptos establecen, como regla general, que la potestad disciplinaria se ejerce por la citadas Autoridades o Mandos respecto del personal militar que se encuentre «a sus órdenes». Este último concepto ha sido invariablemente entendido por la jurisprudencia, ya desde la STS de 14 de enero de 1991 (criterio que se mantiene incluso en la actualidad, y así, entre otras SSTS 6-5-97, 25-1-99, 28-5-02, 16-7-02 (2), 20-10-03), como que se requiere que el infractor se encuentre encuadrado en la UCO en la que la Autoridad o Mando Sancionador ejerce el mando, es decir, destinado en una UCO que dependa orgánicamente de la Autoridad Sancionadora, criterio que asimismo es el que se sigue en la vigente LORDFAS, como ha expresado la propia exposición de motivos de la misma (3).

De esta manera, la potestad que aparece genéricamente atribuida a ciertas autoridades o mandos, se concreta y actualiza, como competencia, como medida de esa potestad, entre otros criterios (ej, cargo o mando que se ejerce, tipo o entidad de la UCO, entidad del correctivo, empleo del infractor, empleo del mando sancionador, tipo de infracción, etc), en virtud del encuadramiento orgánico del sancionado en la UCO que dirige el mando o autoridad sancionadora.

La nueva LORDFAS ha reforzado, pues, el carácter organicista que aparecía en la anterior LORDFAS de 1985, atribuyendo con carácter general la competencia para sancionar a aquellos mandos o autoridades que

(2) Claramente y de forma concisa así lo ha señalado la sala 5ª del TS en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia de 16 de julio de 2002 al señalar que «... la potestad sancionadora se determina no por estar a las órdenes sino por estar encuadrado en la Unidad, Organismo o Centro en el que aquél ejerce el mando».

(3) «La potestad disciplinaria descansa fundamentalmente en el mando militar que se ejerce y habilita para sancionar al personal que se encuentra directamente subordinado. Sustituir o combinar este criterio de atribución de potestad con otros, como el de la territorialidad o el funcional, no conduce a resultados satisfactorios, y no justifica los riesgos de la alteración de unos hábitos sancionadores ya adquiridos, una vez superadas las iniciales dificultades de adaptación al nuevo sistema sancionador» (Exposición de Motivos de la LO 8/98 de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las FAS).

La referencia al encuadramiento orgánico del infractor es patente ej en los arts 30 y 31 LORDFAS al hablar de «...que estén destinados en Unidades que dependan orgánicamente de los mismos», o en el art 42 respecto del personal del Cuerpo Militar de Intervención que ejerza funciones interventoras que sólo puede ser sancionado por los Jefes de su propio Cuerpo «de los que dependan orgánicamente», mientras que en los arts 27 y 32 a 36, 39 y 40 párrafo segundo se hace referencia a «...personal a sus órdenes», denominaciones que no obstante deben ser entendidas en el mismo sentido de encuadramiento orgánico en la UCO en la que la Autoridad o Mando con potestad disciplinaria ejerce el Mando, Dirección o Jefatura.

desempeñan la Jefatura o Dirección de la UCO de destino del infractor o, en otro sentido, que ejercen el mando en la cadena orgánica de las unidades de los Ejércitos.

Para determinar cuándo se está orgánicamente dependiente de una autoridad disciplinaria, es decir, a sus órdenes, hay que atender a la organización administrativa del Ejército de Tierra, de la Armada o del Ejército del Aire, así como, en su caso, del Ministerio de Defensa, a través de las normas que regulan su organización, así como a las resoluciones que establecen el destino de los interesados (en especial a través de su publicación en el BOD, y en su caso entre las diferentes unidades que integran la unidad superior, ej, el personal destinado en la 1ª Compañía del 2º Batallón del Regimiento X).

B) La *entidad del correctivo*, puesto que hay que estar a lo dispuesto en los arts 28 y siguientes para determinar qué tipo de sanciones, y en su caso en qué extensión, puede imponer cada mando o autoridad disciplinaria. Aún dentro del tipo de sanciones la concreta extensión debe realizarse en atención al principio de proporcionalidad con los hechos, individualizándose en atención a las circunstancias que concurran en los autores y las que afecten o puedan afectar al interés del servicio (art 6 LORDFAS).

— **Los criterios subjetivos** vienen determinados:

A) *En atención al empleo o la categoría militar tanto de la autoridad o mando sancionador*, en cuanto que en algunos casos se requiere, además de ejercer el cargo de Jefatura o Dirección de una UCO, ostentar determinado empleo para imponer ciertas sanciones. Ejemplo de este supuesto es el de los Jefes de Pelotón o Unidad similar, que necesariamente tienen que tener la categoría de suboficial ex. art 36 LORDFAS.

Igualmente resulta paradigmático el caso de los Mandos y Autoridades a que se refieren los arts 27.3 y 30 LORDFAS al señalar que tienen potestad disciplinaria, y competencia dentro de los límites señalados por la Ley, los Oficiales Generales y Almirantes, *de empleo General de División o Vicealmirante o superior*, Jefes de la Fuerza y del Apoyo a la Fuerza directamente dependientes de los respectivos Jefes de Estado Mayor y los Comandantes en Jefe de los Mandos Operativos que, *con los mismos empleos*, estén subordinados directamente al Jefe del Estado Mayor de la Defensa.

En consecuencia caso de no ostentar los citados empleos (General de División o Vicealmirante o superior), podrán tener, en su caso, potestad disciplinaria y competencia disciplinaria por falta leve, pero no la competencia disciplinaria establecida en los arts 27.3 y 30 LORDFAS, y carecerían

por tanto de competencia disciplinaria para incoar procedimientos por falta grave y sancionar por falta grave al personal a sus órdenes (art 51.1 LORDFAS en relación con los citados arts 27.3 y 30 de dicho texto legal) (4).

B) *Como del presunto infractor*, pues en algunos casos en atención a su empleo sólo pueden ser sancionados por ciertas autoridades o mandos (ej si en una misma Sección o Unidad similar existen dos oficiales, el que ejerza el mando no puede sancionar al otro, pues el art 35 LORDFAS le atribuye la potestad y competencia disciplinaria sólo respecto de subofi-

(4) Una cuestión que se puede plantear es la de si los que interina o accidentalmente sustituyen a dichos mandos o autoridades pueden incoar procedimientos por falta grave y sancionar por falta grave al personal a sus órdenes, cuando carecen de los empleos señalados por la LORDFAS para los Mandos titulares de la potestad y competencia disciplinaria.

La sala 5ª del TS reconoce con carácter general competencia disciplinaria a los mandos accidentales e interinos en los mismos términos y condiciones que al Mando titular, y así sentencias de 19-5-97, 25-6-01 y parece que en la de 28-5-02.

En concreto en el ámbito de la Guardia Civil parece haber reconocido expresamente que incluso Oficiales que carecen del empleo de General puedan incoar y en su caso sancionar por falta grave al personal a sus órdenes cuando ejercen con carácter interino o accidental las competencias de los Mandos o Autoridades con competencia disciplinaria por falta grave, que en principio están reservadas a los Oficiales Generales con mando o jefatura en la Guardia Civil, como es el caso de los Generales Jefes de las Zonas de la Guardia Civil (arts 19.2 y 22 de la LO 11/91 de 17 de junio de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil), como es el caso examinado incidentalmente en la STS 28-5-02 en la que realmente se dilucida una cuestión de cuál es el órgano judicial de la Jurisdicción Militar competente para conocer del recurso contencioso interpuesto contra la resolución sancionadora impuesta por un coronel de la guardia civil que accidentalmente ejercía el mando de una Zona de la Guardia Civil, pero de los argumentos de la Sala 5ª parece deducirse que reconocen efectivamente la competencia disciplinaria por falta grave de dicho oficial que accidentalmente ejercía como Jefe de una Zona de la Guardia Civil.

Ciertamente los arts 19.2 y 22 de la LORDGC señalan que la competencia disciplinaria por falta grave está atribuida, entre otros, a los *Oficiales Generales* con mando sobre Unidad, Organismo, Centro o demarcación territorial de la Guardia Civil, pero no es menos cierto que el art 30 de dicha Ley Disciplinaria expresamente señala que los Mandos Interinos o Accidentales tendrán las mismas competencias sancionadoras que los titulares a los que sustituyeran.

Sin embargo en la Ley Disciplinaria de las FAS no existe ningún precepto como el citado art 30 de la LORDGC que expresamente atribuya competencia disciplinaria a los mandos interinos o accidentales, aunque ello no es óbice para reconocer que éstos tendrán asimismo potestad y competencia disciplinaria cuando ejerzan el cargo o función al que se atribuye con carácter general potestad y competencia disciplinaria, y ello porque la propia LORDFAS atribuye con carácter general dichas facultades y competencias en función del cargo o función que se ejerce, y no por el empleo que se ostenta, tal y como a su vez ha señalado reiteradamente el TS (así entre otras las ya citadas STS 19-5-97, 28-5-02), y así resultaría de las reglas de sucesión de mando (con carácter interino o accidental) establecidas en los arts 81 RROOFAS y las Ordenanzas Particulares de cada Ejército y las normas e instrucciones específicas existentes al efecto, que atribuyen al mando interino o accidental las mismas facultades y atribuciones que al mando titular (con ciertas limitaciones para el mando accidental), entre las cuales se encontrarían asimismo las disciplinarias.

ciales y la tropa y marinería. En este caso debería elevar el parte correspondiente ante el mando o autoridad con competencia).

— **El criterio temporal:** este criterio sirve para determinar o establecer en qué momento deben producirse los criterios objetivos y subjetivos para atribuir la competencia disciplinaria a una (o unas) concretas Autoridades y Mandos con potestad disciplinaria con exclusión de las demás.

Este criterio temporal no aparece expresamente mencionado en la LORDFAS, que no hace referencia al momento al que debe atenderse para atribuir la competencia disciplinaria. Sin embargo sobre él se ha pronun-

No obstante lo que se acaba de indicar lo cierto es que si es la propia Ley Disciplinaria la que exige en ciertos casos el ostentar un determinado empleo para reconocer cierta competencia disciplinaria, iguales requisitos deberían exigirse al mando interino o accidental. En definitiva, si la Ley Disciplinaria de las FAS exige en ciertos casos al Mando o Autoridad titular de la competencia disciplinaria, el cumplimiento de ciertos requisitos o características, como es el ostentar un determinado empleo, lo lógico es exigir iguales requisitos a quienes le sustituyen con carácter interino o accidental, pues no en vano es la propia Ley Disciplinaria la que exige no sólo ostentar un determinado cargo o función, sino que en ocasiones también atiende al carácter jerárquico del empleo para reconocer la competencia disciplinaria a ciertos Mandos o Autoridades que ejercen la Jefatura o Dirección de una UCO. Por ello pensamos que si el que ejerce el Mando con carácter Interino o Accidental no ostenta el mismo empleo que en ocasiones la Ley Disciplinaria exige al Mando Titular de la competencia disciplinaria, aquél carecerá de la competencia disciplinaria propia de éste, y ostentará la potestad y competencia que, en su caso, le corresponda por su propio cargo o función y su empleo, y en su caso una competencia inferior a la que pudiera tener el Mando titular conforme el escalonamiento del art 27 LORDFAS. Esto implicaría que ej si quienes suceden con carácter interino o accidental al frente de una Región o Zona militar carecen del empleo de General de División o superior carecerán de la competencia disciplinaria por falta grave exigida por la LORDFAS para sancionar faltas graves o para iniciar los procedimientos tendentes a su depuración. Ciertamente sabemos que la cuestión es harto discutible y que este criterio desapodera en cierta medida al mando accidental o interino de las facultades y responsabilidades que asume al ejercer dicho mando o cargo con carácter interino o accidental, pero entendemos que ello viene legalmente impuesto por la Ley Disciplinaria cuando es esta misma la que exige en ocasiones ostentar un determinado empleo, además de ejercer un determinado cargo o función.

Conviene destacar que en un sentido similar al que aquí se propugna se pronunciaba respecto del régimen disciplinario de la Guardia Civil, y a pesar de lo establecido para mandos interinos y accidentales en el 30 LORDGC, Jorge García San Pedro en el comentario al art 30 de la obra conjunta «Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil» VVAA, Ministerio del Interior (Secretaría General Técnica), Madrid, 1993, pp 599-600, si bien este comentario es anterior a la ya citada STS 5ª de 28-5-02 que parece admitir la legalidad de la sanción por falta grave impuesta por un Coronel que accidentalmente ejercía el Mando de una de las Zonas de la Guardia Civil, cuando en principio dicha facultad está limitada a Oficiales Generales.

En igual sentido que el aquí propuesto, José Luis Doménech Omedas en el comentario al art 27 de la obra conjunta «Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas» VVAA, Ministerio de Defensa (Secretaría General Técnica), Madrid, 2000, pp 783-785, y en esta misma obra Ricardo Fortún Esquifino en el comentario al art 61, pg 979, si bien también ambos comentarios son anteriores a la citada STS 5ª 28-5-02.

ciado ya la sala 5ª del TS, entre otras en sentencias de 5 de febrero de 1996 (5) y 19 de mayo de 1997, que ha señalado que las circunstancias mencionadas anteriormente (es decir, los requisitos objetivos y subjetivos) tienen que ser coetáneas al momento de imponer la sanción. En definitiva, dichos requisitos tienen que cumplirse en el momento de que se dicte la resolución sancionadora, y no atendiendo al momento en que se comete la infracción, de forma que la competencia disciplinaria se atribuye (junto a los otros criterios ya citados) al Mando o Autoridad que tenga al presunto infractor a sus órdenes, por encontrarse encuadrado orgánicamente en una Unidad bajo su mando, en el momento en que se dicte la correspondiente resolución sancionadora.

Por ello es indiferente el destino que pudiera tener el infractor en el momento de comisión de la falta disciplinaria, pues dicha circunstancia en ningún caso sirve para atribuir la competencia, sino que debe atenderse en exclusiva al momento en que se va a dictar la resolución sancionadora para verificar si el Mando o Autoridad reúne los requisitos que la LORDFAS establece para otorgarle competencia disciplinaria.

Hemos dicho que los criterios anteriormente citados son los criterios o reglas generales que la LORDFAS ha establecido para atribuir competencia disciplinaria a ciertos Mandos y Autoridades, pero no es menos cierto

(5) «La facultad de sancionar es un desarrollo de la potestad sancionadora, teniendo una concreción personal o subjetiva. En la legislación anterior (Código de Justicia Militar de 1945), tal facultad se establecía en base al empleo militar del sancionador — criterio jerárquico—, mientras que en las vigentes Leyes Disciplinarias, tanto de las Fuerzas Armadas, como de la Guardia Civil, esa facultad tiene como base la función o cargo que ejerce el superior que sanciona, y que por contraposición al jerárquico, se ha venido denominando criterio funcional u operativo, es decir que se tiene facultad sancionadora no por el empleo que se ostenta, sino por el cargo o mando que se ejerce. La concreción personal de esa facultad, a que antes aludíamos, la efectúan tanto la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (artículos 19 a 32) como la de la Guardia Civil (artículo 19 a 30), atribuyendo la competencia a los que ejercen cargo o función determinada y respecto al personal, que según las categorías, se halle a él subordinado, es decir, directamente ligada al ejercicio del mando. Por eso cuando en los artículos 23 a 28 se establece la competencia sancionadora de los diversos mandos, se puntualiza que esa competencia es sobre el personal que «esté a sus órdenes», hablando siempre en tiempo presente, que ha de entenderse referido al momento de ejercitar la facultad sancionadora, o sea de imponer la sanción. De ahí la necesidad de dictar normas especiales (artículo 29 de cada una de las Leyes Disciplinarias antes citadas), para aquellos que se encuentren en situaciones de actividad o de reserva en que no se ocupe destino. **En resumen cabe decir, que unida al mando la potestad disciplinaria, el presupuesto de la misma (competencia sancionadora) y la consecuencia (imposición de la sanción) han de ser coetáneas.** Como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, la facultad sancionadora radica en el carácter de mando directo sobre el infractor que ha de estar a las órdenes del sancionador en el momento de imponérsele la sanción. (STS 5ª 5-2-96 FD 3º párrafo segundo).

que la propia LORDFAS ha establecido otros criterios o reglas, que podemos denominar *especiales*, para atribuir en ciertos casos la competencia disciplinaria a ciertos Mandos o Autoridades sin seguir las citadas reglas generales, bien porque éstas no resultan aplicables, o porque otras razones aconsejan cambiar los criterios de distribución competencial (6).

Pues bien, una de esas reglas especiales establecidas por la LORDFAS resulta de aplicación en el caso de personal militar sujeto al régimen disciplinario militar que no ocupa destino, supuesto en el que, evidentemente, el criterio general de la LORDFAS de atribuir la competencia en atención al encuadramiento orgánico del infractor en una concreta UCO no resulta de aplicación, precisamente porque al carecer de Unidad de destino no existe un encuadramiento orgánico, y tan sólo existe una dependencia o adscripción administrativa a cierta Unidad. Sobre este personal carente de destino se ha producido cierta problemática en cuanto a la determinación de la Autoridad o Mando con competencia disciplinaria, al menos en el ámbito del ET, según nuestra experiencia en el Mando Regional Noroeste, y a la que dedicamos las siguientes líneas.

III) PROBLEMÁTICA SUSCITADA EN RELACIÓN CON EL PERSONAL QUE NO OCUPA DESTINO

Como acabamos de decir se ha suscitado cierta problemática en el ámbito del ET, para la determinación de la Autoridad con competencia disciplinaria en los casos de personal que no ocupa destino, y más concretamente con el que en el ET se encuentra en servicio activo sin ocupar destino a disposición del Mando de Personal del ET en la Jefatura de Servicios Territoriales que corresponda.

Esto requiere una breve explicación:

En el ET, al menos de momento y en tanto en cuanto no se acabe de producir la implantación definitiva de la nueva estructura funcional, se sigue manteniendo una cierta organización territorial con las clásicas Regiones Militares y Zonas Militares y los correspondientes Mandos Regionales y Comandancias Militares. Estos Mandos Regionales cuentan en su organización con una Jefatura de Servicios Territoriales, que son las

(6) La propia Exposición de Motivos de la Ley Disciplinaria así lo señala indicando que «*El criterio general viene matizado por un conjunto de reglas especiales destinadas a dar respuesta a determinadas situaciones que, por razón de la persona, del lugar o de la función demandan un tratamiento singularizado*» (antepenúltimo párrafo de la citada Exposición de Motivos).

responsables de la dirección, gestión y prestación de servicios que siendo responsabilidad del ET, precisa su personal y las UCO,s del ET en razón de su despliegue en una determinada localidad del territorio nacional, teniendo estas Jefaturas diversos órganos desplegados en demarcaciones de carácter provincial.

Cuando el personal del ET se encuentra en servicio activo y carece de destino, bien sea porque cesó en el anterior o porque proviene de otra situación administrativa (art 139.2 de la Ley 17/99) se publica en el BOD dicha circunstancia señalándose que «*queda a disposición del MAPER en la JST...*» que corresponda, y la localidad en la que radica dicha JST (que como hemos dicho tiene una distribución provincial). Esto es especialmente habitual en el caso de militares profesionales a los que se les ha incoado un expediente de insuficiencia de condiciones psicofísicas que ha motivado su cese en el destino en aplicación del art 157 apartados 2 ó 3 de la Ley 17/99.

Tras esta breve explicación pasamos a exponer la problemática que se ha suscitado. En esta Región Militar Noroeste nos hemos encontrado con que ciertas Autoridades y Mandos con potestad disciplinaria que en su día acordaron incoar procedimientos disciplinarios por falta grave contra militares profesionales que se encontraban destinados en UCO,s encuadradas orgánicamente bajo su mando, una vez que los mismos han cesado en el destino y han quedado a disposición del MAPER del ET *en la JST Noroeste* (es decir, en la JST dependiente del Mando Regional Noroeste) fijando además una concreta localidad en la que existe alguno de los órganos o UCO,s de dicha JST Noroeste, han acordado inhibirse a favor del Excmo. Sr. General Jefe del Mando Regional y de la Región Militar Noroeste en la que se encuentra la JST a la que se ha adscrito al militar que cesó en su destino, estimando que dicho General Jefe era el competente en virtud del «*encuadramiento*» o «*adscripción*» del presunto infractor a dicha JST Noroeste, y de conformidad con lo previsto a tal efecto en los arts 27.3 y 30 LORDFAS que atribuyen competencia disciplinaria a los Generales Jefes de Región Militar y Mando Regional respecto del personal «*a sus órdenes*». En definitiva, que dichos Mandos se inhiben a favor de otra autoridad considerando que la *adscripción* del mencionado personal carente de destino a favor de una determinada JST atribuiría competencia disciplinaria al General Jefe del Mando Regional y de la Región Militar a la que dicha JST pertenece, por considerar que hay en ese caso una cierta «*dependencia orgánica*».

Pues bien, a juicio de quienes suscriben ese criterio no puede ser compartido, principalmente por tres razones:

1º) El personal que cesó en su destino y se encuentra a disposición del MAPER, carece de destino (hasta que en su caso se le asigne otro), y por tanto no puede atenderse al encuadramiento orgánico del mismo en una determinada UCO, precisamente porque dicho encuadramiento orgánico no existe por carecer de destino.

2º) Si bien se dice que el citado personal queda a disposición del MAPER en la JST, ello supone que únicamente a efectos administrativos y burocráticos, de relación del citado personal con las FAS, es dicha JST la que se encargará del «papeleo», trámites y documentación del interesado, es decir, una mera adscripción administrativa, pero sin que exista encuadramiento orgánico, el cual evidentemente no puede existir si ese personal carece de destino.

3º) Siempre que alguien carece de destino se le adscribe a efectos administrativos a alguna UCO, pero es evidente que dicha adscripción administrativa no es un encuadramiento orgánico en la UCO a la que se adscribe, pues de lo contrario se le destinaría a esa unidad, ni en consecuencia sirve para atribuir competencia al Jefe de dicha unidad, puesto que en ningún caso se considera que el interesado esté «a sus órdenes», en el sentido anteriormente citado. Que la propia LORDFAS así lo entiende resulta, entre otros del art 37 LORDFAS al que a continuación nos referiremos.

¿Quiénes tienen pues competencia disciplinaria respecto del personal que carece de destino? Pues bien, a nuestro juicio aquí resulta necesario atender a uno de los criterios especiales que ha señalado la LORDFAS para atribuir la competencia disciplinaria, cual es el que podemos denominar de la «territorialidad».

En los casos en que el personal sometido al régimen disciplinario no ocupa ningún destino no resulta de aplicación la regla general establecida por la LORDFAS de atribuir la competencia disciplinaria a aquél Mando o Autoridad de entre los relacionados en la propia Ley, del que dependa orgánicamente la UCO en la que se encuentre encuadrado orgánicamente el interesado. Es decir, la LORDFAS sigue, como regla general, el criterio de adscripción orgánico-administrativa para atribuir competencia disciplinaria, como ya se expuso anteriormente, pero regula igualmente otros criterios atribuidores de la competencia, entre los cuales se encuentran aquellos supuestos en que el encartado no ocupa destino.

Es decir, la propia LORDFAS ha establecido otras normas, que podemos denominar especiales, para la atribución de la competencia disciplinaria en determinados casos. Uno de ellos es aquél en que el (presunto) infractor no ocupa destino, en el que evidentemente resulta inaplicable el

criterio de la adscripción orgánica, y así el art 37 LORDFAS establece que *«las faltas disciplinarias cometidas por los militares que no ocupen destino serán sancionadas por los Jefes de Región o Zona Militar (en el caso del ET), Zona Marítima, Región o Mando Aéreo o el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina en cuyas demarcaciones se cometió la falta o, en su caso, por el Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo y el Subsecretario de Defensa. Igualmente dicha competencia podrá ser ejercida por el Ministro de Defensa»*.

A la vista de este precepto no cabe duda de que el criterio al que se debe atender para determinar la Autoridad o Mando con competencia disciplinaria respecto del infractor que carece de destino y se encuentra en servicio activo, es el del lugar en el que se cometió la infracción disciplinaria que se pretende castigar, en definitiva atender a la regla de una competencia disciplinaria de carácter territorial a favor del Mando o Autoridad en cuya demarcación territorial se cometió la infracción, considerando como demarcación territorial, en el ámbito del ET (7), las Regiones y Zonas Militares establecidas en las normas de organización del Ejército, y considerando que los Generales Jefes de Región o Zona Militar (además del GEJEME y el Ministro de Defensa) son los que deben sancionar dichas infracciones (8).

(7) Igual sucede para la Armada, al considerar como demarcación «territorial», las demarcaciones marítimas establecidas en la normativa, que diferenciaban distintas Zonas Marítimas. Otro tanto sucede en el Ejército del Aire, en el que esa demarcación «territorial» se establecía conforme a las demarcaciones aéreas establecidas en Regiones Aéreas y Mandos Aéreos.

(8) Decimos que la competencia disciplinaria recae sobre los citados Generales Jefes de Región o Zona Militar en cuya demarcación territorial se cometió la falta pero sólo respecto del personal que se encuentre en situación de servicio activo sin ocupar destino, porque la cuestión es más problemática respecto de si ostentan competencia para sancionar disciplinariamente al personal que estando en otra situación administrativa y sometido al régimen disciplinario militar comete alguna infracción disciplinaria. En este caso la competencia para sancionar a este personal (ej en reserva sin destino o en excedencia voluntaria por el cuidado de hijos etc) recae sin ninguna duda en el Jefe del Estado Mayor del Ejército al que corresponda, o al Subsecretario de Defensa en el caso de personal de los Cuerpos Comunes de las FAS, y en todo caso al Ministro de Defensa, pero es más discutible si también la ostentan los Jefes de Región o Zona Militar.

El art 29 de la LO 12/85 de 27 de noviembre atribuía competencia disciplinaria a, entre otros, los Jefes de Región o Zona Militar para sancionar las faltas disciplinarias cometidas por oficiales y suboficiales *que se encuentren en situaciones militares de actividad o reserva en que no se ocupe destino*. Fuera por tanto de esas situaciones administrativas de actividad o reserva en las que no se ocupaba destino la competencia residía en otros mandos, como los Jefes de los Estados Mayores de los Ejércitos y el Ministro de Defensa (caso paradigmático de ejercicio de la competencia disciplinaria respecto del personal en otras situaciones administrativas distintas en que a pesar de ello estaban sometidos al régimen disci-

Por ello ciertos acuerdos de inhibición de procedimientos disciplinarios a favor del Excmo. Sr. General Jefe de esta RM Noroeste fueron asumidos por dicha Autoridad, pero no en aplicación de los arts 27.3 y 30 LORDFAS, sino en aplicación del art 37 LORDFAS porque la infracción que se pretendía sancionar había sido cometida en la demarcación territorial de esta RM Noroeste, y es por ello que en ciertas ocasiones no se ha asumido la competencia para continuar la tramitación del procedimiento disciplinario o para sancionar porque a pesar de que el infractor estaba a disposición del MAPER adscrito a la JST de esta RM Noroeste la infracción no se había cometido en esta RM Noroeste, y dado que el mismo

plinario militar son las distintas sanciones disciplinarias impuestas por el Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire a oficiales que encontrándose en la situación de excedencia voluntaria para el cuidado de hijo trabajaban como pilotos para diversas compañías aéreas sin haber obtenido la correspondiente compatibilidad y vulnerando con ello la normativa de incompatibilidades, habiendo confirmado el TS la competencia de dicho Jefe de Estado Mayor para sancionar a dicho personal entre otras en sentencias 21-5-02, 5-6-02, 20-9-02).

Ciertamente el art 37 de la vigente LORDFAS de 1998 no circunscribe la competencia disciplinaria de los Jefes de Región o Zona Militar para castigar las infracciones disciplinarias cometidas por quienes carecen de destino únicamente a los que se encuentren en servicio activo, puesto que no hace mención alguna a la situación administrativa en la que dicho personal se debe encontrar, pero quizá sea más lógico pensar que la competencia disciplinaria debe seguir residenciándose en los Jefes de los Estados Mayores de los Ejércitos (y ahora en el Subsecretario de Defensa) y en el Ministro de Defensa para sancionar las faltas cometidas por quienes estando sometidos al régimen disciplinario militar se encuentran en situaciones administrativas distintas a la de servicio activo (o suspenso de empleo o suspenso de funciones), siguiendo un poco la misma línea que estableció en su momento la ya citada LO 12/85, argumento al que podrían coadyuvar los argumentos esgrimidos por el TS en las sentencias supracitadas para indicar porqué la competencia reside en dichas Autoridades, y porque el art 37 expresamente hace referencia a «o, en su caso, por el Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo y el Subsecretario de Defensa», lo que podría dar lugar a entender a que dependerá de la situación administrativa del presunto infractor el determinar quien tiene competencia disciplinaria (aunque también es cierto que dicha mención puede hacerse en atención a lo establecido en los arts 27 a 30 LORDFAS y los límites máximos de la competencia disciplinaria de cada una de dichas Autoridades o Mandos en función de la entidad del correctivo que pueden imponer), todo ello teniendo en cuenta que la anterior mención de la LORDFAS de 1985 a las *situaciones de actividad o reserva* no se correspondía propiamente con las distintas situaciones administrativas a que se refirió posteriormente la Ley 17/89 ni la actual Ley 17/99, y en las cuales se estaba sometido al régimen disciplinario militar, puesto que dichas normas de régimen del personal militar diferencian distintas situaciones administrativas entre las que se encuentran, entre otras, las de servicio activo y reserva. En definitiva la referencia a dichas situaciones contenida en la LORDFAS de 1985 se hacía en correspondencia con lo señalado en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/78 de 28 de diciembre), cuyo art 210 señala que el militar de carrera tiene como situaciones básicas las de actividad o reserva, pero sin hacer una regulación detallada, específica y concreta de los distintos tipos de situaciones administrativas en que se pueden encontrar los militares profesionales, y cuando no en todas ellas se está sometido al régimen disciplinario militar, las cuales han sido definidas y precisadas con posterioridad a la citada LORDFAS de 1985.

carecía de destino y no existía encuadramiento orgánico, ni había cometido la infracción en la demarcación de esta Región Militar Noroeste no existía ninguna norma que atribuyera competencia disciplinaria al General Jefe de esta Región, sino que la misma estaba atribuida a otro General Jefe de Región o Zona Militar (o en todo caso al GEJEME), remitiéndole en consecuencia las actuaciones.

En definitiva, que a día de hoy los Generales Jefes de Región o Zona Militar son competentes para sancionar disciplinariamente al personal militar profesional que estando en servicio activo no ocupe destino y haya cometido una infracción disciplinaria en la demarcación territorial de su Región o Zona Militar, y en consecuencia debe ser a dicho Jefe de Región o Zona Militar al que se debe comunicar la comisión de la infracción para que inicie el correspondiente procedimiento, o para que adopte la resolución sancionadora correspondiente, debiendo destacarse que esta regla especial de la territorialidad es de aplicación tanto para sancionar la comisión de falta graves como leves (9).

En todo caso conviene asimismo destacar que este art 37 de la LORD-FAS de 1998 sigue para estos casos de personal carente de destino el mismo criterio de la territorialidad que ya estableció en su día la LORD-FAS de 1985 en su artículo 29, y ello permite, a nuestro juicio, a su vez entresacar dos notas fundamentales que deben ser tenidas en cuenta para lo que posteriormente expondremos:

1º) Que de entre todos los criterios posibles para atribuir la competencia respecto del personal carente de destino el legislador se ha inclinado claramente a favor del criterio de la territorialidad, atribuyendo la competencia disciplinaria (tanto por falta grave como por falta leve) a favor de determinados Mandos o Autoridades que ejercen sus funciones en una determinada demarcación territorial, es decir, sobre un espacio geográfico delimitado, constituido por las Regiones y Zonas Militares tal y como aparecen determinadas y configuradas en las normas de organización del Ejército, hasta ahora de marcado carácter territorial (10).

(9) Esta circunstancia resulta especialmente significativa para el caso de comisión de infracciones leves, puesto que respecto del personal del ET que carece de destino sólo (además del GEJEME y el Ministro de Defensa) los Jefes de Región o Zona Militar de la Región o Zona militar en la que se cometió la infracción son los competentes para sancionarla, con lo cual se produce la paradoja de que en ciertos casos ante infracciones mínimas tiene que resolver un Jefe de Región o Zona Militar y además su recurso, en su caso, tiene que ser resuelto en principio por el GEJEME.

(10) Concretamente en el caso del personal del ET a favor de los Generales Jefes de Región o Zona Militar, que son los responsables del gobierno de las tropas en su demarcación territorial, y los responsables en consecuencia de la misma.

2º) Que a pesar de que este personal sin destino se encontraba ya a disposición del Mando de Personal del Ejército correspondiente, la Ley Disciplinaria no ha querido atribuir a este Mando de Personal de cada uno de los Ejércitos la competencia disciplinaria para sancionar por falta grave o leve, sino que ha preferido otorgar la competencia disciplinaria a favor de otros Mandos o Autoridades distintas de aquél (11).

IV) PERSPECTIVAS DE FUTURO Y PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN (12)

Actualmente, nuestras FAS están en pleno proceso de transformación de una estructura de carácter territorial (o al menos parcialmente territorial), a otra de carácter funcional u operativa, transformación que en principio ya está determinada y concretada para el Ejército del Aire y la Armada una vez que se han dictado y publicado las correspondientes Instrucciones de Organización y Funcionamiento en desarrollo y cumplimiento de lo que preveían el RD 912/2002 de 6 de septiembre, por el que se desarrolla la Estructura Básica de los Ejércitos, y la Orden/DEF/3537/2003 de 10 de diciembre por la que se desarrolla la Estructura Orgánica Básica de los Ejércitos.

En el Ejército de Tierra dicha reorganización se está todavía produciendo, previéndose que la misma tenga plena efectividad a partir del 30 de junio de 2005.

(11) Resulta curioso que, por el contrario, respecto del personal de los Cuerpos Comunes que carecen de destino dicha competencia se atribuye directamente al Subsecretario de Defensa, lo cual tiene explicación en que éste es el Jefe de Personal de los mismos, y que precisamente no pertenecen a ningún Ejército en concreto, y además no existe respecto de ellos ningún tipo de distribución u organización de carácter territorial, y aunque pudiera pensarse en atribuir dicha facultad a las Delegaciones de Defensa lo cierto es que los Jefes de las mismas no tienen competencias disciplinarias por faltas grave según resulta de los arts 27 y ss LORDFAS.

Debe señalarse que en el ámbito de la Guardia Civil la competencia para sancionar al personal que carece de destino y se encuentra sometido al régimen disciplinario de la Guardia Civil ha sido atribuida al Director General de la Guardia Civil y al Ministro de Defensa (art 29 LORDGC), sin que por tanto dicha competencia radique sobre los oficiales generales que ejerzan mando sobre demarcación territorial de la Guardia Civil, de forma que en esta norma disciplinaria no se ha seguido el criterio de la territorialidad.

(12) Este artículo está elaborado en octubre de 2004, por ello en general gran parte del contenido de este epígrafe, en lo relativo al Ejército de Tierra, está basado en las disposiciones de las que tenemos conocimiento a dicha fecha, sin que esté perfectamente definida y concretada la organización que en el futuro tendrá el ET, lo que impide asegurar con certeza si todos los Mandos o Autoridades a los que nos vamos a referir a continuación tendrán efectivamente potestad disciplinaria por falta grave, habiendo incluido como tales a los que a octubre de 2004 parece que efectivamente la tendrán.

Centrándonos en el ET, conviene destacar que con la nueva organización desaparecen las figuras de los Generales Jefes de Región o Zona Militar, precisamente por la transformación de una estructura territorial a otra de carácter operativo o funcional (13), desapareciendo las clásicas Regiones y Zonas Militares.

En principio esta nueva organización no tiene porqué afectar a la determinación de las Autoridades y Mandos con competencia disciplinaria por falta grave en atención al criterio orgánico, puesto que los arts 27.3 y 30 LORDFAS establecen que *los Oficiales Generales y Almirantes, de empleo General de División o Vicealmirante y superior, Jefes de la Fuerza y del Apoyo a la Fuerza directamente dependientes de los respectivos Jefes de Estado Mayor... podrán sancionar a los Oficiales Generales, Oficiales, Suboficiales y Tropa y Marinería que estén destinados en Unidades que dependan orgánicamente de los mismos, con reprensión, arresto de 1 a 30 días y arresto de un mes y un día a dos meses, no empleando denominación alguna para determinar qué Mandos o Autoridades ostentarán competencia disciplinaria por falta grave, exigiendo únicamente la concurrencia de 3 requisitos simultáneos: a) que dichos mandos o autoridades ostenten cuando menos un determinado empleo (General de División o Vicealmirante o superior); b) que sean Jefes de la Fuerza o del Apoyo a la Fuerza, c) que dependan directamente del Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo.*

Con base en estos arts 27.3 y 30 LORDFAS y en atención a la nueva estructura que al parecer existirá en el ET, consideramos que, de mantenerse esta misma organización y estructura sin ningún cambio significativo, tendrán competencia para iniciar procedimientos por la presunta comisión de faltas graves y en su caso sancionar las faltas graves (y desde luego leves) cometidas por los militares destinados en UCO,s orgánicamente dependientes de su Mando dentro de los límites que la LORDFAS les fija, los siguientes Mandos y Autoridades (salvo error u omisión):

(13) En la Armada actualmente han desaparecido los Almirantes Jefes de Zonas Marítimas y el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central que eran las Autoridades territoriales de la Armada a las que el art 37 LORDFAS atribuye competencia disciplinaria para sancionar al personal de la Armada que carece de destino, además de, por supuesto, el Almirante General Jefe del Estado Mayor de la Armada y el Ministro de Defensa. Igualmente en el Ejército del Aire ha desaparecido la organización territorial, desapareciendo las Regiones y Mandos Aéreos, tal y como estaban configurados hasta ahora, y por tanto los Jefes de los mismos, que era a quienes en el EA se atribuía competencia para sancionar al personal de dicho Ejército que no ocupaba destino conforme el art 37 citado, además del General del Aire Jefe del Estado Mayor del Aire y el Ministro de Defensa.

a) Dentro de la Fuerza:

- El Jefe de la Fuerza de Maniobra.
- El Jefe de la Fuerza Terrestre.
- El Jefe de la Fuerza Logística Operativa.
- El Jefe del Mando de Canarias.
- Los Comandantes Generales de Baleares, Ceuta y Melilla.

b) Dentro del Apoyo a la Fuerza (14):

- El Jefe del Mando de Personal del ET.
- El Jefe del Mando de Adiestramiento y Doctrina del ET.
- El Jefe del Mando de Apoyo Logístico del ET.
- El Inspector General del Ejército de Tierra.

Sin embargo se plantea el problema de qué va a pasar con la competencia disciplinaria respecto del personal militar que estando sometido al régimen disciplinario militar no ocupa destino, y es que con la nueva organización del ET queda parcialmente sin contenido (15) lo dispuesto en el ya citado art 37 LORDFAS, en el que se atribuye competencia disciplinaria de carácter territorial a los Jefes de Región o Zona Militar que con la nueva organización dejan de existir.

Evidentemente la problemática que se suscitará tiene clara solución, puesto que es evidente que en todo caso el Jefe del Estado Mayor del ET tiene competencia disciplinaria para estos supuestos, pero lo cierto es que no parece conveniente que muchos expedientes disciplinarios por falta grave deban resolverse a dicho nivel, cuando precisamente no ha sido esa la fina-

(14) Teóricamente consideramos que también el «Director de Asuntos Económicos» (o denominación que corresponda) de cada uno de los Ejércitos tendrá esta misma competencia disciplinaria al ser actualmente caracterizado como uno de los Mando del Apoyo a la Fuerza, que están directamente subordinados al Jefe del Estado Mayor respectivo, y además ostentan el empleo de General de División del Cuerpo de Intendencia del Ejército respectivo (todo ello conforme el art 8.3 del RD 912/2002 de 6 de septiembre, y el art sexto de la Orden DEF/3537/2003 de 10 de diciembre que los configuran como los *Mandos o Jefaturas del Apoyo a la Fuerza en el ámbito de los recursos financieros asignados*), lo cual supone una novedad respecto del contenido del anterior RD 1207/89 de 6 de octubre por el que se desarrollaba la estructura básica de los Ejércitos (hoy derogado por la disposición derogatoria única 1.g) del RD 912/2002) que en su art 2.2 los encuadraba dentro de los Cuarteles Generales de los Ejércitos, con lo que conforme a ello hasta ahora carecían de competencia disciplinaria por falta grave precisamente porque no eran Jefes de la Fuerza o del Apoyo a la Fuerza, sino que se encuadraban directamente dentro de la estructura del Cuartel General del Ejército respectivo. En cualquier caso no parece que dichos Directores de Asuntos Económicos vayan a tramitar y/o resolver muchos procedimientos por falta grave (e incluso leve), toda vez que dicha Dirección no cuenta con un contingente de personal especialmente amplio y numeroso encuadrado en la misma que pudiera dar lugar a un número significativo de procedimientos o sanciones por falta grave.

(15) Como ha pasado ya con la Armada y con el Ejército del Aire, aunque esta opinión puede ser parcialmente discutida, como luego veremos.

lidad de la LORDFAS, y cuando ciertamente el número de resoluciones a adoptar en estos casos puede ser bastante elevado, aparte de que resultaría que en los casos en que dicho personal cometa una falta leve, la misma tendría que ser sancionada por el GEJEME, y el eventual recurso contra dicha resolución sancionadora tendría que ser resuelto por el Ministro de Defensa, lo cual parece un poco incongruente en función de la organización jerárquica de las FAS y la leve trascendencia que en general tiene la infracción.

Dejando de lado la solución que la vigente LORDFAS ofrece para este problema, y que fácilmente se deduce que no es la más coherente y oportuna, procede examinar si existen otros posibles remedios a dicha problemática, y en consecuencia si en el ámbito del ET existe o existiría solución a dicho problema. Para su examen podemos y debemos tener en cuenta la experiencia acumulada tanto en el Ejército del Aire como en la Armada y verificar si las soluciones ofrecidas en ambos Ejércitos serían de aplicación para el ET, y si las mismas tienen fácil encaje legal (16).

A) Una primera postura para solventar la problemática que se plantea sería la de estimar que con la nueva organización de los Ejércitos y con el contenido de la Ley Disciplinaria es posible considerar que la competencia disciplinaria respecto del personal de los Ejércitos que carece de destino está atribuida a otros Mandos y Autoridades con potestad disciplinaria, y concretamente al Mando de Personal del Ejército correspondiente.

Esta parece ser la postura que se sostiene en la Armada, en la que se considera que una vez desaparecida la organización territorial, y desaparecidas por tanto las Zonas Marítimas y la Jurisdicción Central de la Armada, y por tanto los Almirantes Jefes de las mismas, la competencia para sancionar al personal de la Armada que carece de destino radicaría en el

(16) Evidentemente no tratamos aquí de hacer una crítica al criterio o criterios que se sostienen en otras Asesorías Jurídicas, ni evidentemente dudar del acierto o legalidad del criterio o los informes emitidos por otros compañeros del Cuerpo Jurídico que evidentemente tienen la suficiente capacitación técnica para informar en el sentido en que lo hacen. Sin embargo nos parece interesante conocer el criterio que se ha mantenido en otras Asesorías Jurídicas del EA y de la Armada para solventar en dichos Ejércitos la cuestión de cuál o cuáles son las Autoridades o Mandos que con la nueva estructura en los Ejércitos se considera que tienen competencia disciplinaria para sancionar al personal que perteneciendo dichos Ejércitos carece de destino, y verificar si ese criterio sería trasladable al ET, y si a nuestro juicio es correcto. En este sentido queremos agradecer la deferencia y atención que nos han dispensado nuestros compañeros de la Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Armada y del Cuartel General del Mando Aéreo General que nos han informado del criterio que en dichos centros asesores se mantiene sobre la problemática que aquí se suscita y que amablemente nos han proporcionado toda la documentación que les hemos solicitado y en la que basan su postura, e incluso proporcionando copia de los informes en los que han plasmado su postura y la fundamentación de la misma.

Almirante de Personal de la Armada (17), y para ello ofrece dos tipos de consideraciones, que muy resumidamente serían:

1º) Que el personal que carece de destino está a disposición del Mando de Personal de la Armada, y además el Almirante Jefe de Personal es uno de los Mandos a los que la LORDFAS atribuye potestad y competencia disciplinaria en los arts 27.3 y 30, respectivamente.

A nuestro juicio, este criterio no puede ser asumido para atribuirle competencia disciplinaria para sancionar al personal que carece de destino:

— En primer lugar porque el hecho de tener potestad disciplinaria no implica que se tenga competencia disciplinaria para el caso concreto, y realmente se estaría bien confundiendo potestad y competencia, o tratando de acudir a otros preceptos atribuidores de competencia disciplinaria para otorgarle una competencia de la que no ha sido investido.

— En segundo lugar porque el art 30 LORDFAS no resulta de aplicación en este caso, puesto que dicho precepto efectivamente otorga competencia disciplinaria (por falta grave y leve) al Jefe de Personal de la Armada entre varias Autoridades y Mandos, pero ello es respecto del personal que se encuentra «a sus órdenes», es decir, al que se encuentra encuadrado orgánicamente en alguna UCO que dependa orgánicamente de dicho Jefe de Personal, encuadramiento que evidentemente no existe cuando se carece de destino (18).

(17) Conviene destacar que en lo que nosotros conocemos esta atribución al Almirante Jefe de Personal de la Armada no se ha fundamentado en que las nuevas normas de organización y funcionamiento de la Armada hayan atribuido a dicho Jefe de Personal las funciones y competencias que anteriormente tenían atribuidas los Almirantes Jefes de las Zonas Marítimas y el de la Jurisdicción Central (o al menos parte de las mismas que justificaran que asumiera esta competencia disciplinaria), sino que se basaría en exclusiva en los criterios que se citan en el texto, aunque evidentemente si no es así pedimos disculpas por nuestra errónea interpretación.

Para el caso de que la fundamentación a esta solución radicara también en parte en que las nuevas normas de organización y funcionamiento de la Armada han atribuido a dicho Jefe de Personal las competencias y funciones atribuidas a las antiguas Zonas Marítimas y Jurisdicción Central, nos encontraremos precisamente ante la segunda postura que se mantiene para dar solución a este problema y a la que nos referiremos posteriormente.

(18) No obstante la referencia a este art 30 LORDFAS sí resulta relevante puesto que en el mismo se fijan asimismo los límites de la competencia disciplinaria de los Mandos y Autoridades mencionados en el citado precepto en atención al tipo de correctivo que pueden imponer, así como su extensión máxima, de forma que hasta ahora existía correlación entre el art 37 y el art 30, pues los Jefes de Región o Zona Militar (Zona Marítima, Jurisdicción Central, Región o Mando Aéreo), al ser al mismo tiempo, en el ámbito del ET, los Jefes del Mando Regional o Comandancia Militar correlativa eran Mandos o Autoridades que estaban incluidos asimismo a los que se refiere el art 30 LORDFAS, por lo que los límites de su competencia debían ser los mismos en atención al tipo de sanción a imponer y su extensión máxima, todo ello teniendo en cuenta asimismo las facultades sancionadoras establecidas para los Jefes de los Estados Mayores de los Ejércitos en el art 29, que evidentemente eran superiores a las de aquéllos.

— En tercer lugar porque como hemos dicho en estos casos (personal carente de destino) la LORDFAS ha establecido una regla especial de atribución de la competencia en atención al criterio de la territorialidad, la cual no existe en el caso del Jefe de Personal de la Armada, cuyas competencias y funciones se extienden sobre todo el territorio nacional, de forma que pretender atribuirle ahora competencias disciplinarias supondría quebrar la regla de la territorialidad establecida por la Ley Disciplinaria.

— En cuarto lugar, y fundamental, el personal de la Armada que carece de destino está y ha estado siempre (y lo estaba ya con la anterior LORDFAS de 1985) a disposición del Mando de Personal de la Armada (al igual que el del resto de los Ejércitos del Jefe de Personal del Ejército respectivo) y a pesar de ello fue la propia LORDFAS la que en el art 37 decidió otorgar la competencia disciplinaria a favor de otros Mandos o Autoridades distintas del Jefe de Personal de la Armada, de forma que éste no estaba ni antes ni ahora contemplado como una de las Autoridades o Mandos con competencia disciplinaria para sancionar al personal de la Armada que carece de destino.

2º) Razones de efectividad práctica, puesto que no parece lógico que ante cualquier tipo de infracción, especialmente las de carácter leve, deba sancionar el Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada, y además que, en su caso, el eventual recurso contra su sanción fuera resuelto por el Ministro de Defensa.

Ciertamente compartimos y suscribimos que es totalmente ilógico que en estos casos la competencia disciplinaria recaiga en el Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada, y que ello choca precisamente con toda idea de estructura y organización jerárquica, donde se supone que estas competencias deben residenciarse a un nivel mucho más bajo. Sin embargo, esta circunstancia no es suficiente para poder atribuir la competencia disciplinaria al Almirante Jefe de Personal de la Armada, puesto que es precisamente la LORDFAS la que atribuye la potestad disciplinaria a ciertos Mandos y Autoridades con carácter cerrado, y además la que fija los criterios de distribución de esa potestad disciplinaria, sin que el criterio de la practicidad sirva para variar la distribución competencial efectuada por la Ley ni atribuirle a otros Mandos o Autoridades distintos de los que la tienen reconocida, pues ello, en último término, supondría una vulneración del principio de legalidad en su vertiente de atribución de potestad y competencia disciplinaria a ciertos Mandos y Autoridades con exclusión de los demás (19).

(19) En este sentido conviene recordar que como ha señalado el TS, entre otras en sentencia de 17 de febrero de 2003 «*el principio de legalidad alcanza también al ejercicio de la potestad disciplinaria, y que dicho principio quedaría quebrantado si la sanción fuera impuesta por una autoridad o Mando que no estuviera revestido de la potestad disciplinaria por norma con rango de Ley Orgánica*».

En definitiva, consideramos en todo caso que sin una norma que haya atribuido al Jefe de Personal de los Ejércitos las competencias (o al menos parte de ellas) que anteriormente el ordenamiento jurídico había atribuido a los Jefes de Región o Zona Militar, Zona Marítima, Jurisdicción Central de la Armada y Región o Mando Aéreo (y entre las cuales se encontrarían las sancionadoras respecto del personal carente de destino) no es posible considerar que dichos Jefes de Personal tengan competencia para sancionar al personal de su Ejército que, a pesar de estar a su disposición, carece de destino, pues la LORDFAS no les atribuyó ninguna competencia para ello. Llegados a este punto la siguiente cuestión que se plantea es si es posible a través de una norma o instrucción atribuir a dicho Jefe de Personal o a otros Mandos o Autoridades de los que reúnen los requisitos señalados en el art 30 LORDFAS (a los que ya nos referimos anteriormente) las competencias disciplinarias que el art 37 LORDFAS atribuía a los Jefes de Región o Zona Militar, Zona Marítima, Jurisdicción Central, Región o Mando Aéreo respecto del personal carente de destino, y en caso afirmativo, la entidad o rango que debería tener dicha norma, lo que nos lleva directamente a la segunda postura que se puede mantener para dar solución al problema suscitado.

B) La segunda postura que se mantiene es la de considerar que tras la nueva organización de los Ejércitos, las nuevas normas de organización, estructura y funcionamiento, y con los nuevos Mandos y Autoridades creadas con la organización funcional de los Ejércitos se habrían atribuido a algunos de dichos Mandos nuevos las funciones y competencias (o al menos parte de ellas) que tenían atribuidas los Generales Jefes de Región o Zona Militar, Zona Marítima, Jurisdicción Central, Región o Mando Aéreo, y entre ellas estarían las competencias disciplinarias del art 37 LORDFAS respecto del personal que carece de destino.

Esta parece ser la postura que se sostiene en el Ejército del Aire en el Mando Aéreo General, que sería el que habría asumido las competencias anteriormente atribuidas a los Jefes de Región o Mando Aéreo, entre ellas las disciplinarias del art 37 LORDFAS, que serían mantenidas asimismo por el Jefe del Mando Aéreo de Canarias, para lo cual se basan en la conjunción de diversos argumentos:

1º) Por un lado que las Instrucciones del JEMA derivadas de la nueva estructura del Ejército del Aire han atribuido al Mando Aéreo General las competencias y responsabilidades que la normativa atribuía a los Jefes de Región o Mando Aéreo, excepto al Jefe del Mando Aéreo de Canarias, que

las seguiría asimismo conservando para el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Canarias (20).

2º) Por otro lado porque lo cierto es que con la nueva organización se seguiría manteniendo una cierta base territorial o de distribución geográfica, puesto que se podría distinguir entre, por un lado, un Mando Aéreo General, que ejercería sus funciones sobre todo el territorio nacional excepto Canarias, y que habría asumido las funciones que anteriormente tenían los Jefes de Región y Mando Aéreo en que estaba organizada territorialmente la Península y Baleares en el ámbito del Ejército del Aire, y por otro el Mando Aéreo de Canarias, que seguiría ejerciendo las mismas funciones que antes sobre una concreta demarcación territorial, que es la correspondiente a la de la Comunidad Autónoma de Canarias.

3º) Que el art 37 LORDFAS ha atribuido competencia disciplinaria para sancionar al personal del EA carente de destino a los Jefes de *Región o Mando Aéreo* (es decir, no sólo a los que eran los Jefes de las antiguas Regiones Aéreas, sino también a los Jefes de los antiguos Mandos Aéreos), de forma que manteniéndose hoy en día varios *Mandos Aéreos*, entre ellos el Mando Aéreo General, éste tendría igualmente competencias disciplinarias conforme el art 37 LORDFAS, puesto que sería uno de los Mandos y Autoridades a los que dicho precepto atribuye competencia disciplinaria.

4º) Donde la Ley Disciplinaria no ha distinguido no se puede distinguir: si la LORDFAS no estableció en su día la competencia disciplinaria en los Jefes de Región Aérea o Mando Aéreo, en función de si la demarcación territorial que tenían asignada era más o menos extensa, por iguales razones es perfectamente posible considerar que se puede mantener esa competencia disciplinaria incluso aunque sus competencias se extiendan sobre todo el territorio nacional (excepto Canarias).

(20) Concretamente al amparo de la Instrucción 112/2004 de 31 de mayo del Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, de adscripción de competencias a los organismos de la nueva estructura del Ejército del Aire (BOD nº 109 de 4 de junio de 2004), conforme a la cual *las competencias y responsabilidades que en disposiciones de distinto rango se asignaban a los organismos que se han suprimido o cuyas competencias han sido objeto de transferencia entre los existentes, como consecuencia de la implantación de la nueva estructura del Cuartel General, la Fuerza y el Apoyo a la Fuerza en el Ejército del Aire, en tanto no se proceda a la modificación definitiva de las citadas disposiciones, se entenderán asumidas por los organismos de esta nueva estructura tal y como a continuación se detalla, y específicamente se señala, entre otros:*

— *Mando Aéreo del Centro, Mando Aéreo de Levante y Mando Aéreo del Estrecho se entenderá Mando Aéreo General,*

— *Primera Región Aérea, Segunda Región Aérea y Tercera Región Aérea s entenderá Mando Aéreo General.*

Examinados estos argumentos, que ciertamente tienen consistencia para mantener que el Mando Aéreo General y el Mando Aéreo de Canarias tienen competencias sancionadoras respecto del personal carente de destino, conviene señalar que los mismos son susceptibles de recibir ciertos reparos:

Así, en primer lugar y respecto de la posibilidad de que mediante Instrucciones del Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo se puedan atribuir a otros mandos o autoridades competencias disciplinarias que con la organización existente hasta hoy estaban atribuidas a Mandos o Autoridades que han desaparecido, conviene señalar que es cierto que el TS, entre otras en sentencias de 15-4-91, 14-7-95, 31-1-96, 14-10-97, 25-1-99, ha reconocido la necesidad de tener que atender a las instrucciones y normas de organización y funcionamiento de los Ejércitos para determinar su estructura orgánica, y en consecuencia para dilucidar en base a las mismas si ciertos Mandos o Autoridades tenían competencia disciplinaria en virtud del encuadramiento orgánico, pero lo cierto es que esas Instrucciones sencillamente no modificaban la potestad y competencia disciplinaria que la LORDFAS había atribuido a ciertos mandos y autoridades. Es decir, esas instrucciones servían para determinar y concretar de entre todos los mandos, autoridades y personal de los Ejércitos cuáles tenían potestad y competencia disciplinaria conforme la LORDFAS, pero no modificaban los criterios de atribución competencial. Así por ejemplo las instrucciones de organización y funcionamiento del EA determinarían cuantas Alas habría en el EA y donde estarían ubicadas, pero la potestad disciplinaria del Jefe de Ala vendría establecida por el art 27.5 LORDFAS y su competencia por el art 32 de dicho texto legal, sin que dichas instrucciones pudieran modificar ni dicha potestad ni competencia, ni atribuir las a otros mandos distintos de aquellos a los que la LORDFAS se la atribuyó.

Conforme lo que se acaba de decir es obvio que estas Instrucciones de organización no pueden modificar ni atribuir la potestad y competencia disciplinaria que estaba atribuida a unos mandos a favor de otros, simplemente porque el Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente así lo decida, en especial si tenemos en cuenta que la potestad disciplinaria ha sido atribuida con carácter limitado y tasado a ciertos Mandos o Autoridades, y que la ausencia de potestad disciplinaria supone la vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora, de la misma forma que la LORDFAS ha establecido una clara distribución competencial de dicha potestad a favor de ciertos mandos o autoridades, y la variación de esa competencia determinará en su caso la nulidad o anulabilidad de las resoluciones y actos adoptados por quienes carecen de la misma. En este sentido conviene recordar que la LORDFAS estableció claramente un criterio

de territorialidad para sancionar al personal que carecía de destino a favor de determinados Jefes de demarcaciones territoriales en las cuales se había cometido una infracción disciplinaria.

Como fácilmente se colige, desaparecida la organización territorial de nuestras FAS, y específicamente de los Ejércitos (21), lo cierto es que el criterio de la territorialidad señalado en el art 37 LORDFAS queda carente de sentido por inaplicable, y es que la LORDFAS de 1998 tuvo en cuenta la organización militar y su carácter territorial (al menos en gran parte) existente en aquél momento para atribuir la competencia disciplinaria para sancionar al personal carente de destino a los Jefes de las demarcaciones territoriales en que se estructuraban los Ejércitos, y en atención precisamente a cuáles eran sus funciones y competencias dentro de dichas demarcaciones (22).

(21) Aspecto éste que parece indudable a la vista del contenido del RD 912/2002 y en especial de su preámbulo donde claramente se señala que *«mediante el presente Real Decreto se superan los factores geográficos que determinaban la estructura de nuestras FAS en siglos anteriores, siendo sustituidos definitivamente por factores de carácter funcional y operativo»*, y se deduce igualmente tanto de su contenido como de su disposición derogatoria, donde se derogan todas las normas relativas una organización territorial de los Ejércitos. En esta misma línea se pronuncia claramente también la Orden DEF/3537/2003 de 10 de diciembre que en su preámbulo señala asimismo que *«por todo ello, procede adecuar la organización de los Ejércitos a los nuevos criterios, estableciendo una nueva estructura de carácter funcional, sin condicionantes territoriales...»*.

(22) Y es que lo que no se puede olvidar es que la LORDFAS en este art 37 atribuye la competencia disciplinaria a unas concretas Autoridades y Mandos con potestad disciplinaria, las cuales han tenido cierta tradición histórica, y que aparecen perfectamente definidas y determinadas, como son los Jefes de Región o Zona Militar (y en el Ejército del Aire de Región o Mando Aéreo, y en la Armada de Zona Marítima y de la Jurisdicción Central). En este sentido resulta especialmente paradigmático que frente a lo establecido en los arts 27.3 y 30 LORDFAS en que se atribuye la potestad disciplinaria a ciertos Mandos o Autoridades, sin denominación o función específica, siempre y cuando reúnan los tres requisitos anteriormente mencionados (de ser Jefes de la Fuerza y del Apoyo a la Fuerza, depender directamente del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente y tener empleo de General de División o Vicealmirante o Superior), en el art 37 se ha atribuido la potestad y competencia disciplinaria a unos Mandos o Autoridades concretos y determinados, con una específica denominación, de entre todos aquellos que estarían incluidos en los citados arts 27.3 y 30 LORDFAS. Por ello si la LORDFAS ha querido atribuir expresamente la competencia disciplinaria a estos Jefes de Región o Zona Militar, precisamente por ser los responsables de la demarcación territorial que tienen asignada y en atención a las funciones y características propias de los mismos, para sancionar al personal de su ejército que ha cometido una falta disciplinaria en su demarcación territorial y que carece de destino ¿es factible pretender atribuir dicha competencia a otro Mando o Autoridad distinto que no reúne ni la denominación, ni ejerce las funciones ni las características que tenían dichos Jefes de Región o Zona Militar? A nuestro juicio esta posibilidad es más que discutible, en especial si tenemos en cuenta que con la nueva organización de las FAS no existe ningún Mando o Autoridad que sustituya, con otra denominación, a aquellos Jefes de Región o Zona Militar, ni que ejerza sus funciones, ni que las mismas las ejecute sobre una determinada demarcación territorial o sobre un territorio determinado, como ahora veremos.

En todo caso, a nuestro juicio lo que no resulta factible es pretender ahora (mediante simples instrucciones) atribuir esa competencia disciplinaria a favor de otros Mandos o Autoridades que ni han sustituido a los que anteriormente tenían atribuida esta competencia, ni desempeñan todas las funciones y cometidos que aquéllos tenían atribuidas, ni tienen una demarcación geográfica delimitada sobre la que ejercer sus funciones. En definitiva, la nueva organización de los Ejércitos no ha supuesto una simple sustitución de los antiguos Jefes de Región o Zona Militar, Zona Marítima o Jurisdicción Central, o Región o Mando Aéreo, por otros Mandos o Autoridades nuevos con una nueva denominación, sino que ha efectuado una transformación radical en la que aquéllos han desaparecido, y no se han creado otros nuevos que simplemente vengán a sustituirlos. Si esto es así, los nuevos Mandos que se han creado, que no tienen carácter territorial, no pueden asumir la competencia sancionadora respecto del personal carente de destino, puesto que ello supondría romper radicalmente con el criterio de la territorialidad establecido por el art 37 LORDFAS, vulnerando en consecuencia la regla de atribución competencial señalada por la Ley Disciplinaria.

En esta línea de pensamiento cabe señalar que no es asumible el criterio de que actualmente incluso con la nueva estructura orgánica básica de los Ejércitos se sigue manteniendo una cierta base territorial y geográfica, entendida como «organización territorial» de los Ejércitos, que es a la que atendía el art 37 LORDFAS para atribuir competencia disciplinaria a los Jefes de dicha «organización territorial», y ello porque lo cierto es que del contenido del RD 912/2002 como de la Orden DEF/3537/2003 se deduce claramente que la organización que se crea en ningún caso tiene base territorial, sino que es de carácter funcional u operativa (23).

En este sentido, debe tenerse en cuenta de que el hecho de que por ejemplo el Mando Aéreo General ejerza sus funciones o competencias sobre todo el territorio nacional (excepto Canarias, que en principio parece que en dicha comunidad autónoma sería el Mando Aéreo de

(23) Además debe tenerse en cuenta que no puede confundirse el criterio de organización territorial con el hecho de que todos los órganos de la Administración (como todas las Administraciones Públicas y los entes públicos) siempre tienen, en último término, una referencia a una «base territorial» sobre la cual ejercen sus competencias, ya sea esta base territorial más o menos amplia, si bien siempre se dice que existe organización territorial cuando ésta aparece determinada por las normas vigentes, que efectúan una distribución por zonas geográficas, definiendo claramente zonas limitadas de actuación, estimándose que esa distribución u organización territorial no existe cuando la normativa vigente no la contempla, o cuando los órganos o entes administrativos ejercen sus funciones y competencias sobre todo el territorio nacional, y no sobre partes determinadas del mismo.

Canarias el que ejerciera dichas funciones y competencias) (24) no implica que se siga un criterio de territorialidad para atribuirle las mismas, de la misma manera que por ejemplo no se piensa que el MAPER tenga una competencia territorial, precisamente porque ejerce sus funciones sobre todo el territorio nacional o sobre todo el personal del EA. En definitiva, que el hecho de que los Mandos nuevos ejerzan sus funciones sobre todo el territorio nacional (o sobre gran parte del mismo) no quiere decir que se haya efectuado una organización territorial, o que los mismos ejerzan sus funciones en atención a dicha organización o en atención a un determinado área geográfica (en este caso prácticamente todo el territorio nacional), y por ello no parece que pueda sostenerse que el atribuirles la competencia prevista en el art 37 cumpla la regla de la territorialidad establecida y prevista por la LORDFAS.

Cierto es que al mantener un Mando Aéreo de Canarias (al igual que se mantiene un Mando Naval de Canarias, y el Mando de Canarias del ET) (25) podría dar lugar a pensar que se mantiene una organización territorial, al menos en dicho archipiélago, y por tanto a contrariu sensu la otra organización territorial vendría constituida por el resto del territorio nacional, con lo cual seguiría existiendo una distribución «territorial» de funciones y competencias a distintos mandos y autoridades que explicaría y justificaría que éstos asumieran competencias disciplinarias en base al art 37 LORDFAS, pues se seguiría respetando el criterio de la territorialidad, pero lo cierto es que, como ya dijimos, la nueva organización básica de los Ejércitos ha desechado claramente la idea de una organización territorial de los Ejércitos, por lo que parece difícil justificar el mantenimiento de una competencia territorial basada en una organización territorial cuando ésta ha desaparecido (26).

(24) Así vid art tercero.3 de la Orden DEF/3537/2003 de 10 de diciembre.

(25) Así lo prevé al menos el art 9.1 del RD 912/2002 de 6 de septiembre, aunque lo cierto es que la Orden DEF/3537/2003 de 10 de diciembre en su artículo tercero al hablar de la Fuerza de los Ejércitos menciona claramente al Mando de Canarias del ET y al Mando Aéreo de Canarias del EA, pero en ningún momento menciona o se refiere al Mando Naval de Canarias.

(26) Ciertamente las dudas se mantienen cuando a pesar de eliminar la organización territorial el RD 912/2002 en el art 9 hace especial referencia a los archipiélagos Balear, Canario y Ciudades de Ceuta y Melilla, atendiendo precisamente al ámbito territorial de los mismos, y señalando que en ellos se mantendrían las estructura de mando existentes hasta su entrada en vigor, con unas nuevas denominaciones, pero parece claro que ello se hace en atención a criterios operativos y funcionales característicos de esas zonas o áreas, pero que no por ello se quiere implantar una organización territorial, y de hecho es factible que UCO,s ubicadas en dichos archipiélagos o ciudades autónomas, no dependan de los Mandos propios existentes en las mismas.

Siendo por tanto cierto que ha desaparecido en nuestros Ejércitos la organización territorial, resulta evidente que el argumento de que donde la Ley Disciplinaria no ha distinguido no se debe distinguir y por tanto que la demarcación geográfica puede ser más o menos amplia, tampoco puede ser aceptado, puesto que no es posible hablar de que la competencia disciplinaria respecto del personal carente de destino se reparte entre el Mando Aéreo General y el Mando Aéreo de Canarias en función de si la infracción fue cometida sobre cualquier parte del territorio nacional excepto Canarias, respectivamente, porque sencillamente dicha organización territorial no existe, o al menos no existe en la forma en la que fue entendida por el art 37 LORDFAS, de manera que a nuestro juicio se estaría subvirtiendo el criterio de la territorialidad establecido por la LORDFAS, basado claramente en una organización territorial de los Ejércitos perfectamente definida y establecida además en Regiones o Zona Militares, Marítimas o Aéreas, en la normativa vigente, para tratar de adaptarla a una situación en la que no existe dicha organización territorial, y sólo se pretende crear la misma en base a una «ficticia» base geográfica.

Esto, que en el ámbito del Ejército del Aire puede no parecer tan claro, puesto que el art 37 LORDFAS atribuía competencias disciplinarias a los Jefes de *Región o Mando Aéreo*, es mucho más patente en el ET y en la Armada, pues dicha competencia se atribuía a los Jefes de las Regiones o Zonas Militares (en el caso del ET), y a los Jefes de las Zonas Marítimas o de la Jurisdicción Central (en el caso de la Armada), siendo evidente que a día de hoy dicha organización territorial ha desaparecido, los nuevos mandos que se han creado ejercen sus funciones en atención a claros criterios operativos y funcionales y no geográficos o territoriales, dicha organización territorial ha sido eliminada, y además dicha competencia no se atribuía a ningún otro *Mando* además de a los *Jefes de las demarcaciones territoriales* establecidos en la Ley Disciplinaria. Por ello es evidente que la solución que se adopte debe ser común para los Ejércitos, no siendo lógico que se pueda sostener que para el EA sí podría seguir manteniéndose la aplicación del art 37 LORDFAS en base a un criterio de territorialidad y aduciendo que los Mandos Aéreos tienen competencia disciplinaria conforme a este precepto, cuando la organización de los Ejércitos ha sido común para los tres, y el criterio de la territorialidad establecido en su día era igualmente común y hoy en día ha desaparecido y por tanto resulta inaplicable (27).

(27) A nuestro juicio además el contenido del art 37 LORDFAS relativo al EA debía entenderse en su conjunto relacionando Regiones Aéreas con los Mandos existentes al frente de las mismas, de forma que no debería desvincularse la Región Aérea del Mando Aéreo existente en la misma.

Por último, el tercer criterio anteriormente citado también parece ser susceptible de ciertas consideraciones críticas:

— Con la anterior organización del EA no se estimaba que todos los Jefes de los Mandos Aéreos tuvieran la competencia disciplinaria para sancionar al personal carente de destino, sino sólo aquellos Jefes de Mandos Aéreos que ejercían sus funciones sobre una determinada demarcación territorial, que era la correspondiente a su Región Aérea (así ej no se estimaba que la tuviera el Jefe del Mando Aéreo de Combate). En definitiva, que necesariamente debía existir una vinculación entre un Mando Aéreo y la Región Aérea (base territorial) sobre la que ejercía sus funciones y competencias, o sobre la cual se extendían las mismas (existiendo correspondencia en atención a una distribución y organización del territorio nacional en diversas demarcaciones territoriales).

— Con la nueva organización, y por la misma regla ya citada, se podría sostener que estas competencias disciplinarias se podrían ejercer asimismo por el Jefe del Mando Aéreo de Combate, que en definitiva es otro de los *Mandos Aéreos* del EA, cuyas competencias se extenderían asimismo sobre todo el territorio nacional, es decir, sobre la misma base física o geográfica que la del Mando Aéreo General (e incluso más amplia que éste pues podría abarcar también Canarias), y sin embargo no se considera que este Mando Aéreo de Combate tenga estas competencias disciplinarias sobre el personal que carece de destino (28).

Si esto fuera así ¿cómo se distribuiría a su vez la competencia entre Mando Aéreo General y Mando Aéreo de Combate?

En definitiva consideramos que no es posible entender, con la nueva organización, que los nuevos Mandos y Autoridades previstos puedan asumir la competencia disciplinaria que el art 37 LORDFAS atribuía a los antiguos Jefes de Región o Zona Militar, Zona Marítima, Jurisdicción Central, y Región o Mando Aéreo, puesto que este precepto atendía a una clara organización territorial que actualmente ha desaparecido, por lo que el espíritu de dicho art 37 no podría encontrarse hoy día en ningún Mando o Autoridad. Por ello tampoco es factible que las Instrucciones de organización de los Ejércitos pretendan atribuir a algunos de los nuevos Mandos o Autoridades las competencias disciplinarias que el art 37 LORDFAS

(28) En definitiva, si se sostiene que el Mando Aéreo General tendría competencias disciplinarias respecto del personal carente de destino por considerar que está incluido en el art 37 LORDFAS por ser un Mando Aéreo, también habría que sostener lo mismo respecto del Mando Aéreo de Combate, que también es otro de los Mandos Aéreos del EA, y lo cierto es que éste nunca tuvo esta competencia disciplinaria con la anterior organización del EA, y no parece lógico que ahora la vaya a asumir simplemente por ser un Mando Aéreo.

atribuye a los Jefes de las demarcaciones territoriales señaladas en dicho precepto, pues ello supondría variar el criterio de atribución competencial de carácter territorial señalado en dicho precepto, vulnerando claramente el espíritu y finalidad del mismo, y podría suponer una vulneración del principio de legalidad en materia de atribución de potestad y/o de competencia disciplinaria, que podría dar lugar a la nulidad radical o anulabilidad de las resoluciones disciplinarias adoptadas por los nuevos Mandos o Autoridades respecto del personal de los Ejércitos que no tiene destino.

En consecuencia, resulta necesaria una reforma del art 37 LORDFAS, que ha quedado actualmente parcialmente carente de eficacia y de contenido, al atribuir en el mismo una competencia disciplinaria a ciertos Mandos y Autoridades en base a un criterio (el de territorialidad) que hoy día resulta inaplicable, y cuando dichos Mandos y Autoridades han desaparecido. Por ello, lo procedente es modificar dicho precepto atribuyendo la competencia disciplinaria (además de a los Jefes de los Estados Mayores de los Ejércitos respectivos y al Ministro de Defensa y al Subsecretario de Defensa respecto del personal de los Cuerpos Comunes de las FAS) a otros Mandos y Autoridades de los previstos en la nueva estructura de los Ejércitos, y en atención a unos criterios atribuidores de la competencia que no tengan carácter territorial.

Por esta misma razón consideramos que en tanto no se modifique dicho precepto, en la actualidad en el Ejército del Aire y en la Armada sólo tienen competencia disciplinaria para sancionar al personal del EA y de la Armada que carece de destino, el General del Aire JEMA y el Almirante General AJEMA, respectivamente, además del Ministro de Defensa. Igualmente en el ET, cuando entre en funcionamiento la nueva estructura y organización funcional, sólo tendrá competencia para sancionar al personal del ET carente de destino el General de Ejército JEME (además del Ministro de Defensa), manteniendo hasta entonces competencia disciplinaria los Generales Jefes de Región o Zona Militar para sancionar al personal carente de destino que haya cometido la infracción en la correspondiente Región o Zona Militar.

II. TEXTOS

1. LEGISLACIÓN

LEGISLACION

María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera
Documentalista

JEFATURA DE ESTADO

LEY ORGANICA 2/2004, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

(BOE nº 313 de 29 de diciembre 2004)

LEY ORGANICA 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

(BOE nº 313 de 29 de diciembre 2004)

(BOE nº 271, de 10 de noviembre de 2004, corrección de errores BOE nº 280 de 20 de noviembre de 2004 y corrección de errores BOE nº 282 de 23 de noviembre de 2004).

REAL DECRETO 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (BOE nº 209, de 30 de agosto de 2004)

MINISTERIO DE JUSTICIA

REAL DECRETO 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad.

MINISTERIO DE DEFENSA

REAL DECRETO 2266/2004, de 3 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de

tropa y marinería, aprobado por el Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre.

(BOE nº 292, de 4 de diciembre de 2004).

REAL DECRETO 2298/2004, de 10 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 311/1988, de 30 de marzo, de retribuciones del personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. (BOE nº 308 de 23 de diciembre de 2004).

PRESIDENCIA DE GOBIERNO

REAL DECRETO 2317/2004, de 17 de diciembre, por el que se crea el Alto Comisionado de Apoyo a las víctimas del terrorismo. (BOE nº 306 de 21 de diciembre de 2004).

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

REAL DECRETO 2321/2004, de 17 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento General de Ingreso en los Centros docentes de formación del Cuerpo de la Guardia Civil, aprobado por el Real Decreto 597/2002, de 28 de junio. (BOE nº 313, de 29 de diciembre de 2004).

MINISTERIO DE DEFENSA

ORDEN DEF / 2424/2004, de 20 de julio, por la que se delegan competencias en autoridades del Ministerio de Defensa en relación con determinadas materias administrativas. (BOD nº 144, de 23 de julio de 2004).

2. JURISPRUDENCIA

2.1. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL (1)

Luis B. Alvarez Roldán
General Auditor

=====

Se recoge en este ejemplar la Jurisprudencia Constitucional del año 2004, interesante y significativa, con mención de algunos Autos de especial interés.

=====

Sentencia de 23 de marzo, núm. 45/2004. T.C. Sala Primera.

Recurso de Amparo núm. 6242/2000.

Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel

Recurso de amparo contra Sentencia, de 23-10-2000, de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que declaró la inadmisibilidad por falta de legitimación del Colegio Profesional de Ingenieros Aeronáuticos de los recursos interpuestos por dicho Colegio frente al Reglamento regulador de los cuerpos, escalas y especialidades fundamentales de los militares de carrera. Vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales: existencia: **otorgamiento de amparo.**

(1) Con la ayuda de los medios personales e informáticos de la Asesoría Jurídica del C.G. del Ejército del Aire.

I. ANTECEDENTES DE HECHO (RESUMEN)

El Colegio Oficial de Ingenieros Aeronáuticos de España solicitó que se declarara que el Real Decreto impugnado no es ajustado a Derecho y, en consecuencia, fuese declarado nulo, porque en su elaboración no había sido oído, pese a que dicha norma contenía aspectos que afectaban a la profesión de Ingeniero Aeronáutico. La Unión de Asociaciones de Ingenieros Técnicos Industriales de España, el Instituto de Ingenieros Técnicos de España y el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos pretendieron que se declarase nulo el Real Decreto y, subsidiariamente, determinados artículos y partes del mismo, así como que, en su caso, se plantease por el órgano judicial cuestión de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley 14/1993, de 23 de diciembre, de plantillas de las Fuerzas Armadas y del art. 12.3 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional. El Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas solicitó que se declarase la nulidad del Real Decreto, y, subsidiariamente, de determinados artículos y partes del mismo.

La demanda aduce, como primer motivo de la petición de amparo, que la Sentencia recurrida ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al haber declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, por falta de legitimación activa, impidiendo, de este modo, un pronunciamiento sobre el fondo de su pretensión.

Al mismo tiempo, el Real Decreto atribuye competencia para la realización de actos aeronáuticos a ingenieros militares no aeronáuticos e incluso a militares no ingenieros, sin que ni unos ni otros tengan capacidad legal para llevarlos a cabo.

Como segundo motivo de la petición de amparo aduce la infracción del art. 24.1 CE, en relación con el art. 130.4 LPA de 1958. Estima que la Sentencia impugnada, al resolver sobre la legitimación activa del colegio para interponer el recurso contencioso-administrativo, está resolviendo también sobre el fondo del mismo, que versaba sobre la infracción del trámite de audiencia al colegio en el expediente de elaboración de la disposición general impugnada. Considera que, al no hacerse referencia en el fallo de la Sentencia impugnada sobre tal cuestión, la parte queda sumida en indefensión, al cerrarle formalmente el acceso al recurso de amparo, y obligarla, de prosperar el basado en la declaración de falta de legitimación respecto de la impugnación del Real Decreto, a mantener la espera, *sine die*, en una resolución del órgano judicial.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (RESUMEN)

Ahora bien, aun cuando los derechos fundamentales son derechos reaccionales frente a los poderes públicos, ello no significa que las Administraciones estén desposeídas de todo tipo de derechos constitucionales e, incluso, fundamentales, en sus relaciones con las personas, físicas o jurídicas, o con otras Administraciones (STC 240/2001, de 18 de diciembre], F. 3). Es cierto que sólo en supuestos excepcionales una organización jurídica pública disfruta —ante los órganos judiciales del Estado— del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; y, por lo mismo, sólo excepcionalmente podemos considerar al recurso de amparo como cauce idóneo para que las personas públicas denuncien una defectuosa tutela de los Jueces y Tribunales; así, cuando las personas públicas ejercen poderes exorbitantes y los órganos judiciales fiscalizan, y consiguientemente limitan, el alcance de aquellos poderes, es claro que las personas públicas no pueden invocar el art. 24.1 CE —ni servirse del amparo constitucional— para alzarse frente a los Jueces y Tribunales que, cumpliendo con lo previsto en el art. 106.1 CE, fiscalizan la actuación de los sujetos públicos, pues lo que en estos casos está en juego no es sólo la defensa del interés general atribuido a cada sujeto público sino, en última instancia, el orden normativo de distribución del poder.

Las excepciones que se admiten por nuestra jurisprudencia contemplan, en primer lugar, a las personas públicas en aquellos litigios en los que su situación procesal es análoga a la de los particulares (por todas, SSTC 19/1983, de 18 de marzo, F. 2, y 175/2001, de 26 de julio, F. 8), bien por tratarse de una personificación jurídico-privada para el cumplimiento de tareas públicas, bien por un mandato legal de sometimiento al Derecho privado y a los órdenes jurisdiccionales correspondientes, o bien por una decisión legal a favor del foro procesal ordinario, con independencia del Derecho material que en él había de aplicarse.

Una segunda excepción que también afecta a este recurso de amparo, es el reconocimiento a las personas públicas de la titularidad del derecho de acceso al proceso. Esta vertiente del art. 24.1 CE sólo tutela a las personas públicas frente a los Jueces y Tribunales, no en relación con el legislador (SSTC 197/1988, de 24 de octubre, F. 4; 29/1995, de 6 de febrero, F. 7), pues corresponde a la Ley procesal determinar los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado.

También, como excepción, las personas públicas, una vez que han accedido al proceso, están amparadas por el derecho a no sufrir indefen-

sión en el mismo (así, en los recursos de amparo resueltos por las SSTC 150/1995, de 23 de octubre; y 82/1998, de 20 de abril); y ello con independencia de qué derechos o competencias se hagan valer, quiénes sean las otras partes procesales y el orden jurisdiccional ante el que actúen. Correlato lógico del derecho a no sufrir indefensión es el disfrute, por las personas públicas, de las singulares garantías procesales que se enuncian en el art. 24.2 CE, y cuya esencial vinculación con la prohibición de indefensión viene siendo destacada por este Tribunal, desde la STC 46/1982, de 12 de julio (F. 2).

Despejada toda duda sobre la titularidad por los colegios profesionales del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en su manifestación de control de la potestad reglamentaria (art. 106.1 CE) cuando de la defensa de intereses legítimos se trate y, por tanto, sobre la viabilidad de su acceso a la jurisdicción de amparo, hemos de abordar ahora si la Sentencia impugnada, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, lesiona tal derecho cuando niega al colegio profesional demandante legitimación activa para recurrir, en vía contencioso-administrativa, el Real Decreto 288/1997, de 28 de febrero.

Por tanto, pese a que determinar quién tiene interés legítimo para recurrir en la vía contencioso-administrativa es una cuestión de legalidad ordinaria, los órganos judiciales quedan compelidos a interpretar las normas procesales (en este caso, la LJCA de 1956) no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio *pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso (por todas, SSTC 88/1997, de 5 de mayo, F. 2; 252/2000, de 30 de octubre, F. 2; 188/2003, de 27 de octubre, F. 4; y 3/2004, de 14 de enero, F. 3). Debe precisarse que nos encontramos ante el control de resoluciones judiciales que cierran el acceso a la jurisdicción y, por tanto, impeditivas de la obtención de una primera respuesta judicial sobre el fondo de los derechos e intereses sometidos a tutela, supuesto en el que, conforme a nuestra doctrina constitucional, despliega su máxima eficacia el principio *pro actione*, exigiendo que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma, con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las

normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad (STC 220/2003, de 15 de diciembre, F. 3).

En esta doctrina de carácter general se basa principalmente el presente recurso de amparo, pero hay que decir que, como también ha declarado este Tribunal reiteradamente, dicha doctrina no implica, en modo alguno, una relativización o devaluación de los presupuestos y requisitos procesales establecidos por las Leyes (STC 93/1990, de 23 de mayo, F. 2) y que el principio *pro actione*, pese a su ambigua denominación, no debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles que la regulan (SSTC 195/1999, de 25 de octubre, F. 2; 3/2001, de 15 de enero, F. 5; 78/2002, de 8 de abril, F. 2).

Desde esta perspectiva, la defensa del ámbito competencial de la profesión, constituye una manifestación genuina de la defensa de los intereses profesionales. Cuando la Sentencia impugnada construye la noción de profesión, a los efectos de su representación y defensa ante los poderes públicos por los colegios profesionales, ciñéndola a su dimensión privada o de libre ejercicio, está introduciendo una restricción no justificada desde la perspectiva constitucional. Y, por ello, la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, fundada en la falta de legitimación activa del colegio profesional demandante, se revela desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva.

Como segundo motivo de petición de amparo, se aduce la infracción del art. 24.1 CE, por estimar la corporación demandante, en síntesis, que al no pronunciarse la Sentencia impugnada sobre la cuestión de fondo, esto es, la infracción del trámite de audiencia en el expediente de elaboración de la disposición general recurrida (art. 130.4 de la Ley de procedimiento administrativo de 1958) queda sumida en indefensión, al cerrársele formalmente el acceso al recurso de amparo, y obligarla, de prosperar el basado en la declaración de falta de legitimación activa para la impugnación del Real Decreto, a mantener la espera, *sine die*, en una resolución del órgano judicial.

... Este segundo motivo del recurso carece de fundamento dado que si la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo acordó la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, no podía entrar a juzgar aspectos de fondo.

Resta únicamente determinar, con arreglo a lo dispuesto en el art. 55.1 LOTC, el alcance del amparo otorgado por vulneración del derecho

a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La decisión, contenida en la Sentencia ahora impugnada en amparo, de declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de Ingenieros Aeronáuticos de España contra el Real Decreto 288/1997, de 28 de febrero, se funda en una interpretación rigorista y desproporcionada del art. 28.1 b) LJCA/1956, pues la interpretación que el órgano judicial efectúa del mismo provoca la denegación de un primer pronunciamiento jurisdiccional de fondo acerca de la conformidad o desconformidad a Derecho de una disposición administrativa que afecta a los intereses legítimos cuya representación y defensa ostenta el colegio profesional recurrente en amparo, el cual se ha visto así privado de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho de acceso a la jurisdicción. Procede, en consecuencia, otorgar el amparo solicitado, reconociendo al recurrente el derecho fundamental indicado, anulando la Sentencia cuestionada y ordenando, además, la retroacción de actuaciones al momento procesal oportuno, a fin de que se dicte una nueva Sentencia respetuosa del derecho fundamental reconocido.

III. FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por el Colegio Oficial de Ingenieros Aeronáuticos de España y, en consecuencia:

1.º Reconocer el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE).

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2000, recaída en los recursos Contencioso-Administrativos acumulados núms. 422/97, 423/97, 424/97, 425/97 y 433/97.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento procesal anterior al de dictarse la referida Sentencia, a fin de que por el órgano judicial se dicte nueva Sentencia en la que no se inadmita el recurso contencioso-administrativo con base en la falta de legitimación activa.

COMENTARIO

La cuestión de fondo (Competencia o no de determinados miembros de las FAS en materia aeronáutica), ha de ser examinada —y no silenciada— por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en control de la potestad reglamentaria.

Acertada decisión del T. Constitucional, en el aspecto formal examinado, que no prejuzga la cuestión de fondo.

Sentencia de 22 abril, núm. 74/2004. T.C. Sala Segunda.

Recurso de Amparo núm. 7159/2002.

Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo

Recurso de amparo contra Sentencia, de 18-11-2002, de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, desestimatoria de recurso de casación interpuesto contra Sentencia, de 21-12-2001, del Tribunal Militar Territorial Quinto, que confirmó sanción de pérdida de un día de haberes impuesta al recurrente en amparo como autor de una falta leve impuesta por Resolución, de 29-12-2000, del Teniente Jefe interino de la Tercera Compañía de la Comandancia de la Guardia Civil de Santa Cruz de Tenerife, confirmada en alzada por Resolución, de 02-02-2001, del Comandante Segundo Jefe de la Comandancia y por Resolución, de 04-04-2001, del Coronel Jefe de la Zona de Canarias, y contra estas tres Resoluciones. Vulneración de los derechos fundamentales a la asistencia letrada y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa: existencia: **otorgamiento de amparo.**

I. ANTECEDENTES DE HECHO (RESUMEN)

Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso, relevantes para su resolución, son los siguientes:

a) El guardia civil don Iñigo, con destino en la Patrulla del Servicio de Protección a la Naturaleza (SEPRONA) de la Tercera Compañía de la Comandancia de la Guardia Civil de Santa Cruz de Tenerife, se encontraba de baja para el servicio cuando, previa citación, el 23 de diciembre de 2000 se presentó ante el Teniente Jefe interino de su Com-

pañía, el cual le informó de que debía presentarse en el botiquín de la Unidad, ante el Comandante Médico al objeto de verificación de los motivos de su baja médica. El referido Teniente, aprovechando la presencia del demandante, le informó de que iba a proceder a la iniciación de procedimiento oral, previsto para las faltas leves en la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, por unas posibles réplicas desatentas realizadas a su persona el día anterior. A ello contestó el guardia civil que, si daba cuenta de él, en relación con ese incidente del día anterior, también él daría parte del Teniente por haberle ordenado comparecer a su presencia estando de baja para el servicio.

b) Toda vez que el Oficial consideró que estas últimas manifestaciones pudieran ser constitutivas de falta, el 28 de diciembre de 2000 le instó para que expresara cuanto en su descargo considerara pertinente, lo que el guardia civil don Iñigo hizo, alegando que venía acompañado de una Abogada, a la que no se permitía su presencia en ese trámite de audiencia; que hace unos días había cursado un escrito dando cuenta de determinadas irregularidades, aun sin tipificar por la Autoridad, y que, en base a ello y al art. 53.3 de la Ley Procesal Militar (LOPM), consideraba que debía recusar al Instructor. A ello añadió que negaba las acusaciones que se le habían hecho, no deseando declarar otra cosa.

c) El 29 de diciembre de 2000 el indicado Teniente Jefe interino de la Compañía le impuso la sanción de pérdida de un día de haberes como autor de una falta leve consistente en «la falta de respeto a los superiores y, en especial, las razones descompuestas y réplicas desatentas a los mismos», prevista en el art. 7.14 LODGC, a causa de que el 23 de diciembre de 2000, al ser informado por él mismo, en su condición de superior, de la apertura de un procedimiento por falta leve, le contestó que, si daba cuenta de él, en relación con ese incidente del día anterior, también él daría parte del Teniente por haberle ordenado comparecer a su presencia, estando de baja para el servicio.

d) El interesado interpuso contra la Resolución sancionadora un primer recurso de alzada, que fue desestimado por Resolución del Comandante Segundo Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Santa Cruz de Tenerife de 2 de febrero de 2001 y contra esta Resolución presentó un segundo recurso, que fue desestimado por Resolución del Coronel Jefe de la Zona de Canarias de la Guardia Civil de 4 de abril de 2001.

e) Contra tales Resoluciones formuló el sancionado recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario ante el Tribunal Militar Territorial Quinto (con sede en Santa Cruz de Tenerife).

Admitido a trámite el recurso el Tribunal Militar Territorial acordó, en el curso del procedimiento, su recibimiento a prueba mediante Auto de 13 de julio de 2001. El recurrente propuso diversa prueba documental y testifical, recayendo Auto de 11 de septiembre de 2001 mediante el cual el Tribunal Militar Territorial denegó la práctica de la prueba testifical y parte de la documental por considerar que se referían a cuestiones ajenas al hecho sancionado, al que estimó indiferente la mayor o menor empatía entre el Oficial y el guardia civil o las medidas tomadas por el Oficial en circunstancias distintas a la enjuiciada. Contra el anterior Auto, el demandante interpuso recurso de súplica, que fue desestimado por Auto de 2 de noviembre de 2001.

El Tribunal dictó Sentencia, de fecha 21 de diciembre de 2001 desestimando el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

a) Notificada la Sentencia a las partes, la representación procesal del demandante manifestó su intención de interponer recurso de casación contra la misma, recurso que se tuvo por preparado mediante Auto del Tribunal Militar Territorial de 11 de febrero de 2002. Debidamente emplazado y comparecido ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo formalizó el recurso de casación, que se fundamentó en cinco motivos: 1) Denegación de la práctica de pruebas propuestas con la finalidad de acreditar la existencia de animadversión del mando sancionador hacia el recurrente. 2) Vulneración del derecho a la asistencia letrada en el trámite de audiencia del procedimiento disciplinario. 3) Conculcación del art. 53.3 LOPM, regulador de la causa de recusación invocada, y consiguientemente del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). 4) Vulneración del principio de presunción de inocencia. 5) Conculcación del art. 25 CE, por no concurrir los elementos del tipo disciplinario aplicado.

b) El recurso de casación, registrado con el núm. 65/2002, fue desestimado mediante Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2002, que confirmó íntegramente los pronunciamientos del Tribunal Militar Territorial Quinto.

La demanda de amparo denuncia la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (RESUMEN)

La demanda tiene carácter mixto, en la medida en que, junto a las vulneraciones de derechos fundamentales atribuidas a las resoluciones admi-

nistrativas (art. 43 LOTC), se imputa una vulneración autónoma a las resoluciones de los órganos de la jurisdicción militar que confirmaron aquéllas (art. 44 LOTC), por lo que, como hemos hecho en otras ocasiones (por todas, SSTC 47/2001, de 15 de febrero, F. 4; 119/2001, de 24 de mayo, F. 4; 26/2002, de 11 de febrero, F. 3 y 159/2003, de 15 de septiembre, F. 2), nuestro enjuiciamiento se iniciará con el examen de las lesiones aducidas frente a las resoluciones administrativas, una vez delimitado el objeto de la demanda de amparo.

... Debemos comenzar por recordar, una vez más, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia en el procedimiento administrativo sancionador. «Según tiene reiteradamente afirmado este Tribunal, «la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas..., pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: Que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio» [SSTC 76/1990, de 26 de abril, F. 8 b), y 169/1998, de 21 de julio, F. 2]. De entre los contenidos que incorpora el derecho fundamental ahora invocado (enumerados para el proceso penal en la STC 17/2002, de 28 de enero, F. 2), resulta de todo punto aplicable al procedimiento administrativo sancionador la exigencia de un acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del acusado, sin que a éste pueda exigírsele una *probatio diabolica* de los hechos negativos (por todas, STC 45/1997, de 11 de marzo, F. 4). Sin perjuicio de lo cual, es obligado recordar que no corresponde a este Tribunal la revisión de la valoración del material probatorio efectuado por la Administración sino sólo llevar a cabo una supervisión externa de la razonabilidad del discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante (por referencia al proceso penal, STC 249/2000, de 30 de octubre, F. 3)» (SSTC 117/2002, de 20 de mayo, F. 9 *ab initio* y 131/2003, de 30 de junio, F. 7).

La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso determina la desestimación de este motivo del recurso, ya que la percepción directa por

los superiores jerárquicos de hechos sancionables realizados por quienes les están subordinados puede constituir válida prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia. Y solamente podemos constatar, en el limitado margen de actuación de que dispone este Tribunal en tal materia, que no se ha lesionado en modo alguno el derecho a la presunción de inocencia, pues existe, sin duda alguna, actividad probatoria de cargo. Cuestión distinta es la concerniente a si al demandante de amparo se le denegó indebidamente la práctica de otras pruebas que hubieran podido contrarrestar la referida prueba de cargo; sobre ello se tratará al examinar la queja de vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa.

... Se aduce también por el demandante de amparo la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por no haber apreciado, ni la Administración ni la jurisdicción militar, la causa de recusación prevista en el art. 53.3 LOPM, consistente en «estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta», alegando que el mando que impuso la sanción, que fue quien practicó el trámite de audiencia, había sido denunciado por el recurrente ante el Director General del Cuerpo por la comisión de determinadas irregularidades.

Tanto la Sentencia dictada por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo como la del Tribunal Militar Territorial Quinto no consideran aplicable en el procedimiento oral regulado en el art. 38 LODGC para la sanción de faltas leves el régimen de abstención y recusación recogido en el Capítulo III del Título IV de la referida Ley, relativo al expediente disciplinario por faltas graves y muy graves. Previamente las resoluciones administrativas impugnadas añadían al anterior razonamiento el de estimar que la presentación de la denuncia, después de serle anunciada al recurrente la apertura del procedimiento y cuatro días antes de recaer la resolución sancionadora aparecía como una argucia, sin que se aprecie indicio alguno que pudiera llevar a pensar que el referido Oficial se había conducido por motivos distintos a los que resultaban propios.

De conformidad con nuestra doctrina hemos de recordar que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías —entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador— es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos (SSTC 22/1990, de 15 de febrero, F. 4, y 76/1990, de 26 de abril, F. 8.a;

AATC 320/1986, de 9 de abril, F. 4, y 170/1987, de 11 de febrero, F. 1). Como ya se expresó en la STC 22/1990, de 15 de febrero (F. 4), no es ocioso traer a colación la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al Derecho administrativo sancionador se trata; esta delicada operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. De este modo en distintas ocasiones el Tribunal Constitucional ha sostenido que no puede pretenderse que, ni el Instructor de un procedimiento administrativo sancionador, ni menos aún el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las mismas garantías que los órganos judiciales (STC 14/1999, de 22 de febrero, F. 4).

... En consecuencia, la interpretación y aplicación del régimen de abstención y recusación de quienes integran los órganos administrativos pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria, sin que pueda utilizarse la vía del recurso de amparo para revisar la realizada por los tribunales, en este caso por la jurisdicción militar, ya que el recurso de amparo no constituye una tercera instancia judicial en la que puedan debatirse problemas de mera legalidad ordinaria (ATC 170/1987, de 11 de febrero, F. 2).

En consecuencia las restricciones al ejercicio del derecho de asistencia letrada sólo resultarán admisibles en la medida en que ese ejercicio resulte incompatible con la finalidad del procedimiento disciplinario.

La razón de ser del procedimiento oral regulado en el art. 38 LODGC para la corrección de las faltas leves que pudieran cometer los miembros de la Guardia Civil, no sólo estriba en la entidad menor de las infracciones leves, sino también en la necesidad del rápido restablecimiento de la disciplina militar cuando concurren infracciones de esa naturaleza. Por tanto, se hace preciso valorar si el modo en que el demandante pretendió contar con asistencia letrada resultaba incompatible con la necesidad de un pronto restablecimiento de la disciplina quebrantada. Para ello debemos considerar dos datos: primero, que el hecho motivador de la actuación disciplinaria se habría producido el día 23 de diciembre de 2000 y que para la práctica del trámite de audiencia se señaló el día 28 del mismo mes; y, segundo, que la Abogada cuya presencia pretendía el recurrente se encontraba ya en las dependencias oficiales en el momento en que se iba a practicar el indicado trámite de audiencia, por lo que su realización no hubiera sufrido demora alguna por la circunstancia de que al mismo hubiera asistido la Letrada. En consecuencia hemos de concluir que la finalidad del rápido restablecimiento de la disciplina militar, fundamento, como hemos dicho, del procedimiento oral sumario para la corrección de las

infracciones leves regulado en el art. 38 LODGC, no resultaba comprometida, y que la restricción al derecho a la asistencia letrada careció de justificación desde la perspectiva constitucional.

... Con independencia de la actuación administrativa examinada, la demanda atribuye directamente a los órganos de la jurisdicción militar la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE) en la medida en que el recurrente pretendió desvirtuar la principal prueba de cargo mediante la incorporación de otras pruebas cuya práctica fue denegada.

La consolidada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) puede sintetizarse así en sus líneas principales (SSTC 165/2001, de 16 de julio, F. 2; 168/2002, de 30 de septiembre, F. 3; y 131/2003, de 30 de junio, F. 3):

«a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio; 211/1991, de 11 de noviembre; 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997, de 10 de noviembre; 198/1997, de 24 de noviembre; 205/1998, de 26 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 96/2000, de 10 de abril, F. 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* (STC 26/2000, de 31 de enero, F. 2).

b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000 [F. 2), siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio; 233/1992, de 14 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 131/1995; 164/1996, de 28 de octubre; 189/1996, de 25 de noviembre; 89/1997, de 10 de noviembre; 190/1997; 96/2000, F. 2).

c) Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. Por el contrario, este Tribunal sólo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de

dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial (SSTC 233/1992, de 14 de diciembre, F. 2; 351/1993, de 29 de noviembre, F. 2; 131/1995, de 11 de septiembre, F. 2; 35/1997, de 25 de febrero, F. 5; 181/1999, de 11 de octubre, F. 3; 236/1999, de 20 de diciembre, F. 5; 237/1999, de 20 de diciembre, F. 3; 45/2000, de 14 de febrero, F. 2; 78/2001, de 26 de marzo, F. 3).

d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea «decisiva en términos de defensa» (SSTC 1/1996, de 15 de enero, F. 2; 219/1998, de 17 de diciembre, F. 3; 101/1999, de 31 de mayo, F. 5; 26/2000, F. 2; 45/2000, F. 2). A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo. (SSTC 1/1996, de 15 de enero; 164/1996, de 28 de octubre; 218/1997, de 4 de diciembre; 45/2000, F. 2).

e) La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, F. 3; 131/1995, de 11 de septiembre, F. 2); y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, F. 3; 147/1987, de 25 de septiembre, F. 2; 50/1988, de 2 de marzo, F. 3; 357/1993, de 29 de noviembre, F. 2), ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, F. 8; 1/1996, de 15 de enero, F. 3; 170/1998, de 21 de julio, F. 2; 129/1998, de 16 de junio, F. 2; 45/2000, F. 2; 69/2001, de 17 de marzo, F. 28)».

Reproducida, en lo esencial, la doctrina constitucional sobre la materia, debemos examinar, en primer lugar, la circunstancia de que las prue-

bas denegadas no fueran propuestas en el curso del procedimiento administrativo sancionador, sino en el recurso contencioso-disciplinario, lo que lleva al Ministerio Fiscal a cuestionar la relevancia constitucional de la vulneración aducida en atención a que, no habiéndose propuesto previamente en la vía administrativa la práctica de las pruebas que sí se solicitaron posteriormente ante la jurisdicción militar, no podría alegarse ahora una indefensión que deriva única y exclusivamente de la propia negligencia, al no haber sido propuesta la prueba en tiempo y forma adecuados.

Este óbice no puede ser acogido, desde el entendimiento de que el procedimiento administrativo no supone una primera instancia procesal en relación con el posterior recurso contencioso-disciplinario militar, sino que éste constituye, por el contrario, un proceso plenario en el que pueden practicarse todo tipo de pruebas admisibles. Al igual que el recurso Contencioso-Administrativo el recurso contencioso-disciplinario militar no ha de fundarse necesariamente en lo ya alegado previamente ante la Administración demandada, sino que, siempre que no se incurra en desviación procesal, podrán aducirse en él cuantos motivos se estimen convenientes en relación al acto administrativo impugnado, se hubiesen alegado o no al agotar la vía administrativa. Así se desprende del art. 482 LOPM, según el cual en la demanda y en la contestación podrán «alegar-se cuantos motivos procedan aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso en vía disciplinaria», y así ha sido entendido por la jurisprudencia de este Tribunal cuando ha tenido ocasión de enjuiciar resoluciones judiciales que partían de un entendimiento extraordinariamente rígido del llamado carácter revisor de la jurisdicción Contencioso-Administrativa (SSTC 160/2001, de 5 de julio, F. 5 y 202/2002, de 28 de octubre, F. 3). Esa posibilidad de incorporar en el proceso judicial motivos de impugnación no planteados en la vía administrativa debe conllevar el derecho a aportar las pruebas que acrediten las alegaciones planteadas *ex novo*. Por tanto las pruebas fueron solicitadas en el momento procedimental adecuado (tras dictarse por el Tribunal Militar Territorial Quinto el Auto de 13 de julio de 2001, mediante el que acordó el recibimiento del procedimiento a prueba).

El Tribunal Militar Territorial Quinto, mediante Auto de 11 de septiembre de 2001, confirmado en súplica por el de 2 de noviembre de 2001, aprecia la impertinencia de estas pruebas por no guardar relación con el objeto del procedimiento, argumentando que «el conjunto de la prueba documental y testifical no admitida se refiere a cuestiones ajenas a este hecho, al que es indiferente la mayor o menor empatía entre el Oficial y el Guardia Civil o las medidas tomadas por el Oficial en cir-

cunstancias distintas a la presente y que podrían ser en su caso objeto de otro tipo de análisis jurídico». Al resolver sobre el recurso de casación la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo razona en los siguientes términos: «Ya en la sentencia recurrida se da cumplida respuesta a esta alegación (también planteada ante el Tribunal de instancia) que recoge lo que ya en los autos de 11 de septiembre y 2 de noviembre de 2001 había manifestado con mayor extensión dicho Tribunal. Dado que los razonamientos contenidos, tanto en la sentencia impugnada como en los referidos autos, no pueden ser considerados arbitrarios ni ilógicos y que, por otra parte —como reiteradamente se ha declarado por esta Sala— el derecho a proponer y practicar prueba no es ilimitado y que la negativa a la aceptación de los medios de prueba es válida, siempre que la misma se fundamente y sea razonable, ha de concluirse que tales requisitos concurren en el caso presente sin que pueda considerarse que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva ni se le ha producido indefensión al recurrente. Ha de desestimarse, por tanto, este primer motivo de casación».

En definitiva, el criterio de los órganos de la jurisdicción militar ha sido el de considerar que la posible animadversión del Teniente que impuso el correctivo disciplinario hacia el guardia civil sancionado no guarda relación con el objeto del procedimiento y, por ello, debe quedar al margen de la actividad probatoria a desarrollar en el proceso. Sin embargo debe considerarse que la prueba de cargo que sustenta la resolución sancionadora no es otra que la percepción por el propio Oficial que sanciona, que fue, al mismo tiempo, el destinatario de la réplica desatenta que se atribuye al guardia civil sancionado. Esto es, coinciden en la misma persona la condición de destinatario de la ofensa y de Autoridad sancionadora. Desde tal singularidad, cuya corrección no se cuestiona en este procedimiento de amparo, no puede calificarse de irrelevante que pueda existir una previa animadversión del sancionador hacia el sancionado, pues, en definitiva, que el ordenamiento jurídico atribuya al propio ofendido la competencia para sancionar al ofensor se sustenta en la presunción *iuris tantum* de que la potestad disciplinaria se ejercerá sin sombra de irregularidad o desviación de poder. Puesto que, mediante algunas de las pruebas cuya práctica se denegó, a lo que se aspiraba era a combatir la eficacia probatoria de la apreciación personal del mando sancionador, hay que concluir que la denegación *in genere* de las mismas vulneró el derecho del recurrente a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), provocando con ello la indefensión proscrita por nuestra Constitución.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Iñigo y, en consecuencia:

1.º Declarar que se han vulnerado los derechos del demandante a la asistencia letrada y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE).

2.º Restablecerlo en sus derechos y, a tal fin, anular ...

3.º Retrotraer las actuaciones al momento del trámite administrativo de audiencia al recurrente para que se practique de forma que sea respetuosa con su derecho a la asistencia letrada.

COMENTARIO

El hecho, subrayado, de la presencia de la Abogada en las dependencias oficiales en el trámite de audiencia, no justifica en modo alguno la negativa a su intervención profesional, al no suponer dilación alguna.

La Sentencia ayuda a una interpretación lógica y racional del derecho a Asistencia Letrada, cuando es factible sin merma de la actividad administrativa sancionadora.

Sentencia de 12 de julio. núm. 119/2004. T.C. Sala Primera.

Recurso de Amparo núm. 7164/2002.

Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel

Recurso de amparo contra Auto del Tribunal Militar Territorial Quinto, de 21-11-2002 que confirmó el recurso de queja promovido contra el Auto del Juez Togado Militar Territorial de 22-10-2002 por el que se denegaba la personación del recurrente como acusación particular en las diligencias previas que se instruían por una denuncia de malos tratos sufridos en el transcurso de unas maniobras militares. Vulneración de los dere-

chos fundamentales a la igualdad ante ley y a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales: existencia: **otorgamiento de amparo**.

I. ANTECEDENTES DE HECHO (RESUMEN)

... El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes, que a continuación se exponen:

a) El 18 de septiembre de 2001, el demandante de amparo, soldado MPTM, denunció, ante el Juzgado Togado Militar Territorial núm. 52 de Las Palmas de Gran Canaria, los supuestos malos tratos sufridos, en la noche del día 4 de octubre de 2000, cuando se encontraba con los componentes de su unidad, llevando a cabo maniobras militares.

b) Incoadas diligencias previas y tras llevarse a cabo las actuaciones tendentes al esclarecimiento y comprobación de los hechos, se acordó, por Auto de 18 de junio de 2002, elevar las citadas diligencias al sumario 52-07-2002, decretándose el procesamiento y libertad provisional, como autores de un presunto delito de abuso de autoridad, previsto y penado en el art. 106 del Código Penal militar, del ...

c) Luego, con fecha 3 de octubre de 2002, el demandante presentó escrito ante el Juzgado solicitando que se le tuviera por parte en las actuaciones, en calidad de perjudicado, a fin de ejercitar las acciones civiles y penales que procediesen.

d) El Juzgado Togado Militar Territorial núm. 52 dictó Auto, el día 22 de octubre de 2002, acordando no acceder a la petición del demandante de amparo de personarse como parte en las actuaciones con el carácter de acusador particular, para ejercer acciones penales y civiles contra los oficiales, suboficiales y soldados por él denunciados.

En el mencionado Auto, tras indicar que los arts. 127 de la Ley Orgánica procesal militar (LOPM) y 108 de la Ley Orgánica de competencia y organización de la jurisdicción militar (LOJM), después de establecer el derecho de toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos a mostrarse parte en el procedimiento como acusador o actor civil, lo excepcionan en el caso de que el ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinados, y tras citar diversa jurisprudencia del Tribunal Supremo que determina que es superior todo militar que ejerce mando respecto de otro, ya sea en función de su empleo más elevado, ya sea en atención al cargo o función que desempeña, se llega a la conclusión de que en este caso, entre denunciante y perjudicados —soldado MPTM y capitanes y sargento primero—, existía en el momento de la comisión de los

hechos tanto relación jerárquica específica por el mando directo que ejercían sobre los últimos sobre el primero, como la relación jerárquica genérica que se produce entre el superior en empleo y el inferior, lo que le impide ejercer tanto la acusación particular como la acción civil. Seguidamente hace el Auto referencia a las SSTC de 10 de mayo y 2 de julio de 2001, que otorgaron el amparo en casos idénticos al actual y acordaron plantear ante el Pleno cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 108.2 LOJM y 127.1 LOPM, afirmando que la admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspende la vigencia ni la aplicación de los preceptos cuya constitucionalidad se cuestione y, por tanto, su aplicación, que es vinculante para los órganos de la Jurisdicción Militar.

e) El demandante de amparo interpuso recurso de queja contra el anterior Auto, que fue desestimado por Auto del Tribunal Militar Territorial Quinto, de 21 de noviembre de 2002, al considerar que concurren todos los elementos que los arts. 108.2 LOJM y 127.1 LOPM contienen para impedir la personación del demandante de amparo en calidad de acusador particular.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (RESUMEN)

La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación del Auto del Juzgado Togado Militar Territorial núm. 52, de 22 de octubre de 2002, confirmado en queja por el Auto del Tribunal Militar Territorial Quinto, de 21 de noviembre de 2002, por el que se desestimó la pretensión del recurrente en amparo, soldado MPTM, de personarse en el sumario núm. 52-7-2002 con el carácter de acusador particular para ejercitar acciones penales y civiles contra los oficiales y suboficiales por él denunciados y de los que depende jerárquicamente, y contra los soldados asimismo por él denunciados. Ambas resoluciones judiciales fundaron la denegación de la personación en lo dispuesto en el art. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar (LOJM) y en el art. 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar (LOPM), preceptos que vedan la comparecencia en concepto de acusador particular y actor civil «cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación», en los términos del último de los preceptos legales citados.

... Carece de consistencia la queja que el recurrente en amparo dirige a las resoluciones judiciales impugnadas por efectuar una aplicación rigurosa e inadecuada del supuesto de hecho de los preceptos en que se contiene la excepción a la que venimos aludiendo, al considerar que no concurre en

el caso el requisito condicionante de que siendo denunciante y denunciados militares «existe entre ellos relación jerárquica de subordinación».

Como hemos dicho en la STC 157/2001, de 2 de julio, F. 3, la interpretación del concepto legal «relación jerárquica de subordinación», que emplean tanto el art. 108, párrafo 2, LOJM, como el art. 127, párrafo 1, LOPM, corresponde en principio a los Jueces y Tribunales militares. La que se ha realizado en este caso en las resoluciones judiciales impugnadas en modo alguno cabe tildarla de ilógica, arbitraria, desprovista de razonabilidad o desproporcionada, habida cuenta, no sólo de la superioridad de los empleos militares de los denunciados en relación con el que ostenta el demandante de amparo (los primeros, capitanes y sargento primero, y el segundo soldado MPTM), sino también del destino de unos y otro en la misma unidad, no quebrándose esa relación jerárquica por el hecho de que el recurrente en amparo, en el momento de instar su personación en el sumario, hubiera dejado de prestar servicios en la unidad en que se encontraba cuando ocurrieron los hechos y se hubiera prorrogado su compromiso con las Fuerzas Armadas únicamente hasta la conclusión del expediente de aptitud psicofísica, pues tal circunstancia podría en su caso matizar, pero en modo alguno romper, la relación jerárquica de subordinación entre denunciante, quien continúa en la situación administrativa de servicio activo, y denunciados. Procede, en consecuencia, rechazar también esta queja y concluir que los Autos impugnados no han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo al aplicar los antes mencionados preceptos legales.

... La cuestión central de la presente demanda de amparo, y que mayor enjundia constitucional presenta, queda así circunscrita a determinar si los arts. 108, párrafo 2, LOJM y 127, párrafo 1, LOPM contradicen las exigencias del principio de igualdad (art. 14 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en cuanto vedan en el proceso penal militar el ejercicio de la acusación particular y de la acción civil cuando el perjudicado y el inculpa-do sean militares y exista entre ellos una relación jerárquica de subordinación.

El Pleno de este Tribunal, en la STC 115/2001, de 10 de mayo, y la Sala Segunda, en la STC 157/2001, de 2 de julio, al resolver el recurso de amparo, se ha pronunciado sobre la compatibilidad entre los indicados arts. 108, párrafo 2, LOJM, y 127, párrafo 1, LOPM, con las exigencias del principio de igualdad (art. 14 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a cuyos razonamientos jurídicos procede remitirse y tener por reproducidos ahora en el caso que nos ocupa (FF. 4 a 12), habiendo llegado a la conclusión de que «la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108, párrafo 2, LOJM, y en el art. 127, párrafo 1, LOPM, no encuentra justifi-

cación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y de los Institutos armados de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la Ley *ex art.* 14 CE y, al propio tiempo, lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado en el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en relación con el mandato contenido en el art. 117.5, inciso final, del texto constitucional, precepto éste que exige al legislador, al regular el ejercicio de la jurisdicción militar, que lo haga «de acuerdo con los principios de la Constitución»».

Procede, en consecuencia, otorgar el amparo solicitado. Como dijimos en nuestra STC 186/1989, de 13 de noviembre, F. 2, no resulta necesario que la Sala haga uso de la facultad prevista en el art. 55.2 LOTC, puesto que las SSTC 115/2001 y 157/2001, han elevado ya al Pleno de este Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 108, párrafo 2, LOJM y con el art. 127, párrafo 1, LOPM, respecto del inciso, por lo que se refiere a este último precepto, «excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación».

FALLO (RESUMEN)

Estimar la demanda de amparo promovida por Víctor Manuel y, en su virtud:

1.º Reconocer los derechos del recurrente en amparo a la igualdad en la Ley (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Declarar la nulidad ...

3.º Retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno al objeto de que la solicitud del recurrente en mostrarse parte en la causa como acusador particular sea resuelta de conformidad con los derechos fundamentales reconocidos.

COMENTARIO

La aludida elevación al Pleno del Tribunal Constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 108.20 LOJM y artículo 127.1. LOPM, y la publicación de la Sentencia del Pleno núm. 179/2004, nos obliga a remitirnos a ésta que declara la inconstitucionalidad del tenor de los preceptos aludidos de las LOPM y LOJM.

Sentencia de 13 de julio, núm. 123/2004. T.C. Sala Primera.

Recurso de Amparo núm. 1606/1999.

Ponente: D. Javier Delgado Barrio

Voto particular

Recurso de amparo contra Auto de 03-03-1999, de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, por el que se acuerda denegar la autorización para interponer recurso extraordinario de revisión de Sentencia condenatoria a pena de muerte de 13-08-1963, dictada por el Consejo de Guerra. Vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa: existencia: **otorgamiento de amparo.**

I. ANTECEDENTES DE HECHO (RESUMEN)

Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son los siguientes:

... Por Sentencia de 13 de agosto de 1963, dictada por el Consejo de Guerra que conoció del procedimiento sumarísimo núm. 1118/63, fueron condenados a muerte don Francisco y don Joaquín, penas que fueron ejecutadas el día 17 de agosto de 1963. Dicha Sentencia considera probada la pertenencia de ambos a la Federación Ibérica de Juventudes Libertarias, así como la realización de diversas misiones para la citada organización, y en concreto la colocación de dos artefactos explosivos en la Dirección General de Seguridad y en la Delegación Nacional de Sindicatos el 29 de julio de 1963, que estallaron ese día causando el primero de ellos múltiples heridos y el segundo sólo daños materiales. Tales hechos son calificados como delito de terrorismo, consistente en «provocar explosiones para atentar contra la seguridad pública y perturbar la tranquilidad, el orden y los servicios públicos, empleando medios y artificios capaces de ocasionar grandes estragos».

... Mediante Auto de fecha 3 de marzo de 1998, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo acordó tener por solicitada autorización para la interposición de recurso de revisión contra la citada Sentencia por doña Pilar y don Francisco, no aceptando la pretensión formulada por doña Françoise (sobrina de don Joaquín, por entender el Tribunal que, de conformidad con el art. 329 de la Ley Procesal Militar, carecía de legitimación para interponer el recurso) y, con carácter previo a la adopción de una resolución definitiva sobre la autorización para interponer el citado recur-

so, se ordenaba practicar las diligencias pertinentes a fin de dar credibilidad a los testimonios en que se fundamentaba la pretensión, para lo cual se estimó oportuno interesar la remisión de la causa núm. 1118/63 y recibir testimonio a don Antonio para que, a presencia judicial y con intervención del Ministerio Fiscal, prestase declaración en relación con las manifestaciones unidas a la solicitud.

... El día 21 de mayo de 1998 se practica la declaración testifical de don Antonio, quien se ratifica en sus declaraciones anteriores. A preguntas del Ministerio Fiscal, manifiesta que no tiene medios objetivos para acreditar su participación directa y personal en la colocación de los explosivos en la Dirección General de Seguridad y en la sede de Sindicatos, junto con don Sergio, pero que puede aportar las direcciones de una serie de personas, que señala como posibles testigos.

... El día 3 de marzo de 1999, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo dicta Auto en el que se acuerda denegar la autorización para interponer recurso de revisión contra la Sentencia de 13 de agosto de 1963.

En su razonamiento jurídico segundo, el Auto analiza, en primer lugar, el testimonio de don Antonio, afirmando que incurre en contradicciones, pues en el escrito unido a las actuaciones manifestó que después de colocar el explosivo no podrían huir por la calle Carretas, porque había muchos guardias vigilándola, y sin embargo en su declaración testifical señala que transitaron por esa calle con la bomba y que el Sr. ... la armó en los lavabos de un bar de la misma. También destaca que en su declaración reconoció carecer de cualquier medio objetivo de prueba que acreditara la veracidad de sus manifestaciones. En segundo lugar, analiza que don Sergio, a quien se atribuye la colocación de las bombas, no ha comparecido ante el Tribunal, pese a haberse fijado dos veces fecha y hora para ello, indicando finalmente a la parte promovente que señalara el día y la hora en la que el testigo podía comparecer, lo que no ha tenido lugar «por la fútil e inaceptable razón de que el Sr. ... tiene miedo de la justicia española».

... Por último, en el razonamiento cuarto se afirma que ha de acordarse la denegación de la autorización para interponer el recurso de revisión, ya que las pruebas aportadas son escasas y débiles, por su carácter testifical, por el momento en que se proponen y practican y por esa carencia de todo apoyo objetivo, de suerte que no se considera posible que pueda llegar a evidenciarse el pretendido error patente y manifiesto del órgano judicial al dictar Sentencia en la causa 1118/63.

... La demanda de amparo, tras exponer los hechos, denuncia la vulneración de los arts. 24.1 y 2 CE, por entender que la sistemática denega-

ción de pruebas testificales relevantes propuestas ha generado indefensión.

... Afirma el Ministerio Fiscal que lo que se contiene en la exposición de hechos de la demanda no es otra cosa que una temeraria falta de verdad en la práctica totalidad de sus afirmaciones, que resultan desautorizadas con una somera lectura de la resolución recurrida en amparo.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (RESUMEN)

... Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo, hemos de analizar de oficio la posible concurrencia de alguna de las causas de inadmisibilidad previstas en el art. 50.1 LOTC.

... En tales circunstancias, no puede invocarse una aplicación flexible del art. 46.1 b) LOTC, porque doña Françoise no ha cuestionado en ningún momento su no consideración como parte en el proceso, ni ha acudido en amparo para denunciar en esta vía la imposibilidad de haber sido parte en el procedimiento por causas imputables al órgano judicial, con la consiguiente infracción de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), sino que su pretensión se dirige *per saltum* a obtener de este Tribunal un pronunciamiento sobre la eventual vulneración de derechos en aquel proceso, lo cual no puede ser aceptado sin desvirtuar el carácter subsidiario que la Constitución otorga al recurso de amparo (en la misma línea, *mutatis mutandi*, STC 158/2002, de 16 de septiembre, F. 3). Por lo demás, las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales que se hubieran producido pueden ser sostenidas en el presente proceso de amparo por los otros demandantes, que sí fueron parte en el proceso, quedando por tanto suficientemente garantizada la tutela de los mismos.

Por todo ello, procede declarar inadmisibile el recurso de amparo exclusivamente en cuanto a doña Françoise, de acuerdo con lo previsto en el art. 50.1 a) LOTC, en relación con el art. 44.1 a) del mismo texto legal.

... Resuelta la anterior cuestión, ha de recordarse que, conforme a nuestra doctrina, la denegación o concesión de la autorización para la interposición del recurso de revisión prevista en el art. 957 LECrim corresponde en exclusiva a los órganos de la jurisdicción ordinaria, que habrán de valorar las pruebas aportadas y decidir si, a la vista de las mismas, concurría o no el motivo de revisión invocado (STC 7/1981, de 30 de marzo, F. 5; AATC 549/1983, de 16 de noviembre, F. 3; 113/1987, de 4 de febrero, F. único; 119/2001, de 8 de mayo, F. 1), sin que este Tribunal pueda revisar tales decisiones como si de una nueva instancia judicial

se tratase. Nuestro control sobre las mismas ha de llevarse a cabo desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, cuyas garantías, al igual que las del proceso debido y, en concreto, en este caso el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), alcanzan al recurso de revisión penal (SSTC 124/1984, de 18 de diciembre, F. 3; 150/1997, de 20 de septiembre, F. 3), con las peculiaridades que puedan derivarse de su carácter excepcional.

En efecto, «el recurso de revisión, encaminado a la anulación de una Sentencia firme y que significa, en consecuencia, una derogación al principio preclusivo de la cosa juzgada, exigencia de la seguridad jurídica, es por su propia naturaleza un recurso extraordinario, históricamente asociado al derecho de gracia y sometido a condiciones de interpretación estricta. Sin negar que, como tal recurso extraordinario, obedezca a las preocupaciones propias del art. 24 de la Constitución, su existencia se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia, configurada por el art. 1.1 de la Constitución, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político, como uno de los «valores superiores» que propugna el Estado social y democrático de Derecho en el que España, en su virtud, se constituye. Es una exigencia de la justicia, tal y como la entiende el legislador constituyente, estrechamente vinculada a la dignidad humana y a la presunción de inocencia, por cuanto el factor por el que resultó neutralizada ésta en la Sentencia cuya revisión se pide, resulta a su vez anulado por datos posteriores que la restablecen en su incolumidad. Bien cabe afirmar que, dados los supuestos que para su interposición se exigen, tal recurso, independientemente de los ya existentes en el procedimiento en aras del descubrimiento de la verdad penal y de la consecución del fallo más adecuado, es un postulado inexcusable de la justicia, por cuanto la circunstancia que permite acudir a él implica un hecho o medio de prueba que venga con posterioridad a evidenciar la equivocación del fallo. Y el fin del proceso penal, como medio para la fijación de la verdad de los hechos y de su consiguiente tratamiento legal, no puede conducir a que el efecto preclusivo de la Sentencia condenatoria pueda prevalecer» (SSTC 124/1984, de 18 de diciembre, F. 6; 150/1997, de 29 de septiembre, F. 5).

... No se trata, pues, de apreciar ya, en ese momento procesal, si existen «pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo», sino de valorar si hay una base *prima facie* bastante para dar curso a la revisión.

... Y como hemos visto, a la Sala, para esa afirmación *prima facie*, se le atribuye un claro protagonismo en la búsqueda de «la verdad de los

hechos» practicando las diligencias pertinentes, cuando existen dudas razonables.

En definitiva, pues, el trámite del art. 957 LECrim se incluye en un terreno próximo al acceso a la jurisdicción y en cuanto que tal acceso, cuando existen aquellas dudas, exige la práctica de las diligencias pertinentes, que tienen como finalidad obtener una determinada convicción de la Sala, habrá que aplicar el canon propio del derecho a la prueba: del resultado de aquellas diligencias depende el otorgamiento o la denegación de la autorización para la interposición del recurso, es decir, el acceso a la jurisdicción.

En su escrito inicial, los promoventes del recurso interesaron mediante otrosí que se tomara declaración a don Antonio, lo que se llevó a cabo el día 21 de mayo de 1998, ratificándose en sus declaraciones anteriores, respecto de su participación directa y personal, junto con don Sergio, en la colocación de los explosivos por la que fueron condenados y ejecutados los familiares de los ahora demandantes de amparo.

A la vista de estas declaraciones, la Sala acuerda por dos veces la comparecencia de don Sergio a los efectos de tomarle declaración (inicialmente el día 25 de junio de 1998, solicitando la parte promovente un aplazamiento, que le fue concedido, fijándose como nueva fecha el día 24 de septiembre, a los efectos de que pudiera desplazarse desde París), sin que el testigo compareciera. Por providencia de 22 de octubre de 1998, se requiere a la parte para que indique la fecha en la que el testigo puede desplazarse, requerimiento al que aquélla contesta señalando que no tiene certeza alguna de que el testigo fuera a comparecer, por temor a la justicia española, solicitando que se le citara personalmente en su domicilio de París, siguiendo los trámites pertinentes. La Sala no accede a tal petición, sin proveer nada al respecto, como denuncian los recurrentes. No obstante, en el Auto recurrido en amparo se fundamenta tal decisión precisamente en los sucesivos intentos llevados a cabo por el Tribunal para que el testigo compareciera, destacando que ello no ha tenido lugar «por la fútil e inaceptable razón de que el Sr. ..., según manifiesta la Procuradora Sra. Lobera Argüelles, tiene miedo a la justicia española».

Por otra parte, mediante escrito de fecha 29 de septiembre de 1998, los recurrentes solicitan que se cite como testigos a don Octavio, don Luis Andrés y don Vicente. Posteriormente, mediante nuevo escrito registrado en el Tribunal Supremo el día 25 de noviembre, se aporta una declaración firmada por don Octavio, en calidad de dirigente de la organización Defensa Interior, en la que afirma ser él el organizador y coordinador de las acciones dirigidas a la colocación de los artefactos explosivos, cuya

autoría atribuye a don Antonio y a don Sergio, solicitando que se le cite para declarar como testigo. Igualmente, se interesa que se tome declaración a una serie de personas encausadas y condenadas en el mismo sumario en que lo fueron don Joaquín y don Francisco (a fin de que declaren sobre si fueron sometidos a torturas y malos tratos, así como sobre lo que conocieran del caso) y que se cite como testigo a un periodista, autor de un libro sobre el caso ..., quien se habría entrevistado con muchas personas en relación con tales hechos. El citado escrito y los documentos aportados son unidos a las actuaciones y, sin más trámite, previo traslado al Fiscal, se dicta el Auto de 3 de marzo de 1999.

... En el Auto de 3 de marzo de 1999, la Sala argumenta que se trata de testimonios de personas que no tuvieron intervención directa en los hechos, bien porque se encontraban en el extranjero cuando tuvieron lugar («aun cuando hoy, después de tanto tiempo transcurrido, alguno como don Octavio se atribuya haber sido organizador y planificador de un atentado contra la persona del entonces Jefe del Estado y de otros contra el orden público en España, proyectos terroristas que, según dice, se entrecruzaron», analizando la declaración firmada por el mismo que consta en las actuaciones y destacando que incurre en contradicciones con lo manifestado por don Antonio, en perjuicio de la credibilidad de ambos), bien porque aunque tuvieran relación personal con los ejecutados y condenados, su procesamiento no guardó relación alguna con la colocación de las bombas, « viniendo a ser, por tanto, únicamente testigos de referencia ».

... Sobre la base de lo expuesto, ha de tenerse en cuenta que, aunque nos encontremos ante un recurso de revisión en el que los promoventes han de aportar las pruebas adecuadas para el esclarecimiento de la verdad de los hechos, en aras de la exigencia de justicia, fundamento último de la existencia del procedimiento de revisión (SSTC 124/1984, de 18 de diciembre, F. 6; 150/1997, de 29 de septiembre, F. 5), el órgano judicial puede ordenar la práctica de las diligencias que estime pertinentes, solicitando la cooperación judicial necesaria, si existen dudas razonables en el caso (art. 957 LECrim). Y, en estos autos, la propia actuación del Tribunal Supremo pone de relieve la existencia de dudas razonables, dado que ordenó la práctica de una serie de diligencias, tomando declaración a don Antonio y acordando en dos ocasiones la comparecencia de don Sergio, a quien se atribuía la colocación material de los explosivos y cuyo testimonio, por tanto, la propia Sala consideró relevante a los efectos de conceder o denegar la autorización para interponer el recurso de revisión. Pese a lo cual, cuando la parte promovente — a quien no puede imputarse falta de diligencia procesal —, ante el requerimiento para que indique la fecha en la

que el testigo puede comparecer y la resistencia a comparecer del Sr. ..., solicita su citación personal en París, «siguiendo los trámites pertinentes», es decir, librando la oportuna comisión rogatoria, no se accede a tal petición, sin proveer nada al respecto. Y posteriormente, en el Auto de 3 de marzo de 1999, se afirma la inexistencia de pruebas indubitadas que evidencien el error del fallo, teniendo en cuenta, entre otros argumentos, la incomparecencia de don Sergio.

Pues bien, en tales circunstancias, esto es, constatada la existencia de dudas razonables y la relevancia del testimonio por la actuación del propio órgano judicial y las dificultades de la parte para aportarlo, no por falta de diligencia sino debidas a la resistencia del testigo a comparecer ante la Justicia española, y teniendo en cuenta además las excepcionales circunstancias del presente caso, no resulta constitucionalmente admisible que la Sala no se pronunciara respecto de lo solicitado por la parte, con carácter previo a la adopción de una decisión respecto de la viabilidad o no del recurso de revisión, y, posteriormente, utilizara como uno de los argumentos para la denegación de la autorización, precisamente, la incomparecencia de ese testigo.

Similares reflexiones cabe hacer en relación con la falta de práctica de la restante prueba testifical propuesta, respecto de la que, igualmente, nada se provee en su momento y, posteriormente, el Auto de 3 de marzo de 1999 afirma que se trataba de personas que no intervinieron en los hechos.

Así las cosas, siendo las mencionadas pruebas claramente pertinentes por su relación con los hechos, habiendo sido propuestas oportunamente en el trámite previsto en el art. 957 LECrim y resultando clara su relevancia en cuanto que, acaso, hubieran podido determinar un resultado diferente respecto de la autorización para la interposición del recurso de revisión, no puede entenderse razonable su denegación, por lo que habrá que concluir que efectivamente se ha vulnerado el derecho de los demandantes de amparo a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa — art. 24.2 CE—.

FALLO

Declarar inadmisibile el recurso de amparo interpuesto por doña Françoise y otorgar el amparo solicitado por doña Pilar y don Francisco y, en su virtud:

1.º Reconocer a los demandantes el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE).

2.º Declarar la nulidad del Auto de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1999.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior a aquel en que dicha Sala debió resolver en relación con las diligencias probatorias solicitadas por la parte, para continuar la tramitación de conformidad con el contenido constitucional del derecho reconocido.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formulan los Magistrados don Roberto García Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, respecto de la Sentencia de la Sala Primera de 13 de julio de 2004, recaída en el recurso de amparo núm. 1606/99

FUNDAMENTOS JURÍDICOS (RESUMEN)

... La revisión penal militar que se enjuicia en este caso es un proceso especial, excepcional y autónomo de conocida complejidad, ya que se dirige a modificar la situación creada por una sentencia condenatoria y firme, subordinando el principio de seguridad jurídica, que representa la cosa juzgada, en aras del valor superior de la Justicia (art. 1.1 CE).

... Conforme a dicha doctrina, este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso, no atribuye a las partes un ilimitado derecho a que se admitan y practiquen todos los medios de prueba que se soliciten, sino sólo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes, correspondiendo en exclusiva a los órganos de la jurisdicción ordinaria el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas propuestas, sin que este Tribunal pueda revisar sus decisiones como si de una nueva instancia se tratase. El Tribunal Constitucional sólo es competente para controlar las decisiones judiciales en esta materia cuando se hubieren inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable, o cuando, habiéndose admitido una prueba, la misma no se practica o se practica erróneamente por causas imputables al órgano judicial (lo que equivale a una inadmisión inmotivada).

También hemos declarado que sólo procede el examen de esta queja de amparo cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya producido una efectiva indefensión en el recurrente, por ser «decisiva en términos de

defensa» o, lo que es lo mismo, porque hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito. Carácter decisivo de la prueba que no puede ser analizado por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso, sino que la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo, quienes han de alegar y fundamentar en la demanda las razones por las cuales la omisión de la prueba propuesta les ha provocado una indefensión material. Esta exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, se ha de razonar acerca de la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; por otra, se ha de fundamentar que la resolución final del pleito hubiera podido ser distinta de haberse admitido y practicado la prueba objeto de controversia, como consecuencia de la relación de los hechos que se quisieron y no se pudieron probar con el *thema decidendi*, pues sólo en ese caso es efectivo menoscabo del derecho fundamental.

... No obstante, en el Auto recurrido en amparo se fundamenta tal decisión precisamente en los sucesivos intentos llevados a cabo por el Tribunal para que el testigo compareciera, destacando que ello no ha tenido lugar «por la fútil e inaceptable razón de que el Sr. ..., según manifiesta la Procuradora, tiene miedo a la justicia española». En tales circunstancias, no puede calificarse de irrazonable o arbitraria la decisión de no acordar que se realizara una comisión rogatoria, al objeto de tomar declaración en Francia a una persona, respecto de unos hechos cuya autoría se le imputa y que se ha negado por dos veces a comparecer ante la Justicia española. Y ello, como señala con acierto el Ministerio Fiscal, especialmente si se tiene en cuenta que no se trataba de una instrucción penal ordinaria, sino de decidir sobre la procedencia de un recurso extraordinario de revisión, en el que se pretende afectar a la eficacia de la cosa juzgada y en el que es obligación de la parte que lo promueve la aportación de los elementos de prueba suficientes para acreditar de forma indubitada el error del fallo que se pretende revisar, conforme a lo previsto en el art. 328.6 de la Ley Procesal Militar.

... Ciertamente, en orden al esclarecimiento de la verdad de los hechos y en aras de la exigencia de justicia, fundamento último de la existencia del procedimiento de revisión (SSTC 124/1984, de 18 de diciembre, F. 6; 150/1997, de 29 de septiembre, F. 5), el órgano judicial puede ordenar la práctica de las diligencias que estime pertinentes, solicitando la cooperación judicial necesaria (art. 957 LECrim), si existen dudas razonables en el caso. Y, dadas las dificultades probatorias existentes en casos como el presente —por el tiempo transcurrido y las circunstancias en que se pro-

dujo la Sentencia condenatoria, que este Tribunal no puede enjuiciar directamente, dado que la Constitución no tiene efectos retroactivos y no es aplicable a los actos del poder anteriores a su entrada en vigor (ATC 262/1990, de 18 de junio, F. único)— parece razonable exigir a los órganos judiciales una aplicación e interpretación de las normas procesales orientada a propiciar el esclarecimiento de la verdad material, en aras de la justicia y de favorecer la tutela del derecho fundamental al honor de quienes pudieron haber sido condenados injustamente y de sus herederos legítimos, evitando la indefensión de quienes demandaban tutela jurisdiccional. Ahora bien, incluso desde esta perspectiva, puede afirmarse que la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo actuó con toda la diligencia que le era exigible, acordando inicialmente de oficio, y por dos veces, la comparecencia de quien, extraprocesalmente, se había confesado autor de los hechos (declaración autoinculpatoria producida al margen del proceso penal respecto de la que hemos afirmado que no es causa bastante para poner en tela de juicio, ni siquiera indiciariamente la corrección material de una resolución judicial dotada de la fuerza de cosa juzgada, STC 92/1989, de 22 de mayo, F. 3), sin que podamos afirmar —desde la limitada perspectiva de control que corresponde a este Tribunal— que resultaba constitucionalmente exigible, además, solicitar una comisión rogatoria a los efectos de que se tomara declaración a quien, estando amparado por el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), ya se había negado en dos ocasiones a declarar en el proceso.

... No cabe apreciar, por tanto, la indefensión alegada, ni vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), en relación con la decisión de no acordar la comisión rogatoria para tomar declaración a don Sergio en Francia.

... Por lo que respecta a las restantes pruebas propuestas, mediante escrito de 29 de septiembre de 1998, los recurrentes solicitan que se cite como testigos a don Octavio, don Luis Andrés y don Vicente.

... Pues bien, en el Auto de 3 de marzo de 1999, la Sala argumenta que se trata de testimonios de personas que no tuvieron intervención directa en los hechos, bien porque se encontraban en el extranjero cuando tuvieron lugar («aun cuando hoy, después de tanto tiempo transcurrido alguno como don Octavio se atribuya haber sido organizador y planificador de un atentado contra la persona del entonces Jefe del Estado y de otros contra el orden público en España, proyectos terroristas que, según dice, se entrecruzaron», analizando la declaración firmada por el mismo que consta en las actuaciones y destacando que incurre en contradicciones con lo manifestado por don Antonio, en perjuicio de la credibilidad

de ambos), bien porque aunque tuvieran relación personal con los ejecutados y condenados, su procesamiento no guardó relación alguna con la colocación de las bombas, «viniendo a ser, por tanto, únicamente testigos de referencia».

... Por tanto, el Auto recurrido ofrece una motivación de la denegación de la práctica de las pruebas propuestas, basada en la escasa relevancia de las mismas, ya que se trata bien de testigos de referencia, o de personas que se atribuyen un papel en la organización y planificación de los atentados, más de treinta años después de sucedidos los hechos, y cuyas manifestaciones se contradicen con lo expuesto por el único testigo que ha comparecido. Una motivación que no puede calificarse de arbitraria o irrazonable, máxime teniendo en cuenta el tipo de procedimiento y el trámite procesal en el que nos encontramos, sin que el carácter decisivo de tales pruebas para la resolución final del pleito, negada por el órgano judicial, haya quedado acreditada por los recurrentes, como les correspondía, a lo largo del presente proceso de amparo, en el que se limitan a afirmar que la testifical propuesta era de importancia capital para la resolución de la litis, ante la inexistencia de pruebas materiales.

Siendo así, tampoco respecto de estas pruebas cabe apreciar ni indefensión, ni vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE).

... En el presente caso, teniendo en cuenta los medios probatorios aportados por la parte promotora, la actividad procesal desplegada por el órgano judicial con carácter previo a la adopción de la decisión de inadmisión y los razonamientos empleados en el Auto de 3 de marzo de 1999, no cabe afirmar que se haya impedido el acceso a la revisión mediante una interpretación excesivamente rigorista o formalista de la legalidad procesal aplicable, que revele una desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan (fundamentalmente, la seguridad jurídica) y los intereses que sacrifican (el esclarecimiento de la verdad de los hechos, en aras de la justicia, y la revisión de un fallo condenatorio erróneo).

En efecto, solicitada la autorización para interponer recurso de revisión al amparo del art. 328.6 de la Ley Procesal Militar, conforme al cual habrá lugar al recurso de revisión «cuando después de dictada sentencia condenatoria se conociesen pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo por ignorancia de las mismas», el Tribunal interesa la remisión de la causa núm. 1118/63, que tiene presente, y ordena la práctica de la declaración testifical de don Antonio; a la vista de las declaraciones de éste, intenta tomar declaración a don Sergio, lo que no se produce por cau-

sas no imputables al órgano judicial, que actuó con la diligencia debida, sino por la decisión personal del testigo, a quien, como es obvio, no se podía obligar a declarar contra sí mismo y, finalmente, une a las actuaciones un escrito de don Octavio.

... A la vista de todo ello, el Auto recurrido en amparo niega en forma extensa y muy razonada que existan pruebas indubitadas que evidencien el error del fallo, teniendo en cuenta no sólo las practicadas, sino también las propuestas y no practicadas, que valora como insuficientes para sostener la revisión. Así, se analiza el testimonio de don Antonio y sus manifestaciones por escrito (afirmando que incurre en contradicciones y recordando que en su declaración reconoció carecer de cualquier medio objetivo de prueba que acredite la veracidad de sus manifestaciones); la no comparecencia como testigo de don Sergio, a quien el declarante atribuye la colocación de las bombas, pese a haberse fijado dos veces fecha y hora para ello, argumentando que «tiene miedo de la justicia española»; las manifestaciones vertidas en un escrito firmado por don Octavio, que se atribuye el papel de organizador de los atentados, pero que estaba en el extranjero cuando tuvieron lugar y que incurre en contradicciones con lo manifestado por don Antonio, «en perjuicio de la credibilidad de ambos»; que ninguno de los otros testigos propuestos tuvo intervención directa en los hechos, siendo los coencausados con los Sres. ... y meros testigos de referencia, «de escaso valor después del largo tiempo transcurrido» y, finalmente, la inexistencia de medios objetivos de prueba que apoye las declaraciones testificales «prestadas o pretendidas».

... Por tanto, ante la inexistencia de cualquier medio objetivo de prueba que acredite la veracidad de las declaraciones de los testigos (lo cual es reconocido por los propios demandantes de amparo y por el testigo que se atribuye su participación en los hechos) y la escasa virtualidad probatoria de la testifical ofrecida (valoración que sólo al órgano judicial compete y que fundamenta en el hecho de que se trata de testimonios prestados treinta y cinco años después de que ocurrieran los hechos y en los que se detectan contradicciones que menoscaban su credibilidad), la decisión de no admitir el recurso de revisión no puede calificarse de desproporcionada, sino que se funda en una correcta ponderación entre los diversos intereses en juego, por lo que no puede valorarse como lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

... Conforme a los fundamentos de Derecho transcritos entendemos que el fallo de la Sentencia debió, además de declarar inadmisibile el recurso de amparo en cuanto a doña Françoise, desestimar el recurso formulado en cuanto a doña Pilar y don Francisco.

COMENTARIOS

Dado el carácter del recurso de revisión de Sentencias firmes, nos parece mas acertado el criterio mantenido, respecto a hechos ocurridos en 1963 —mas de 40 años— por el Voto Particular, porque el Fallo mayoritario difícilmente pueda lograr la práctica de las pruebas precisas para la admisión a trámite del instado recurso de revisión.

Sentencia de 21 de octubre, núm. 179/2004. T.C. Sala Primera.

Cuestión interna de inconstitucionalidad 2885-2001. Planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación con los artículos 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, y 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar.

Ponente: D. Manuel Aragón Reyes.

Vulneración de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva: prohibición de que

los militares ejerzan la acusación particular, ni la acción civil, cuando existe con el inculpado una relación jerárquica de subordinación (STC 115/2001).

Nulidad de preceptos estatales.

Voto particular.

I. ANTECEDENTES DE HECHO (RESUMEN)

... El Pleno del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 115/2001, de 10 de mayo, dimanante del recurso de amparo núm. 1786/98, acordó plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la que se hace mérito en el encauzamiento.

... el problema planteado en el presente procedimiento está claramente delimitado, ciñéndose la cuestión a dilucidar si la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar (LOJM), y en el art. 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar (LOPM), conculca el principio de igualdad en la ley consagrada por el art.

14 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, garantizado por el art. 24.1 CE, en relación con el mandato contenido en el art. 117.5 CE, en su inciso final.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (RESUMEN)

1. En la STC 115/2001, de 10 de mayo, el Pleno de este Tribunal, al otorgar amparo frente al Auto de la Sección Primera del Tribunal Militar Territorial Primero que desestimó el recurso de queja promovido contra el Auto de 30 de enero de 1998 del Juez Togado Militar Territorial núm. 13, por el que se denegaba la personación del recurrente como acusación particular en las diligencias previas núm. 13/11/98 que se instruían, por estimar que dichas resoluciones judiciales habían vulnerado los derechos del recurrente a la igualdad en la ley (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), concluyó que «la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108, párrafo 2, LOJM, y en el art. 127, párrafo 1, LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y de los institutos armados de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley ex art. 14 CE y, al propio tiempo, lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en relación con el mandato contenido en el art. 117.5, inciso final, del texto constitucional, precepto este que exige al legislador, al regular el ejercicio de la jurisdicción militar, que lo haga «de acuerdo con los principios de la Constitución»» (FJ 13).

Por ello, el alcance del amparo otorgado por la STC 115/2001 «determina la nulidad de los Autos impugnados, así como el planteamiento ante el Pleno de este Tribunal, conforme a lo prevenido en el art. 55.2 LOTC, de cuestión de inconstitucionalidad respecto de los siguientes preceptos legales: a) art. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de la competencia y organización de la jurisdicción militar [en adelante, LOJM], cuyo texto se dejó transcrito en el fundamento jurídico cuarto de esta Sentencia; y b) art. 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar [en adelante, LOPM], respecto del siguiente inciso: «excepto cuando ofendido e inculcado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación»» (FJ 13).

El Fiscal General del Estado ha sostenido en su escrito de alegaciones que los preceptos cuestionados no resultan contrarios a los arts. 14 y 24.1 CE, toda vez que tanto la acusación particular como la acción popular son derechos de estricta configuración legal, por lo que el legislador puede legítimamente excluir la acusación particular en el proceso penal militar cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación, permitiéndola en cambio cuando no se den tales circunstancias, sin necesidad de acudir al plano constitucional para justificar esta opción legislativa. En todo caso esta exclusión responde, como ya señalara este Tribunal en el ATC 121/1984, de 29 de febrero, y en la STC 97/1985, de 13 de febrero, a la necesidad de proteger los principios de disciplina y subordinación jerárquica que son inherentes e indispensables a la organización militar para el cumplimiento de las funciones de singular relevancia en el orden constitucional que el art. 8.1 CE establece, a fin de evitar que los enfrentamientos producidos en el seno del proceso trasciendan extramuros del mismo y se adentren en la misma organización militar. Consiguientemente, el Fiscal General del Estado solicita que dicemos una Sentencia desestimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad.

...De este modo, el reconocimiento general que efectúan la Ley de la jurisdicción militar y la Ley procesal militar de la acusación particular en el proceso penal militar, aunque se excluyan supuestos determinados, supone sin duda una novedad importante con respecto al Derecho procesal militar histórico, pues, en efecto, tanto en el Código de justicia militar de 1890 como en la Ley de enjuiciamiento militar de Marina de 1894 no se admitía en ningún supuesto la posibilidad de que el acusador particular interviniese en el proceso penal militar, por considerar la acusación particular una institución completamente extraña a la Justicia militar. Del mismo modo, el derogado Código de justicia militar de 17 de julio de 1945 (CJM) no admitía la acusación particular y disponía en su art. 452 que «Los procedimientos militares se iniciarán de oficio o en virtud de parte o a instancia del Fiscal Jurídico-Militar. En ningún caso se admitirá la acción privada». Tras la reforma introducida en este precepto por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, en el mismo se añadió un apartado segundo en que se establecía que en el proceso judicial penal militar «En ningún caso puede ejercitarse querrela. La acción privada podrá ejercitarse en todos los procedimientos seguidos por delitos sólo perseguibles a instancia de parte, una vez acordado el auto de procesamiento, a cuyo efecto el Instructor hará el oportuno ofrecimiento de acciones en la persona del agraviado o perjudicado por el delito, rigiendo con ello de manera supletoria los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todo ello a salvo

de las reglas especiales para los instruidos por uso y circulación de vehículos de motor».

Precisamente en relación con la previsión contenida en el art. 452.2 CJM tuvo ocasión de pronunciarse este Tribunal en su STC 97/1985, de 29 de julio, y en su ATC 121/1984, de 29 de febrero, si bien, como ya señalamos en la STC 115/2001 (FJ 7), ambos pronunciamientos versaron sobre asuntos que no guardan identidad sustancial con la presente cuestión, en la medida que la consideración de los recursos de amparo allí resueltos se hacía desde la óptica del entonces vigente art. 452.2 CJM —según la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre—, por lo que la línea de razonamiento que les sirvió de fundamento sólo puede ser ahora considerada con muchas salvedades y matizaciones, por más que el art. 452.2 CJM pueda entenderse como precedente legislativo del art. 127.7 LOPM.

...Debe ante todo recordarse, tal como señaló la STC 115/2001, FJ 6, que «la presencia en el proceso penal, tanto el ordinario o común como el militar, de quienes suelen calificarse como partes contingentes o no necesarias (es decir, las distintas al Ministerio Fiscal y al acusado), implica la atribución o reconocimiento de un derecho de configuración legal, susceptible, pues, de ejercicio en los términos en que aparezca regulado por el legislador». Dicho de otro modo, no existe una exigencia constitucional, derivada del art. 24.1 CE, sobre el establecimiento de la acusación particular y de la acción popular. Una y otra institución sólo existen cuando la ley las establece, sin que su existencia venga ligada a un imperativo del derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo hemos declarado, en efecto, en el ámbito del proceso penal militar, respecto de la acción popular, sobre la que la Ley procesal militar guarda silencio, que la jurisdicción militar viene interpretando como exclusión consciente de la acción popular, interpretación que no determina vulneración constitucional alguna (SSTC 64/1999, de 26 de abril, 81/1999, de 10 de mayo, y 280/2000, de 27 de noviembre).

El ejercicio del ius puniendi del Estado, que ha de realizarse en el marco de un proceso sometido a un haz de garantías para el imputado (por todas, STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5), determina la necesidad de contradicción y equilibrio entre las partes, exigencia reforzada por la vigencia del principio acusatorio —que también forma parte de las garantías sustanciales del proceso— el cual, entre otras consecuencias, impone la necesidad de que la función de la acusación sea acometida por un sujeto distinto al órgano decisor (*nemo iudex sine accusatore*), como recuerda nuestra doctrina (por todas, STC 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3). En

nuestro ordenamiento jurídico esa función acusadora aparece encomendada de manera primordial al Ministerio Fiscal (art. 124.1 CE y art. 3.4 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), si bien el legislador ha optado por no reservar al Fiscal con carácter exclusivo el ejercicio de la acción penal. Dicho en términos de nuestro ATC 219/1984, de 4 de abril, «el Ministerio Fiscal, por lo demás, no monopoliza la iniciativa y el ejercicio de la acción penal; en todo caso, junto con la acción pública, se reconoce al perjudicado el ius ut procedatur». De este modo, una vez reconocido por el legislador el derecho al ejercicio de la acción penal a los particulares, ya sea al agraviado o perjudicado por el delito o falta (acusador particular), ya sea a los ciudadanos en general en los procesos por delitos o faltas perseguibles de oficio (acción popular), este derecho se configura, conforme tiene reiteradamente declarado nuestra doctrina, como un ius ut procedatur, es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo (SSTC 21/2000, de 31 de enero, FJ 2, y 163/2001, de 11 de julio, FJ 2), sino, estrictamente, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción (SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11, y 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5, que contienen abundantes referencias a la doctrina anterior). De modo que el ius ut procedatur, que asiste a la víctima de un delito, supone para ésta el derecho a poner en marcha un proceso, sustanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho (por todas, SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 163/2001, de 11 de julio, FJ 3; y 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).

...Por lo que al proceso penal militar se refiere, el legislador ha optado, en la Ley Orgánica de la competencia y organización de la jurisdicción militar y la Ley Orgánica procesal militar, por dar entrada a la acusación particular, siempre y cuando ofensor y ofendido no sean militares sujetos a una relación de subordinación. La exposición de motivos de la Ley de la jurisdicción militar se refiere expresamente a esta innovación en los términos siguientes: «se permite la actuación del acusador particular y del actor civil, excepto en los casos en que el autor del hecho y el perjudicado fueran militares y mediare entre ellos una relación de subordinación, siguiendo en este aspecto la doctrina del Tribunal Constitucional» ?referencia que parece que debe entenderse hecha a los precitados ATC 121/1984 y STC 97/1985, aunque, como ya se indicó, tales pronunciamientos no abordan en modo alguno esta excepción. En relación con ello la exposición de motivos de la Ley procesal militar señala como una de las novedades de la misma «la acentuación de las garantías del justiciable y de

los perjudicados por el delito ?siempre que, en este caso, no afecte a la disciplina militar, principio esencial de la institución militar y uno de los fundamentos de la existencia de la Jurisdicción Militar». Y así, en efecto, los arts. 108.2 LOJM y 127.1 LOPM, tras efectuar un reconocimiento expreso y generalizado del ejercicio de la acusación particular, reconociendo al ofendido por un delito o falta competencia de la jurisdicción castrense la facultad de mostrarse parte en la causa penal a efectos de ejercitar la acción penal y eventualmente la acción civil aneja, consagran seguidamente la excepción consistente en proscribir el ejercicio de la acusación particular (y de la acción civil) en el proceso penal militar para el supuesto de que agraviado y ofensor sean militares sujetos a relación jerárquica de subordinación, reservándose en exclusiva para estos supuestos el ejercicio de la acción penal a la Fiscalía Jurídico Militar. Es esta excepción que introduce el legislador para impedir el ejercicio por el ofendido o víctima del delito de la acusación particular «cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación», que se pretende justificar como regla necesaria para preservar la disciplina militar (argumento en el que insisten el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado para sostener la constitucionalidad de los preceptos examinados), la que suscita el problema de adecuación a lo establecido en los arts. 14 y 24.1 CE, en relación con el art. 117.5 CE.

... En consecuencia, este Tribunal ha venido exigiendo para permitir el trato dispar de situaciones homologables la concurrencia de una doble garantía: a) la razonabilidad de la medida, pues no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; y b) la proporcionalidad de la medida, pues el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino sólo aquellas desigualdades en las que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, pues para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (entre otras muchas, SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9; 214/1994, de 14 de julio, FJ 8; 6/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; y 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4).

Partiendo de esta doctrina debemos determinar si la exclusión establecida en los arts. 108.2 LOJM y 127.1, in fine, LOPM, del régimen reconocido de manera general para el ejercicio de la acusación particular (y la acción civil aneja) en el proceso penal militar, encuentra suficiente justificación, de carácter objetivo y razonable, y resulta proporcionada al fin perseguido con tal exclusión, para no infringir el principio constitucional de igualdad (art. 14 CE), dado que la excepción legal cuestionada viene a establecer dos grupos diversos de personas respecto del ejercicio de la acción penal y la acción civil ante la jurisdicción castrense en su condición de ofendidos por un delito de naturaleza militar; de modo que se introduce un régimen desfavorable para los militares vinculados entre sí por una relación jerárquica de subordinación que implicaría un trato discriminatorio y por ende lesivo del art. 14 CE si no encontrase justificación bastante en el principio de disciplina y jerarquía propio de la institución militar, o si la diferenciación establecida condujese a un resultado desproporcionado en atención a esa finalidad de preservación de la disciplina militar.

... Como ha quedado expuesto, tanto para el Abogado del Estado como para el Fiscal General del Estado, la exclusión que del ejercicio de la acusación particular (y de la civil) ante la jurisdicción militar se establece por los preceptos legales cuestionados encuentra justificación objetiva y razonable en la necesidad de salvaguardar la disciplina y la jerarquía de la institución militar, que son inherentes e indispensables a la organización militar, con la finalidad de evitar el enfrentamiento jurisdiccional, en su condición de partes procesales, entre quienes se hallan vinculados por una relación jerárquica de subordinación en el seno de las Fuerzas Armadas e institutos armados, y resulta, por ello, una medida proporcionada a dicha finalidad. De suerte que si se limita el ejercicio de la acusación particular entre militares subordinados en el proceso penal militar (tanto de inferior a superior como a la inversa) lo es precisamente para evitar que los enfrentamientos producidos en el seno del proceso trasciendan extramuros del mismo y se adentren en la misma organización militar, con grave riesgo para la disciplina, que es fundamento y principio esencial de dicha organización, cuya función es de singular relevancia en el orden constitucional (art. 8 CE).

... Ciertamente la disciplina constituye un valor esencial de la institución militar. En este sentido cabe señalar que la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, establece en su art. 10 que «Las Fuerzas Armadas forman una institución disciplinada, jerarquizada y unida, características indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción», señalando en su art. 11 que «La discipli-

na, factor de cohesión que obliga a todos por igual, será practicada y exigida como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución, al que la Institución Militar está subordinada». A su vez las Reales Ordenanzas de la Armada, aprobadas por Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo, afirman en su art. 449 que «es deber y constituye primordial responsabilidad del Mando mantener y fortalecer la disciplina». Lo mismo establecen las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra (Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, art. 274) y las del Ejército del Aire (Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero, art. 313). Por su parte la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, establece en su art. 1 que «el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas tiene por objeto garantizar la observancia de la Constitución, de las Reales Ordenanzas y demás normas que rigen la Institución Militar, el cumplimiento de las órdenes del mando y el respeto al orden jerárquico, con independencia de la protección penal que a todo ello corresponda y del ejercicio de las potestades disciplinarias judiciales».

...La disciplina militar, regla fundamental de las Fuerzas Armadas, en cuanto constituye el principal factor de cohesión y de eficacia de las mismas, se configura así como un conjunto de normas de conducta que los militares deben observar en el ejercicio de sus funciones (e incluso fuera de servicio, en determinados casos) para facilitar el logro de los altos fines que el art. 8.1 CE asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

De este modo lo vienen entendiendo también los órganos de la jurisdicción castrense y, en particular, en una consolidada línea jurisprudencial, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, a quienes corresponde la tarea hermenéutica de elaborar, previa interpretación de las distintas disposiciones legales, el concepto jurídico de disciplina propio de la institución militar, como recordamos en la STC 115/2001, FJ 8.

...Por otra parte, que «la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales» en el ámbito militar ya lo reconoció tempranamente nuestra STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 9, y también lo confirmamos en los precitados ATC 121/1984, FJ 4 y STC 97/1985, FJ 4, doctrina ésta que se recordó por la STC 180/1985, de 19 de diciembre, FJ 2, al señalar que las «peculiaridades del Derecho penal y procesal militar resultan genéricamente, como se declaró en la Sentencia 97/1985, de 29 de julio (FJ 4), de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcan-

zar los fines encomendados a la institución por el art. 8 de la Constitución», doctrina a la que asimismo se remite la STC 107/1986, de 24 de julio, FJ 4.

...Es, por lo tanto, imprescindible indagar por qué la oposición entre partes, con sujeción a las normas procesales y bajo la autoridad de un Juez o Tribunal, puede suponer riesgo cierto de menoscabo o deterioro de la disciplina militar, conforme al concepto jurídico que de la misma ha acuñado la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, en la consolidada línea jurisprudencial a la que antes ya se aludió.

...Pues bien, como ya afirmamos en nuestra STC 115/2001, FJ 9, y hemos de reiterar ahora, la relación jerárquica entre los miembros de las Fuerzas Armadas, exteriorizada en el rango atribuido por los diversos empleos militares en que se halla estructurada y en el mando a ellos asociado, cumple su cometido en el ámbito que le es propio, es decir, en los aspectos atinentes a la organización y funcionamiento de la Administración militar, para lograr de este modo tanto la plena operatividad del principio constitucional de eficacia que se predica de dicha Administración.

...No cabe olvidar, por otra parte, que el posible menoscabo de la disciplina militar que pudiera hallar justificación en una anterior configuración de la jurisdicción militar, en cuanto directamente vinculada ésta a los mandos militares, no encuentra en nuestro actual ordenamiento jurídico respaldo alguno, por cuanto tal jurisdicción es desempeñada en la actualidad por Juzgados Togados y Tribunales Militares dotados de independencia en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 117.1 y 5 CE) y desvinculados por completo del mando militar.

...De suerte que el proceso penal ante la jurisdicción castrense se erige en la garantía máxima de la disciplina militar en su núcleo sustancial y justamente respecto de las vulneraciones más graves de dicha disciplina, por lo que sólo poniendo en duda la condición y aptitud de la jurisdicción militar para desempeñar su cometido, como jurisdicción sometida a los principios constitucionales de independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa (por todas, SSTC 60/1991, de 14 de marzo, y 113/1995, de 6 de julio), cabría apreciar que el enfrentamiento procesal entre militares unidos por una relación de subordinación jerárquica es causa de potencial deterioro de la disciplina militar.

Por otra parte, la pretensión de evitar enfrentamientos procesales entre militares subordinados, por el riesgo de que tales contiendas jurídicas generen secuelas de animadversión, susceptibles de mantenerse fuera del

proceso en que han surgido, afectando al mantenimiento de la disciplina como factor de cohesión de la organización militar, que es la justificación aducida por el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado para sostener la constitucionalidad de los preceptos cuestionados, se contradice con otros preceptos de la legislación procesal militar.

...Así, el militar agraviado por un presunto delito o falta cometido por un superior (o inferior) jerárquico está obligado a formular denuncia ante el Juez Togado Militar, el Fiscal Jurídico Militar, o la Autoridad militar que tuviere más inmediatos (arts. 130.6 y 134 LOPM), hasta el punto de que el incumplimiento del deber de denunciar constituye un delito contra la Administración de la Justicia Militar (art. 181 del Código penal militar). Existe, pues, un deber de denunciar, que supone ya una suerte de enfrentamiento preprocesal, sin quiebra alguna para la disciplina militar y, sin embargo, no se permite al denunciante, por el hecho de su condición de militar ligado por relación jerárquica de subordinación al denunciado, personarse como acusación particular en el proceso penal incoado, en su caso, tras dicha denuncia.

...Asimismo, como ya señalamos en la STC 115/2001, FJ 10, resulta que el art. 14.1 LOJM prevé que «la jurisdicción a que está atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave conocerá de los delitos conexos», con lo que puede suceder que la jurisdicción penal ordinaria juzgue, por conexión, de delitos militares, en cuyo caso no opera la exclusión de los arts. 108.2 LOJM y 127.1 LOPM ahora cuestionada, sin que se alcance a comprender por qué la contienda entre militares en el proceso penal común no afecta a la disciplina militar y sí, en cambio, exista tal afectación cuando el enfrentamiento procesal se produce en el proceso penal militar. Por otra parte, en materia de prueba, la propia Ley procesal militar permite los careos entre inferior y superior, cuidando el Juez Togado «especialmente de que en modo alguno se produzca quebranto de la disciplina y de que el careado de inferior empleo no se vea coartado en sus manifestaciones» (art. 179 LOPM); a lo que se ha de añadir que, en la mayoría de los procesos penales militares iniciados por denuncia, el ofendido, aunque no comparezca como parte ejerciendo la acusación particular, intervendrá normalmente en calidad de testigo del Fiscal Jurídico Militar, que ejerce la acusación pública, por lo que tampoco se salvaguarda en tales casos la imagen, pretendidamente lesiva de la disciplina, de un inferior litigando contra un superior o a la inversa.

...En definitiva, y volviendo a nuestra argumentación principal, respecto de la cual las anteriores consideraciones sobre la legislación procesal militar no eran más que un simple reforzamiento, la prohibición del

ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108.2 LOJM y en el art. 127.1 LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y del instituto armado de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley garantizado por el art. 14 CE.

...Afirmada la vulneración del art. 14 CE por los preceptos legales referidos, en cuanto excluyen el ejercicio de la acusación particular por parte del agraviado por el delito o falta cuando ofensor y ofendido sean militares ligados por relación jerárquica de subordinación, hemos de apreciar, también, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y sin indefensión garantizada por el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, al impedir, con un resultado falto de proporcionalidad, el ejercicio de la acción penal a determinados miembros de la institución militar.

...ius ut procedatur, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción. Y de este modo la posibilidad real de manifestarse como parte en el proceso sólo puede sufrir excepción en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante, ya que, «aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, el legislador ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE) de suerte que no son constitucionalmente admisibles obstáculos ... que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen (SSTC 3/1983, 99/1985, 60/1989, 164/1991, 48/1995, entre otras)» (SSTC 76/1996, de 30 de abril, FJ 2, y 115/2001, de 10 de mayo, FJ 11).

...Pues bien, la exclusión o prohibición del ejercicio de la acción civil derivada del delito o falta en el proceso militar en el caso de que exista relación jerárquica de subordinación entre el militar perjudicado y el militar ofensor, ni resulta suficientemente justificada ni es proporcional al sacrificio de derechos impuesto, por lo que constituye por sí misma una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, tal como ya declaramos en la STC 115/2001, FJ 12.

En efecto, al impedirse al perjudicado por el delito o falta militar que, actuando su interés legítimo, se constituya como actor civil en la causa penal militar, ejercitando al efecto la adecuada pretensión resarcitoria, se está obstaculizando la obtención y efectividad del deber de reparación a cargo del responsable criminal, sin que para ello ofrezca justificación suficiente el principio de jerarquía entre los diversos empleos militares ni esté,

en modo alguno, concernida la disciplina propia de la institución militar, dado que mediante dicha pretensión resarcitoria no se persigue la inculpación y condena penal del militar acusado, sino tan sólo la fijación de la adecuada indemnización de la lesión producida en los bienes y derechos del militar agraviado por el hecho punible.

...De modo que el militar perjudicado que no pudo ejercer la acusación particular ni tampoco la acción civil aneja en el proceso penal militar, por razón de la relación jerárquica de subordinación, verá constreñido su derecho de defensa, sus posibilidades de alegar y probar en relación con los hechos, cuando pretenda ejercitar la acción de responsabilidad civil derivada de ilícito penal ante la jurisdicción ordinaria una vez concluido el proceso penal militar, lo que evidencia la falta de justificación y la desproporción de la cortapisa establecida en los arts. 108.2 LOJM y 127.1 LOPM.

...En virtud de lo razonado hemos de concluir que la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, así como de la acción civil derivada de delito o falta, en el ámbito del proceso militar, cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación, contenida en el art. 108.2 LOJM y en el art. 127.1 LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar y en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y de los institutos armados de naturaleza militar, ni resulta proporcionada a la pretendida finalidad de preservar la disciplina militar, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley reconocido por el art. 14 CE y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, así como del art. 127, párrafo 1, de

la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, en el inciso «excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación».

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el *Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas* respecto de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2885-2004, planteada por el propio Pleno del Tribunal Constitucional en relación con los arts. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1981, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, y art. 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar.

En la medida en que la fundamentación de la Sentencia es en realidad una reproducción de la de la STC 115/2001 del mismo Pleno, en la que se estimó el recurso de amparo a la sazón planteado, y se planteó a su vez al Pleno cuestión de inconstitucionalidad respecto a los artículos citados en el encabezamiento, y que respecto de dichos fundamentos expresé mi opinión disidente en el Voto particular formulado en dicha Sentencia, considero suficiente, sin necesidad de mayor extensión aquí, remitirme globalmente al contenido de dicho Voto, dándolo aquí por reproducido, que se publicó junto con la Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 137, de 8 de junio de 2001.

En tal sentido dejo evacuado mi Voto.

COMENTARIO

A pesar de la opinión contraria del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado —y de los órganos de la jurisdicción militar que aplicaron los preceptos declarados inconstitucionales— se declara la inconstitucionalidad de ser parte acusatoria el ofendido por delito militar si media relación jerárquica de subordinación con el presunto autor del mismo.

La Sentencia 115/2001, del Pleno del propio T.C. reiteradamente citada y el Voto Particular del Magistrado Sr. Conde Martín de Hijas se recogieron en esta Revista (núm. 79; enero a junio 2002; pág. 217 y ss).

=====

AUTOS

Por su relevancia publicamos una síntesis de diversos Autos del Tribunal Constitucional:

Auto Tribunal Constitucional núm. 187/2004 (Sala Primera, Sección 1ª), de 25 mayo

Recurso de Amparo núm. 6515/2002.

CONSTITUCION: **Valor normativo: irretroactividad:** imposibilidad de enjuiciar, mediante su aplicación, los actos del poder producidos antes de su entrada en vigor, aunque afecten a derechos fundamentales, cuyos efectos se hayan agotado; **Consejo Superior de Justicia Militar:** Sentencia de 1975 que condenó a muerte al hijo de la recurrente en amparo: alegación en la demanda de amparo del derecho a la vida y no sufrir tratos inhumanos y degradantes: la situación jurídica declarada por la Sentencia agotó todos sus efectos antes de la entrada en vigor de la CE: enjuiciamiento imposible.

INADMISION

Auto Tribunal Constitucional núm. 70/2004 (Sala Segunda, Sección 4ª), de 4 marzo

Recurso de Amparo núm. 6716/2001.

RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL: **Procedimiento:** suspensión del procedimiento hasta la resolución de un proceso penal: la suspensión procede únicamente cuando la cuestión prejudicial penal sea relevante para el enjuiciamiento constitucional del caso de que se trate; **Contra actos u omisiones de órganos judiciales:** presupuestos procesales: agotamiento previo de todos los recursos en vía judicial: nulidad de actuaciones: denuncia de incongruencia omisiva: falta de agotamiento al no haberse utilizado el recurso de nulidad de actuaciones, que es cauce adecuado para reparar la incongruencia denunciada; Denuncia de imposibilidad de personación como acusación particular en las diligencias penales ante la jurisdicción militar: falta de agotamiento al no haberse utilizado el recurso de nulidad de actuaciones ante la omisión de pronunciamiento por parte del Tribunal Militar sobre la pretensión.

DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES: **Derecho de acceso a la jurisdicción:** es compatible con un pronunciamiento motivado que ponga término al proceso cuando el órgano judicial entienda razonadamente que se encuentra en uno de los supuestos que justifican el sobreseimiento libre o provisional de la causa.

INADMISION

Auto Tribunal Constitucional núm. 63/2004 (Pleno), de 24 febrero

Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 5579/2003.

FUERZAS ARMADAS: **Régimen disciplinario: sanciones:** art. 104 inciso 1º del CPM: pena prevista para el maltrato de obra de superior a inferior: desproporcionalidad de la pena: la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales merecedores de protección especial que pueden sustentar diferencias de régimen jurídico: los medios alternativos menos gravosos no pueden considerarse igualmente eficaces para alcanzar la finalidad de protección de los bienes jurídicos perseguidos por el legislador: cuestión notoriamente infundada: inadmisión.

CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR JUECES Y TRIBUNALES: **Presupuestos: admisibilidad:** cuestión notoriamente infundada: noción: encierra un cierto grado de indefinición: permite al TC un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad.

INADMISION

Auto Tribunal Constitucional núm. 61/2004 (Pleno), de 24 febrero

Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 4127/2003.

CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR JUECES Y TRIBUNALES: **Presupuestos procesales: juicio de relevancia:** contenido: arts. 468 b) y 453.2 LOPM: vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva originado en los preceptos legales de aplicación reconocida en STC 2002/230: el restablecimiento en el derecho veda la aplicación de la misma causa de inadmisión: exigencia de sumisión a control judicial de la legalidad de la actuación administrativa; necesidad de adecuación de la especificidad de la jurisdicción militar a los principios constitucionales: inadmisión de la cuestión:.

INADMISION

Auto Tribunal Constitucional núm. 4/2004 (Sala Primera, Sección 2ª), de 8 enero

Recurso de Amparo núm. 380/2003.

FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD: Guardia Civil: naturaleza: Instituto armado de naturaleza militar: se rige por las normas que regulan el estatuto del personal militar profesional y le son de aplicación, en su integridad, las normas penales y disciplinarias militares: reiteración de la STS de 11 mayo 2001.

DERECHO FUNDAMENTAL AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY: Jurisdicción militar: condena de Guardia Civil por delito de abandono de servicio de armas: aplicabilidad del régimen disciplinario militar: competencia de la Jurisdicción Militar: vulneración inexistente.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL: Garantías: **principio de tipicidad:** decisión judicial que no violenta el tipo penas aplicado, utilizando criterios interpretativos lógicos y no extravagantes y sustentando la interpretación en valores constitucionales aceptables.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD ANTE LA LEY: Igualdad en la aplicación de la ley por jueces y tribunales: término de comparación excesivamente genérico y no homogéneo.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCION DE INOCENCIA: Principio de libre valoración de la prueba: control por el TC: no le corresponde valorar nuevamente la prueba practicada o enjuiciar la valoración realizada en vía judicial con arreglo a criterios de calidad u oportunidad.

INADMISION

2.2. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Laureano Tomás Zafrilla
Comandante Auditor

1.º REORDENACIÓN DE PROMOCIÓN PARA ASCENSO POR ANTIGÜEDAD

SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2004 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (SECCIÓN 5ª) DE LA AUDIENCIA NACIONAL.-
PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 102/02.- CAUSAS DE ABSTENCIÓN. NULIDAD DE ACTUACIONES

«Tercero.- Comenzaremos por el análisis sobre la primera cuestión suscitada acerca de si el Presidente del Consejo Superior del Ejército del Aire y el Secretario de dicho Consejo, a la sazón, el Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, y el Segundo Jefe del Estado Mayor del ejército del Aire, respectivamente se tenían que haber abstenido en el proceso de ordenación de la 41ª Promoción de la Academia Militar del aire, al pertenecer sus hijos a dicha Promoción.

En el Real Decreto-Ley 3/1985, de 10 de julio, por el que se determina la Estructura y Funciones de los Consejos Superiores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, no se recoge expresamente la incompatibilidad para formar parte del Consejo Superior del Ejército del Aire por el hecho de estar relacionado con algunas personas en que concurra ciertas circunstancias, y en concreto, parentesco dentro del cuarto grado, a dife-

rencia del art. 14 del Real Decreto 3086/1982, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo Superior del Ejército del Aire, invocado por los demandantes, que ha quedado derogado por aquel. No obstante, es de aplicación lo previsto al respecto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en el apartado b) del art. 28.2 dice que *«las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el número siguiente de este artículo se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicaran a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.»*

2. *Son motivos de abstención los siguientes:*

b) *Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados...»*

... Por su parte, el apartado 3 de dicho precepto establece que *«la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido».*

Por tanto, dos son las cuestiones que tenemos que analizar. La primera de ellas es si existe motivo de abstención, y en segundo lugar, si existiese dicho motivo, si implica la invalidez de los actos en que hayan intervenido los que debieron abstenerse.

La abstención no es sino un mecanismo de garantía de la objetividad que debe presidir en el funcionamiento de la Administración Pública, imponiendo un deber de imparcialidad en sus agentes, que sirve para apartar a las autoridades funcionarios y, en general, al personal al servicio de las Administraciones Públicas del conocimiento y resolución de asuntos en los que puedan tener interés personal, ya sea por razón de las personas afectadas por los mismos o por el contenido de aquellos, obligando a quienes hayan de intervenir en asuntos, concurriendo circunstancias que puedan comprometer su imparcialidad, en interés propio o ajeno, a inhibirse en la tramitación y resolución de tales asuntos. Así, el deber de abstención mencionado, que encuentra respaldo constitucional en el art. 103 de la Constitución, abarca a todos aquellos que intervinieran en el procedimiento, tanto si deciden directamente como si asesoran o se hallan subordinados al órgano encargado de resolver. Precisamente con el fin de preservar la imparcialidad y garantizar la apariencia de objetividad en la actuación administrativa es articulada la normativa administrativa sobre abstención y recusaciones evitándose la mera intervención de funcionarios y autoridades en expedientes en los que se puede dudar de su imparcialidad.

Respecto a si hay algún motivo de abstención respecto a las personas que intervinieron en el proceso de ascenso por antigüedad con reordenación de la Promoción 41ª de la Academia General del Aire, es evidente la existencia del mismo en relación con los entonces Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire y del Segundo Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, ya que pertenecían a dicha Promoción dos hijos suyos. Por tanto, en ambos concurren el motivo de abstención al tener parentesco dentro del primer grado de consanguinidad con personas interesadas en el proceso de reordenación, ya que el Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire solamente se ausentó por dicho motivo en la reunión del 5 de diciembre del Consejo Superior del Ejército del Aire, pero no en las otras reuniones que hubo al respecto sobre la reordenación de la 41ª Promoción, ni tampoco en actuaciones posteriores, como detallaremos más adelante.

A continuación, pasamos a examinar si la concurrencia de dichos motivos de abstención implican la invalidez de los actos en que tanto el Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire y del Segundo Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire han intervenido. A este respecto tenemos que poner de relieve lo siguiente: a) en la reunión celebrada por el Consejo Superior del Ejército del Aire el 24 de noviembre de 2000, con presencia de los anteriormente reseñados, se analizaron los criterios para fijar la reordenación de los componentes de la 41ª Promoción, acordándose que el MAPER presentara un estudio mas detallado con alternativas posibles para poder seleccionar los criterios que sean más razonables; b) en la reunión celebrada por dicho Consejo el día 4 de diciembre de 2000, con intervención del Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire y del Segundo Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, se aprobaron los criterios que debían aplicarse a la reordenación de la 41ª Promoción; c) en la reunión del Consejo Superior del Ejército del Aire de 5 de diciembre de 2000, se aprobó la reordenación de la 41ª Promoción presentada por la Junta Provisional de Evaluación. En dicha reunión, si bien se ausentó de la misma el Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire por pertenecer su hijo a la citada promoción, no lo hizo el Segundo Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire que ejercía como Secretario del referido Consejo...

... Así las cosas, con lo acabado de exponer, la Sala estima que la actuación en el proceso de reordenación de la 41ª Promoción de la Academia Militar del Aire por parte del Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire y del Segundo Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire implica la invalidez de todo el proceso de ascenso por antigüedad con reordenación de la promoción, ya que existen indicios suficientes para determinar que su actuación pudo influir en la mencionada reordenación.

2.º INFORMES PERSONALES

SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2003 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (SECCIÓN 8ª) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 1416/2000-03

Primero.- El recurrente pretende la anulación del IPEC ya referido así como que se tenga en cuenta otro nuevo IPEC por otro mando calificador por considerar que el Comandante Naval de Melilla, órgano calificador, no emitió un juicio imparcial al existir intereses gravemente contrapuestos y enfrentados con los del interesado, por razón de que habiendo sido sancionado interpuso varias querellas contra dicho Comandante Naval quien finalmente solicitó su cese en el destino que ostentaba.

La demanda opone a las resoluciones recurridas la infracción del artículo 99 de la ley 17/1999, así como de las Normas para rendir Informes Personales de 30.9.1999, y también del artículo 14 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, dando lugar a una situación de indefensión.

Segundo.- Para la resolución del presente recurso debe señalarse que la pretensión de anulación del IPEC cuestionado por el recurrente no está prevista en la normativa reguladora de los informes personales de los militares.

Tampoco se prevé un deber de abstención por parte del calificador cuando concurren circunstancias como las que aquí refiere el recurrente.

Notificado el recurrente de aquellos conceptos en los que fue calificado negativamente, el efecto que se prevé en la Ley 17/1999, en su artículo 99.2 es el de la posibilidad de que formule alegaciones al respecto que deberán unirse al informe.

Como se establece en la Instrucción 19/93, de 7 de diciembre, del Almirante Jefe de Personal del Estado Mayor de la Armada, las calificaciones no pueden ser evidentemente de un solo calificador y las decisiones del Mando y Órganos de Evaluación no tendrán fundamento si se basan en los informes de un solo año, o en las calificaciones obtenidas durante la permanencia del calificado en un destino único, debiéndose tomar las decisiones en función de una colección de informes elevados por varios calificadores que hayan podido observar al calificado en el ejercicio de actividades diferentes y en circunstancias diversas a lo largo de varios años sucesivos.

En consecuencia resulta procedente la desestimación del recurso.

3.º DESTINOS

3.1. SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 2004 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (SECCIÓN 5ª) DE LA AUDIENCIA NACIONAL. PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 103/2003.- DESTINO FORZOSO, LIBRE DESIGNACIÓN, TIEMPO MÍNIMO DE PERMANENCIA

Segundo.- ...La Orden recurrida se fundamenta, según su tenor literal «en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.4 del Real Decreto 43/2002, de 10 de mayo».

El Capítulo III del citado R.D. lleva por título «vacantes» y el artículo 6, el primero de dicho capítulo, lleva por rúbrica «publicación», estableciéndose en el apartado 4 del citado artículo, que *«las vacantes de libre designación podrán otorgarse sin publicación previa...»*

Es decir, el demandante ha sido destinado a la Dirección de Asistencia al Personal, por el sistema de libre designación, y forzoso, siendo éste el carácter del destino, como así se hace constar en la propia resolución impugnada.

En cuanto a la normativa aplicable, la provisión de destinos viene regulada en la Ley 17/1999, de 18 de mayo, del Régimen de las Fuerzas Armadas. En el artículo 128.2 de la citada Ley se establece que, *«son destinos de libre designación, aquellos para los que se precisen condiciones personales de idoneidad que valorara la autoridad facultada para concederlos entre los que cumplan los requisitos exigidos para el puesto»*.

El artículo 129 de dicho texto legal, que lleva por título Normas sobre provisión de destinos, establece en su artículo 3 que *«reglamentariamente se determinarán, las normas generales de clasificación y provisión de destinos...»* habiéndose dictado a tal fin el R.D. 431/2002, de 10 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional.

Tercero.- El artículo 8.2.a) del citado Reglamento define los destinos de libre designación, en los mismos términos que el artículo 128.2 de la Ley 17/1999.

Pero además, al tratarse de un destino de carácter forzoso, hay que acudir al artículo 13.1 del citado Reglamento que establece que *«solamente se podrán destinar con carácter forzoso a una vacante a quién haya podido solicitarla, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 7 del presente Reglamento. Se exceptúan de lo anterior, en lo que respecta a la exención de los plazos de mínima permanencia, las vacantes establecidas en el apartado 1 del artículo 15 del presente Reglamento»*. El supuesto

contemplado en el apartado 1 del artículo 15, se refiere a vacantes publicadas en las que se den circunstancias especiales de penosidad o peligrosidad, siempre que no existan peticionarios ni militares en situación de servicio activo... por lo que no resulta de aplicación al caso de autos. El artículo 7.2 al que se remite el artículo 13.1 dispone, que «Las vacantes podrán ser solicitadas por los que reúnan los requisitos que se exijan en la correspondiente publicación y tengan cumplido el tiempo de mínima permanencia en su actual destino..».

A su vez, el artículo 17 del mentado Reglamento, establecen su apartado 1, que «Con carácter general, el tiempo de mínima permanencia en los destinos será de dos años para los asignados con carácter voluntario y de 1 año para los asignados con carácter forzoso»,

Ese plazo de mínima permanencia no había transcurrido en el supuesto de autos, por cuanto el demandante había sido destinado para cubrir una vacante por antigüedad al Parque y Centro de Abasto, de Material Intendencia, por lo que no existía soporte legal para ser destinado con carácter forzoso.

Por todo lo cual, y sin necesidad de entrar en las condiciones personales de idoneidad, y al amparo del artículo 63.1 de la Ley 30/1992. procede anular la resolución recurrida.

3.2. SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 2003, DE LA SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (SECCIÓN 5ª) DE LA AUDIENCIA
NACIONAL. PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 77/2002. DESTINO
FORZOSO DE LIBRE DESIGNACIÓN.IDONEIDAD

Segundo.- En orden a la cuestión de fondo planteada en la litis, procede reafirmar la doctrina que en esta misma materia de provisión de destinos, tenía declarada esta Sala, bajo la vigencia de la Ley 17/1989, de 19 de julio, de Régimen del Personal Militar Profesional, por cuanto que los criterios legales son similares en la actual Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.

De conformidad con lo previsto en el artículo 128 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, los destinos según su forma de asignación son de libre designación, de concurso de méritos y de provisión por antigüedad; considerándose de libre designación aquellos para los que se precisan condiciones personales de idoneidad que valora la autoridad facultada para concederlos, entre los que cumplan los requisitos exigidos para el puesto; dándose además la cir-

cunstancia que en tanto que con arreglo al artículo 129.2 de la Ley, las vacantes de destino en general han de publicarse en el Boletín Oficial de Defensa, con las especificaciones que en él se señalan, los destinos de libre designación «... podrán otorgarse sin publicación previa de las vacantes correspondientes», Por otra parte en el Reglamento aprobado por la Orden Ministerial 120/1993, de 23 de diciembre, modificado por la Orden 144/1995, se prevé la posibilidad de que se dejen desiertos los puestos anunciados a libre designación, se asignen con carácter forzoso o vuelvan a ser convocados (artículo 43) y asimismo, de eximir en tal anuncio a los solicitantes del tiempo de mínima permanencia (artículo 34).

Todo ello unido a que los destinos de libre designación pueden ser revocados libremente por el Ministro de Defensa (artículo 133.1 de la Ley), configuran un sistema de provisión de puestos tan flexible como corresponde sin duda a las características y responsabilidad de los puestos y los requisitos especiales de idoneidad exigidos para su desempeño, en aras al mejor cumplimiento del servicio público asignado. Lo cual, además, no es privativo de la Administración militar sino que se corresponde con bastante fidelidad con la regulación de este sistema en la Administración civil.

En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 11 de enero de 1997 que señala que «cuando la ley delimita los cargos de libre designación, está haciendo posible que la Administración ejerza su potestad organizatoria, nombrando para los puestos de dicha clase a la persona en quien la autoridad competente estima que concurren las condiciones necesarias para el desarrollo de los fines públicos que persigue y que le ofrece una especial confianza para ello». De la misma manera que conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta no es exigible que en el momento del nombramiento la persona que efectúa el mismo justifique la valoración subjetiva que le lleva a la elección del adjudicatario entre los distintos aspirantes, limitándose el control jurisdiccional al examen de los elementos reglados del acto administrativo.

Tercero.- A la luz de estos principios carecen de virtualidad jurídica alguna las alegaciones efectuadas por la parte actora.

En cuanto que el acto administrativo sujeto a revisión jurisdiccional se adecua a los elementos reglados que regulan esta materia, puesto que el recurrente se encontraba en situación administrativa hábil para ser destinado, el puesto de trabajo adjudicado reúne las características, que ostenta el recurrente, al tener el empleo previsto para su cobertura de la actuación y al tratarse de destinos de libre designación esta goza de la facultad de asignar los mismos conforme a su criterios de orden organizativo que estima sirve a los intereses públicos atendida su idoneidad.

4.º BAJA EN LA REAL Y MILITAR ORDEN DE SAN HERMENEGILDO

SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 2004 DEL JUZGADO CENTRAL DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 8.- PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 163/2003.- CONDUCTA INTACHABLE

Tercero.-El Real Decreto 1189/2000 de 23 Junio (Reglamento de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo), atribuye en su artículo 7 a la Asamblea Permanente, entre otras funciones, apreciar la conducta intachable, a efectos de ingreso o ascenso en la Orden, proponer las resoluciones a los expedientes sobre ingreso, ascenso y baja en la Orden, una vez oído el Censor y velar por el cumplimiento de este Reglamento.

Por su parte el artículo 23 del Real Decreto 1189/2000 de 23 Junio, establece el procedimiento para la Resolución de baja en la Orden, estableciendo que «1. La resolución de baja en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo de alguno de sus miembros requerirá la instrucción del correspondiente expediente, que se tramitará con arreglo a las normas del procedimiento sancionador vigente en las Administraciones públicas. ...3. A la vista del resultado del expediente instruido, la Asamblea Permanente propondrá la baja o la permanencia en la Orden del interesado. En caso de que se proponga la baja en la Orden, el Gran Canciller trasladará la propuesta al Ministro de Defensa para su aprobación».

Las causas que dan lugar a la baja en la Orden, se recogen en el artículo 22 del Reglamento, el cual contempla los «Impedimentos» para ingresar, ascender o permanecer en la orden, y así, dispone que «1. No podrán ingresar, ascender, ni permanecer en la Orden: a) Los condenados a pena principal o accesoria de pérdida de empleo o suspensión de empleo. b) Los sancionados en virtud de expediente gubernativo, con separación del servicio, suspensión de empleo o pérdida de puestos en el escalafón. c) Los que a juicio motivado de la Asamblea Permanente, aun teniendo invalidadas las notas desfavorables en su hoja de servicios, atendidos los antecedentes que sirvieron a las notas invalidadas y las calificaciones personales periódicas, se considere que por la naturaleza de los hechos que los originaron, por su repetición o por otras circunstancias, no pueden ser considerados observantes de una intachable conducta, a tenor de lo que indican las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

Cuarto: En el caso que es objeto de revisión se denuncia infracción del procedimiento, por haber prescindido «total y absolutamente» del mismo; hecho que se anuda a la falta de valoración de las calificaciones

personales en el expediente, y a la ausencia de motivación de la decisión en orden a este extremo.

El contenido de la resolución impugnada pone de manifiesto que la misma contiene un extenso relato de las circunstancias que dieron lugar al expediente, exponiendo las razones que llevan al acuerdo de baja en la orden, circunscritas a la condena por delito continuado contra la hacienda en el ámbito militar y a la valoración de tal conducta como merecedora de la baja, por no haber observado el expedientado la intachable conducta que es condición para el ingreso, ascenso y permanencia en la Orden. De ello no puede extraerse que la resolución carezca de motivación (artículo 54.1 f) Ley 30/1992, de 26 de noviembre), entendida como exteriorización de las razones jurídicas que conducen a la misma, que permitirán la adecuada defensa frente a la misma y contradecir su contenido por medio de los recursos correspondientes.

Tampoco cabe entender que se haya prescindido totalmente del procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1 e) Ley 30/1992, de 26 de noviembre), o de sus trámites esenciales provocando la indefensión del interesado (artículo 63.1 y 2 Ley 30/1992). Los defectos de procedimiento que motivan la denuncia realizada al amparo del artículo 62.1 e) Ley 30/1992, encuentran causa en la falta de valoración de las calificaciones personales — artículo 22.1c) del Real Decreto 1189/2000 de 23 Junio—. Es cierto que la propuesta del Instructor, asumida en la propuesta de la Asamblea Permanente de la Orden, y por el Ministro de Defensa, no llevó a cabo valoración alguna de las calificaciones personales del expedientado, tal y como se desprende de la misma. Tales calificaciones, no fueron incorporadas al expediente, si bien fueron traídas al procedimiento jurisdiccional en trámite de prueba, resultando unas notables calificaciones, con puntuaciones de entre 7, 6 y 8, 6.

El artículo 22 del Real Decreto 1189/2000 de 23 Junio, prevé que en los expedientes de baja o continuidad la resolución por la que se acuerda la baja en la Orden, en casos como el presente (en el que la incoación del procedimiento trae causa de una nota desfavorable que pueda implicar la no observancia de la intachable conducta que es condición para el ingreso y permanencia en la Orden), que la valoración de la conducta y de los hechos que la integran se lleve a cabo «atendidos los antecedentes que sirvieron a las notas invalidadas y las calificaciones personales periódicas». No obstante, la omisión de la valoración de las calificaciones personales, a efectos de considerar que el militar es observante de una conducta intachable, no ha de llevar en todo caso a la nulidad que se postula, por cuanto las calificaciones personales constituyen un antecedente de hecho más

tendente a verificar si el expedientado ha observado una intachable conducta a tenor de lo dispuesto en las Reales Ordenanzas Militares, y es merecedor de permanecer en la Orden.

Dados los términos en los que se pronuncia la resolución impugnada, se desprende que el hecho que dio lugar al expediente, resulta suficiente en sí mismo y de forma aislada, a juicio de la Asamblea permanente, para entender que el militar no ha observado la intachable conducta que se predica de los miembros de la Orden; conducta que ha de observarse a lo largo de todo el tiempo exigido para ingresar en la Orden, conforme expresó la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, Recurso de Casación en interés de ley 5207/200), de 12 junio 2001, y que también resulta exigible para la permanencia en la misma, conforme resulta del artículo 22.1 c) del Real Decreto 1189/2000 de 23 Junio.

... De cuanto ha quedado expuesto resulta que las calificaciones personales no resultan un trámite esencial, conforme sugiere el demandante, cuya omisión haya de generar la nulidad del procedimiento (..artículo 62.1 f) Ley 30/1992), dado que no constituyen sino un factor más en orden a llevar a cabo la valoración de la intachable conducta, a la luz de los hechos que motivan el expediente, puesto que lo relevante de aquella valoración que compete a la Asamblea Permanente (artículo 7 del Reglamento de la Orden), es que «por la naturaleza de los hechos que los originaron, por su repetición o por otras circunstancias, no pueden ser considerados observantes de una intachable conducta, a tenor de lo que indican las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas».

Por ello, la omisión de la ponderación de las calificaciones personales no puede provocar los efectos que postula, el demandante, dado que a lo sumo entrañaría una infracción determinante de la anulabilidad del acto (artículo 63.1 recordarse que la conservación de actos y trámites artículo 66 de la Ley 30/1992) impone «la conservación de aquellos cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción». Razones de eficacia y economía imponen, en consecuencia, no declarar la nulidad y retrotraer el procedimiento al momento de la infracción, en aquellos supuestos en que no obstante la infracción cometida, no se ha provocado indefensión y el acto hubiera permanecido invariable. Tal es el caso que se somete a revisión, por cuanto la fundamentación del acto impugnado evidencia que los hechos que derivan de las notas desfavorables canceladas ofrecen relevancia suficiente para entender que no concurre en el expedientado la intachable conducta que imponen las Reales Ordenanzas Militares y que hacen merecedor al militar de la recompensa

o merecimiento que se otorga como consecuencia de la escrupulosa observancia de los más altos valores que definen a la Institución, de modo que, con independencia de las calificaciones personales, los hechos revisten la relevancia y trascendencia suficiente como para merecer el reproche y la tacha que determina la baja en la Orden a juicio de la Asamblea Permanente.

En consecuencia, debe desestimarse la resolución impugnada, por ser ajustada a derecho.

5.º RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2004 DE LA SALA TERCERA (SECCIÓN 6ª) DEL TRIBUNAL SUPREMO. RECURSO DE CASACIÓN 7013/00 REVOCA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL. REPARACIÓN INTEGRAL. DAÑOS MORALES COMPATIBLE CON PENSIÓN EXTRAORDINARIA. CUANTIFICACIÓN

Tercero.- ... La Sentencia de instancia no cuestiona el criterio de compatibilidad de indemnizaciones recogido en las Sentencias del Tribunal Supremo antes citadas, pero argumenta que al ignorarse las circunstancias de la unidad familiar, se habría producido una reparación íntegra, moral y material del daño sufrido sólo mediante el reconocimiento de las pensiones extraordinarias de viudedad y orfandad concedidas, lo que excluiría» la concesión de cantidad alguna en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración. Sin embargo, como se ha dicho anteriormente y resultando necesaria la reparación integral del daño causado, debe concluirse que tal reparación no se consigue para las hoy recurrentes, con las pensiones extraordinarias concedidas, que constituyen una evaluación apriorística del quebranto mínimo sufrido y cuyo título exclusivo es el menoscabo patrimonial, sino que dichas pensiones precisan un complemento, no pudiendo olvidarse que en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, el título determinante de la indemnización abarca todos los daños que hubieran concurrido incluido el daño moral.

A mayor abundamiento ha de tenerse en cuenta como ha señalado esta Sala en Sentencia de 4 de Mayo de 1.999 (Rec. Casación 733/95) que, en un orden razonable de las relaciones humanas, debe presumirse que quienes afirman la relación familiar con el fallecido dicen verdad, y que los vínculos de afecto y económicos propios de la unidad familiar se mantenían, de

tal suerte que hubiera correspondido a la Administración demostrar la inexistencia de dicha relación o la ausencia de efectivo daño moral o perjuicio patrimonial ocasionado por el alejamiento entre los parientes para que su petición, basada en meras conjeturas, fuera atendible, pues no debe ser probado lo que normalmente se infiere de las circunstancias concurrentes, sino aquello que se separa de lo ordinario y obedece a situaciones de excepción.

Tal consideración es de plena aplicación al caso de autos por lo que ninguna razón hay para dudar de que los vínculos de afecto y económicos propios de la unidad familiar entre las recurrentes (esposa e hija) se mantenían y eran propias de un orden razonable de las relaciones humanas. Por lo demás, es sabido que los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, son los derivados de las lesiones de derechos inmateriales y no tienen propiamente un equivalente económico en cuanto tal aún cuando, obviamente, pueden generar en quien los ha sufrido un derecho a la compensación pecuniaria o reparación satisfactoria. Como se afirma en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2.002 (RJ 2002\9736), el concepto de daño moral «no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo (RCL 1982\1197); es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, si lo produce; es el caso asimismo, del «pretium doloris». A la vista pues, de la argumentación expuesta, el motivo de casación debe ser estimado.

Cuarto.- Estimándose en consecuencia el recurso de casación respecto al «quantum» indemnizatorio procedente para reparar los daños morales, es doctrina constante que el «pretium doloris» carece de parámetros o módulos objetivos para su valoración, y no es susceptible de una determinación cuantitativa, si no es con referencia a precedentes judiciales o a criterios legales de tasación según los casos.

Se trata por tanto de determinar atendiendo las circunstancias concretas del caso examinado, la cuantía de la indemnización a otorgar en concepto de responsabilidad patrimonial por daños morales, para lo que habrá de tenerse en cuenta lo establecido por el artículo 141 de la Ley 30 de 1992, de 26 de noviembre, en la redacción dada al mismo por la Ley 4 de 1999, de 13 de enero, ya en vigor cuando se pronunció la Sentencia que constituye el objeto del recurso, precepto que establece: «la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la

legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado». Y «la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria».

Teniendo en cuenta la edad del fallecido y de su esposa, así como la edad de la hija de ambos, nacida el 10 de Mayo de 1992, atendido lo que esta Sala ha venido a reconocer en supuestos análogos, se fija como indemnización por daños morales la cantidad de 10 millones de pesetas o su equivalente en euros (60,101,21 euros) en favor de la menor y la cantidad de 5 millones de pesetas o su equivalente en euros (30.050,61 euros) en favor de la demandante, cantidades que se establecen con referencia al día en que el fallecimiento del marido tuvo lugar, el 30 de Marzo de 1.995 de conformidad con lo dispuesto por el apartado tercero del artículo 141 de la Ley 30 de 1.992, en la redacción dada al mismo por la Ley 4 de 1.999, de 13 de enero, cantidades que habrán de actualizarse a la fecha en que se pone fin al procedimiento de responsabilidad, que es la de esta Sentencia, con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, como también dispone el precepto citado, y sobre esas sumas convenientemente actualizadas, y de acuerdo con ese mismo artículo y apartado, se abonarán los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria y en el artículo 106.2 y 3 de la ley de la jurisdicción.

6.º INUTILIDAD FÍSICA

6.1. SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 2003 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (SECCIÓN 5ª) DE LA AUDIENCIA NACIONAL, ESTIMATORIA DEL RECURSO DE APELACIÓN Nº 271/03. EXPEDIENTE GUBERNATIVO SUSPENDE LA INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE POR INUTILIDAD FÍSICA

Primero.- Se recurre en apelación la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo numero 7, de 9 de abril de 2003, que estimando el recurso interpuesto, anuló la resolución del Ministro de Defensa

de 30/09/02 por la que se acuerda el archivo del expediente de insuficiencia de condiciones psicofísicas del Guardia Civil suspenso en funciones hoy apelado, hasta la finalización del expediente gubernativo.

El Abogado del Estado, en representación de la Administración demandada, pretende que se revoque la sentencia y se declare la conformidad a derecho de la resolución recurrida. Fundamenta su recurso en que ya existen sentencias de esta Sala, en las que se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1997 en las que se resuelve la cuestión aquí debatida y se considera que la actuación de la Administración que suspende la tramitación del expediente de determinación de insuficiencia de las condiciones psicofísicas mientras se resuelve otro abierto al mismo interesado para depuración de responsabilidad disciplinaria, es para evitar el fraude de ley que significaría sustraerse a la aplicación de las leyes penales y disciplinarias, obteniendo la situación de retirado en un expediente de inutilidad física.

Por la parte apelada se afirma la corrección jurídica de la sentencia impugnada y se alega que no existe en su patrocinado actuación alguna que suponga un, fraude de ley, ya que el expediente de su inutilidad física es incoado de oficio, no a su instancia.

Visto los términos en que ha quedado planteado el debate, la cuestión que se suscita en este recurso es determinar si el archivo del expediente de insuficiencia de condiciones psicofísicas del Guardia Civil suspenso en funciones, hasta la finalización del expediente gubernativo es conforme a derecho, cuestión ya sometida a debate en esta Sección en otros, recursos de apelación, (sentencia de 28 de febrero de 2002, apelación 153/2001 y 3 de octubre de 2002 apelación 49/2002) estableciendo que *«la coexistencia de expediente disciplinario que pueda llevar aparejada la posible sanción de separación del servicio o procedimiento penal, en el que pueda recaer pena principal o accesoria que implique la pérdida de la condición de militar, y expediente para la declaración de inutilidad permanente para el servicio, debe otorgarse prioridad al primero, suspendiéndose el segundo mediante su archivo provisional, a resultas de aquel, por cuanto, en el supuesto contrario, se generaría un fraude de ley, ya que declarada con prioridad temporal la inutilidad permanente para el servicio y decretado el retiro del funcionario militar, con la consiguiente extinción de la relación funcional, devendría imposible la aplicación al mismo de la sanción disciplinaria de separación del servicio o de las consecuencias de la sanción penal impuesta por pérdida de la condición de militar, por unos hechos acaecidos mientras ostenta la condición de militar. Por cuanto por el cauce de la resolución del expediente de pérdida de aptitud psicofísica*

para el servicio, como declaración de inutilidad permanente, devendría imposible la proyección de las consecuencias previstas por la ley a la sanción disciplinaria administrativa o a la aplicación de la sanción penal, por una conducta desarrollada por el funcionario militar mientras ostenta la relación de servicios con la Administración»

Ciertamente, tal como señala el Juez de Instancia la técnica del archivo provisional del expediente de insuficiencia de condiciones psicofísicas hasta que se resuelva el expediente disciplinario carece de apoyo legal explícito, pero ello no significa que esté prohibido por las normas, y en concreto como señala el Juez que esté prohibido por el artículo 97.2 de la ley 42/1999 de 25 de noviembre, ni por el artículo 10 del Decreto 1599/1972. En efecto el artículo 97.2 de la ley 42/1999 se limita a establecer cuando debe iniciarse un expediente de insuficiencia de condiciones psicofísicas y en este caso no se ha infringido dicho precepto, ya que el expediente se inicia, una vez que el Tribunal Médico Regional dictaminó que existe una insuficiencia permanente para el servicio. Tampoco se ha infringido el artículo 10 del Decreto 1599/1972, que establece que *«la tramitación y resolución de los expedientes de derechos pasivos no se suspenderá por el hecho de hallarse sometidos los interesados a procedimiento gubernativo...»* ya que en este caso no se trata de un expediente de derechos pasivos sino de inutilidad física.

Tampoco puede hablarse a juicio de esta Sala (coincidiendo en este punto con el juzgador de instancia) que exista mala fe por parte del interesado por el hecho de que el expediente de inutilidad física se inicia de oficio, una vez que ya se había iniciado un expediente gubernativo, ya que concurrían los presupuestos para su inicio de conformidad con lo establecido en el artículo 97.2 de la ley 42/99, de 25 de noviembre, desde el momento que existía un acta del Tribunal Médico Militar que dictaminó que el interesado se haya afecto de una enfermedad psicológica no relacionada con el servicio que determinaba su inutilidad física. No obstante, aun cuando no se pueda hacer ningún reproche al afectado, tampoco *«cabe censurar a la Administración por resolver en primer lugar el procedimiento administrativo más antiguo, pues ello era obligado si se quería depurar una responsabilidad disciplinaria por hechos anteriores al nacimiento de unas causas de exclusión del servicio, y cuyo resultado podría ser determinante para la decisión del procedimiento más moderno.»* (STS de 10 de junio de 1997).

En definitiva, la actuación de la Administración es conforme a derecho, no tanto por la actitud del sujeto en los procedimientos administrativos que a juicio de esta Sala no merece ningún reproche, sino por una

razón objetiva cual es que la resolución de un expediente de inutilidad física con anterioridad a la resolución de un expediente gubernativo instruido por hechos cometidos cuando el sujeto se hallaba en situación de actividad, llevaría a que la sanción disciplinaria de separación del servicio, no se pudiera ejecutar al haber pasado el sujeto a retiro por inutilidad física y la lógica jurídica impone la preeminencia del expediente sancionador sobre el de inutilidad física por cuanto la incardinación de la conducta militar profesional en dos supuestos legales determinantes del cese de la relación de servicios profesionales exige la prioridad de aquel que supone la violación de los más elementales deberes en el desempeño de la función pública que ejerce y ostenta, sin que el hecho de estar afectado por una enfermedad de inutilidad física pueda generarle una situación administrativa más benigna, cuando se le imputan conductas gravemente perjudiciales para la función pública que desempeña.

6.2. SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 2004 DEL JUZGADO CENTRAL DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2. PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 160/03-F. INUTILIDAD EN ACTO DE SERVICIO. ACCIDENTE EN EL LUGAR DE TRABAJO

Quinto.- Que por la Administración, en contra del parecer del demandante, niega que la inutilidad tenga causa en el servicio con base en el dictamen del Tribunal Médico Central de la Armada, de 30 de septiembre de 2.002, que diagnóstica que aquel presenta infarto cerebral con hemiplejía izquierda, oclusión total de la arteria carótida derecha y del 75% de la izquierda, que le incapacita para las funciones propias del servicio, no así para toda profesión u oficio, y que no guarda relación con el servicio. Que por el actor, para desvirtuar las conclusiones médicas en que se funda la resolución en cuestión, se ha articulado prueba pericial médica, a más de la restante prueba a que se refiere en su demanda. Que del dictamen evacuado cabe destacar la afirmación de que el estrés ocupa una posición primordial en cada uno de los mecanismos etiopatogénicos de producción del infarto agudo de miocardio, y así en el caso del actor. Precisa el dictamen que el mismo en el momento de iniciarse el cuadro se encontraba desempeñando sus cometidos profesionales en el interior de la sede del Banco de España en Almería, que su turno de trabajo comenzaba a las 22.00 horas del día 3 de agosto de 2001 y se prolongaba hasta las 6.00 horas del día siguiente

Sexto.- Que de lo expuesto se puede apreciar que cuando menos la enfermedad desencadenante de la declaración de inutilidad se manifestó

en el lugar y tiempo de trabajo. Que el artículo 47.4 de la Ley de Clases Pasivas establece que se presumirá el acto de servicio, salvo prueba en contrario, cuando la incapacidad permanente o el fallecimiento del funcionario hayan acaecido en el lugar y tiempo de trabajo. Nada razona la Administración en contra de esta presunción ni mucho menos articula prueba en tal sentido. Que se podría argumentar que en el lugar y tiempo del trabajo simplemente se manifestó la enfermedad y que la misma estaba latente. Que a ello bastaría con oponer que por las condiciones de trabajo del actor, con un notable componente de estrés, la causa de la enfermedad seguiría encontrándose en el servicio. Que debemos aquietarnos a semejantes razonamientos, válidos para desvirtuar las conclusiones de los tribunales militares, como destaca pacífica Jurisprudencia, cuando las mismas están ayunas de todo razonamiento. Todo ello determina que deba declararse la relación con el servicio de la inutilidad declarada, lo que conlleva el derecho al percibo de la pensión extraordinaria de clases pasivas.

SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 2004 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (SECCIÓN 5ª) DE LA AUDIENCIA NACIONAL, ESTIMATORIA DEL RECURSO DE APELACIÓN Nº 30/04. ENFERMEDAD MENTAL

Primero.- ... El Real Decreto 1186/2001, a la hora de establecer el ámbito temporal de su aplicación establece en el artículo 1.2 que: «Las disposiciones de este Real Decreto serán de aplicación cuando el accidente, lesión o enfermedad determinantes de la insuficiencia de condiciones psicofísicas o el fallecimiento se hayan producido a consecuencia de un hecho ocurrido durante el período que comienza con la adquisición de la condición de militar de complemento o de militar profesional de tropa y marinería, por nombramiento de la autoridad competente, hasta la finalización o resolución del compromiso por las causas previstas en la normativa vigente».

La dicción de este precepto es idéntica a la que contenía el artículo 2 del real decreto 771/99, que regulaba con anterioridad esta materia, de donde la primera conclusión que dimana es que en el concreto ámbito temporal de aplicación de las normas, reguladoras de las pensiones e indemnizaciones por clases pasivas de los militares de empleo, en la actualidad idéntica a la existente con anterioridad, por lo que en este concreto extremo no ha existido variación alguna que implique la necesidad de adoptar interpretación distinta de la que había sido establecida con anterioridad por esta misma Sala y sección, y por ello la justificación alegada por el Juez a quo para adoptar un interpretación extensiva, dirigida a integrar en tal ámbito

temporal la mera «manifestación» de la lesión o enfermedad, carece de soporte normativo alguno, pues en este concreto extremo, la dicción de ambas normas reglamentarias es la misma. Máxime cuando en otros extremos de la regulación reglamentaria actualmente vigente, sí se establecen más amplias prestaciones asistenciales y se contemplan nuevos supuestos susceptibles de obtener pensión o indemnización por este colectivo.

Segundo.- En su consecuencia, como esta Sala había establecido en, entre otras, la Sentencia de 31 de octubre de 2002, apelación 79/02, citada por la parte apelante, al establecer: «En el supuesto de autos el hecho de que al recurrente se le diagnosticaran dichas. patologías en o durante su servicio al Ejército, y fuera considerado incapaz para el servicio de las Armas, ello sólo acredita que el recurrente no es apto para el servicio de las Armas, al incluir la secuela que padece con un coeficiente 5 en el Cuadro médico de Exclusiones, pero ello no genera per se el derecho a percibir una pensión ya que para ello es necesario de acuerdo con el Real Decreto 771/1999 de 7 de mayo que las secuelas determinen una incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio artículo 2. a) y un dato más, prioritario, cual es que sea consecuencia de un hecho ocurrido en el tiempo que media entre la adquisición de la condición y la finalización o resolución del compromiso, y este» hecho» ni puede ser como sostiene el apelado que la patología se produzca durante el servicio militar, ni, como concluye la sentencia apelada, que la enfermedad se manifestó durante el mismo, sino que en una interpretación acorde a los términos literales del precepto hemos de entender que hecho ocurrido no es sino un «acto, suceso o evento» que en modo alguno se puede equiparar a la propia esquizofrenia, sino a lo sumo a aquello, tangible y real, que pudiera determinar su aparición o brote. Falta pues el requisito primordial que determina la aplicación de la norma, con independencia de la declaración de la incapacidad absoluta y permanente para las funciones propias del servicio.»

Es decir, cuando el ámbito temporal de aplicación esta circunscrito a un «hecho ocurrido durante el período que comienza con la adquisición de la condición de militar de complemento o de militar profesional de tropa y marinería, por nombramiento de la autoridad competente, hasta la finalización resolución de compromiso», implica y supone que el accidente, lesión o enfermedad determinantes de la insuficiencia de condiciones psicofísicas, tenga como momento temporal de su generación y existencia el lapso fijado en la norma reglamentaria, por lo que, en los supuestos de enfermedad invalidante no es suficiente la mera aparición de los síntomas externos de la enfermedad, cuando en aras a los conocimientos médicos, esta es de carácter congénito y endógena del propio paciente, se haya lar-

vada en su propia persona y su manifestación de forma externa en un determinado momento temporal es una mera circunstancia accesoria y, además, aleatoria en el tiempo, pues, en tales casos, el concepto «hecho ocurrido durante» no se configura como el elemento causal determinante de su generación en el lapso temporal exigido, ya que la misma era padecida con anterioridad, aun cuando no hubiera sido diagnosticada por la ausencia de manifestación sintomática de la misma.

Esta conclusión interpretativa es la racional y adecuada a la propia naturaleza de las características de la función pública militar desempeñada por los militares de empleo y los militares profesionales de tropa y marinería, basada en una relación de servicios de carácter temporal, y por ello, las prestaciones asistenciales de clases pasivas deben proyectar su eficacia protectora al ámbito temporal de dicha relación, cuando la enfermedad o lesión invalidante se ha originado durante el tiempo en el que se presta esta función.

Ello encaja no sólo en el dictamen del Tribunal Psiquiátrico Militar, de fecha 4 de junio de 2002, al indicar que la interesada padece» trastornos de personalidad, Coeficiente 5, enfermedad, sin relación de causa efecto con el servicio, y constitutiva de una incapacidad total para las funciones propias del servicio», sino inclusive en la prueba pericial que en modo alguno señala con rigor científico el hecho o la circunstancia que pudiera amparar la pretensión de la interesada, y la afirmación de que «nadie puede decir que estuviera enfermo en sus orígenes, por haber superado las pruebas psicotécnicas realizadas para el ingreso», es una afirmación muy legítima, pero genérica y contraria a tesis que se ha expuesto sobre este tipo de patologías.

7.º PROCESO SELECTIVO

SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 2004 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (SECCIÓN 6ª) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 637/02.- PROCESO SELECTIVO. RECTIFICACIÓN DE ERRORES

Segundo.- ...Es cierto que los demandantes indicaron en su instancia inicial que la modalidad de participación era la restringida y que entendieron que, al 17 de septiembre de 2001, contaban con tres años de servicios efectivos como militares profesionales de tropa y marinería, Ello no obstante, la Resolución de 13 de agosto de 2001 rechazó que los interesa-

dos cumplieran tal exigencia y, como consecuencia de ello, modificó de oficio el sistema de participación, entendiendo que los actores participaban por el turno libre, decisión que fue consentida por los afectados al no recurrirla en tiempo y forma...

...De esta suerte, consentido el acto que incluyó a los demandantes entre los aspirantes por el turno libre, la cuestión por dilucidar se reduce a determinar si la Administración podía, mediante acto posterior de contrario imperio, revocar esa decisión y, en atención a los mismos datos que ya se tuvieron en cuenta para adoptarla, excluir a los actores del proceso selectivo en cuestión «perdiendo todos los derechos nacidos de su participación en dicho proceso.

Tercero.- La resolución revocatoria (de 8 de octubre de 2001) se ampara en lo dispuesto en la Base 2.2 de la Convocatoria, según la cual «si durante el proceso selectivo se tuviera conocimiento de que cualquiera de los aspirantes no posee alguno de los requisitos exigidos en la presente convocatoria, el Tribunal, desde la publicación de la lista definitiva de admitidos a las pruebas hasta la fecha de publicación de la relación a la que se refiere la base 10.4, acordará su exclusión de la convocatoria».

Como se sigue del propio tenor literal de la Base transcrita, la potestad de exclusión se vincula a la circunstancia de que se identifique por el Tribunal que algún aspirante» no posee alguno de los requisitos exigidos en la, convocatoria». En el caso de autos, el requisito en cuestión no era otro que «el incumplimiento de los términos señalados en las Bases de la Convocatoria para optar a las plazas reservadas para Militares Profesionales de la Fuerzas Armadas». Esa circunstancia, empero, ya había sido contemplada por el por el propio Tribunal de Selección en su Acuerdo anterior de 13 de agosto de 2001; tan es así que fue precisamente la carencia de los tres años de servicios efectivos la que motivó que se dictase la correspondiente resolución por la que se modificaba la modalidad de acceso de los interesados. Lo expuesto permite extraer una primera e importante consecuencia: el Tribunal de Selección, el 13 de agosto de 2001, ya determinó cuales eran las consecuencias derivadas de la carencia del requisito temporal relativo a los servicios prestados: la realización de las pruebas selectivas por el sistema de turno libre en lugar del restringido inicialmente pretendido por los interesados. Lo hizo, además, mediante una resolución de la que derivaron efectos favorables para los actores (su participación en la convocatoria, bien es cierto que por otra modalidad) y que éstos no recurrieron en tiempo y forma. A juicio de la Sala, esta circunstancia impide al Tribunal de Selección revocar tal decisión acogién-dose a la Base 2.2 de la Convocatoria, por cuanto dicho precepto sólo per-

mite la exclusión «cuando se tenga conocimiento de que cualquiera de los aspirantes no posee alguno de los requisitos exigidos en la presente convocatoria», siendo así que tal conocimiento no sólo se tenía con anterioridad a la resolución revocatoria, sino que fue contemplado expresamente para apartar a los actores del «turno restringido» e incorporarlos al «turno libre»....

Cuarto.- Rechazado, pues, que la Base 2.2 otorgue cobertura para tal modificación cuando, la ausencia del requisito ha sido contemplada y valorada ya por el propio órgano competente, la actividad correctora directa de la Administración sólo podía ampararse, según el Ordenamiento Jurídico, en el carácter material o aritmético del error padecido con anterioridad (al permitir el acceso por el turno libre) porque, en otro caso, esa rectificación debería haber sido sometida al riguroso trámite (declaración de lesividad y ulterior impugnación jurisdiccional) fijado por la Ley. Así se desprende, indubitadamente, de lo previsto en los artículos 105.2 (rectificación de errores aritméticos o de hecho) y 103 (revisión de oficio de los actos administrativos) de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Ciertamente, la línea divisoria entre el error material o de hecho y el de derecho o conceptual es a veces de imprecisa determinación. La jurisprudencia, sin embargo, se ha encargado de determinar las características básicas que presenta el error material o de hecho para ser reconocido como tal. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1992 señala que éste se define por «ser manifiesto, ostensible e indiscutible, implicando, por sí solo, la evidencia del mismo sin necesidad de mayores razonamientos y exteriorizándose, «prima facie», por su sola «contemplación». De esta suerte, sus requisitos configuradores serían, en esencial los siguientes: a) Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos; b) Que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte; c) Que el error sea patente y claro sin necesidad de acudir a interpretación de normas jurídicas aplicables; d) Que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto, pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica; e) Que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no se genere la anulación o revocación del mismo en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues «el acto administrativo rectificador ha de

mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración so pretexto de su potestad rectificadora de oficio. encubrir una auténtica, revisión pues ello entrañaría un fraude de ley, constitutivo de desviación de poder».

A juicio de la Sala, ninguno de los requisitos mencionados concurre en el error supuestamente padecido por la Administración en su Resolución de 13 de agosto de 2001. Piénsese, al respecto, que el nuevo acto no sólo entraña una auténtica calificación jurídica de los hechos determinantes de la primera decisión favorable (la relevancia de la falta de los tres años de servicios efectivos), sino que altera de manera sustancial y sin justificación alguna la consecuencia que deriva de tales hechos. Ello entraña, como no podía ser de otro modo, un juicio valorativo (inmotivado, además), no una simple y elemental equivocación de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos. En realidad, la Resolución de 8 de octubre de 2001 encubre una auténtica anulación o revocación de la de 13 de agosto de 2001, realizada fuera de los cauces establecidos en los preceptos mencionados de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

La lógica consecuencia de lo hasta aquí expuesto no puede ser otra que la anulación de las Resoluciones impugnadas con el correlativo mantenimiento, en su integridad, de lo acordado en la Resolución de 8 de octubre de 2001. Además, el restablecimiento de la situación jurídica perturbada por tales actos administrativos exige el acogimiento, en su integridad, de la pretensión actora, manteniéndose, por tanto, no sólo la participación de los actores en el proceso selectivo por el turno libre, sino las calificaciones asignadas por la propia Administración en las distintas fases y ejercicios previstos en la convocatoria, reconociendo su derecho (si la puntuación final otorgada fuera suficiente en atención al número de vacantes ofrecidas) a la obtención de la plaza correspondiente, a con los efectos administrativos y económicos a que hubiere lugar, que se cuantificarán, en su caso, en la fase de ejecución de sentencia tomando como base las remuneraciones dejadas de percibir por los interesados en atención al período de tiempo contemplado.

3. DOCUMENTACIÓN

3.1. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

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

En el siglo XX apareció el que ORTEGA denominó el hombre masa y lo hizo con tal fuerza que constituye uno de los elementos definidores de la centuria. El hombre masa es aquél que tiende a exigir del Estado que asuma la resolución de cualquier dificultad, conflicto o problema que surge en la sociedad. Si algo va mal, se busca un culpable: el Estado. El resultado de esta actitud ha conducido a una gran crisis del derecho entendido en su forma tradicional pues el Estado y el derecho han tenido que articular nuevas formas y nuevas técnicas para satisfacer los anhelos de la nueva sociedad.

Uno de los sectores del ordenamiento jurídico donde la aparición del hombre masa y sus exigencias ha tenido mayor incidencia es el de la responsabilidad. Trabajosamente y durante siglos se había ido depurando un específico ámbito en el que, desechada sucesivamente toda idea de responsabilidad colectiva, familiar y personal, se afirmó la obligación de compensar económicamente los daños causados a consecuencia del actuar

imputable a su autor. La noción de responsabilidad se definía por la imputabilidad, esto es, por la reprochabilidad de la conducta causante del daño, y la antijuridicidad del comportamiento realizado (*sistema de responsabilidad por culpa*). Ya en la primera mitad del siglo XX, la depurada construcción, alcanzada por la incorporación de las ideas canónicas, presentó notables insuficiencias, debido a la aparición del maquinismo y la importancia que cobraron determinadas actividades creadoras de riesgo. El sistema de responsabilidad por culpa pudo, no obstante, ofrecer un remedo de soluciones a los nuevos problemas que se suscitaron: la incorporación del riesgo como título jurídico de imputación (*sistema de responsabilidad por riesgo u objetiva*), la inversión de la carga probatoria en el caso de daños y otras técnicas análogas fueron bastantes para cubrir en su mayor parte las dificultades planteadas.

El sistema de responsabilidad, tanto por culpa como por riesgo u objetiva, se basaba en la idea tradicional de imputabilidad. El daño causado era atribuible al sujeto responsable por culpa o por riesgo. Ahora bien, el esquema mostró sus limitaciones para satisfacer las exigencias sociales suscitadas por el hombre masa durante la segunda mitad del siglo XX. Desde esas cercanas fechas, el que sufre un daño se vuelve al Estado para exigir algún tipo de compensación económica, aunque éste sea completamente ajeno a la actividad dañosa.

Las limitaciones del instituto de la responsabilidad indicadas han provocado pues la aparición de nuevas formas de resarcimiento de los daños y perjuicios. La insuficiencia de la doctrina tradicional de la culpa, la injusticia material que supone que una persona se vea sujeta a responsabilidad cuando no ha mediado culpa por su parte, la generalización de la idea de seguridad y la difusión de las concepciones socializadoras han motivado que las legislaciones articulen mecanismos específicos de compensación de los daños: son los resarcimientos.

En España, el proceso indicado tiene sin embargo perfiles singulares respecto a otros ordenamientos jurídicos. Y es que, en nuestra Patria, desde 1957, se cuenta con el sistema de responsabilidad público más amplio de cuantos existen. El artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado instauró un sistema de responsabilidad pública universal y objetiva. Ello motivó que, ante la insuficiencia del sistema tradicional de responsabilidad por culpa, el reclamante pretendiera su indemnización con base en la cláusula general consagrada en el citado artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Pero cuando el ámbito de dicha cláusula resultó insuficiente, toda vez que no se trataba de un seguro universal, el hombre masa no se paró en su solicitud:

exigió más. Y, en aras de la paz social, el Estado ha asumido la carga de resarcir daños que no le son imputables con base en los títulos tradicionales. Ha nacido así en nuestro ordenamiento la *técnica de la garantía compensatoria* (resarcimiento).

La responsabilidad es la institución que articula la regla «*ad alterum non laedere*»; quizás, la más importante de las que gobiernan la convivencia humana. La sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética: el autor del daño responde de él; está sujeto a responsabilidad. Y, en principio, la responsabilidad se traduce en la obligación de indemnizar.

No todos los comportamientos dañosos tienen idéntico fundamento e iguales perfiles, pero sí responden a una misma estructura. La doctrina los ha agrupado en dos grandes categorías según su fundamento: los que consisten en incumplir un pacto, por una parte, y los que se producen en el desarrollo de cualquier actividad humana, al margen de toda relación jurídica entre el causante del daño y la víctima, de otra parte. En el primero de casos, el deber de indemnizar deriva de otro deber, el de cumplir, que ha sido infringido. Así se habla de responsabilidad contractual. En el segundo caso, la obligación de indemnizar surge por la sola producción del hecho dañoso; porque una persona ha incumplido las normas generales del respeto a los demás. Es la llamada responsabilidad extracontractual, aquiliana o civil.

La diversidad de fundamento de la responsabilidad contractual y de la extracontractual no oculta empero su idéntica estructura. En ambas, se aprecia una conexión directa entre la actuación del autor del hecho dañoso y el daño mismo. En ambas cabe establecer una relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto y el resultado producido. Y, en ambas, existe obligación de reparar los daños.

Dejando de lado la responsabilidad contractual y atendiendo sólo a la extracontractual, se ha señalado la diversidad de motivos por los cuales quien ha causado un daño está obligado a repararlo. Ante una interrogante de esa índole, caben dos contestaciones: el autor del daño responde, bien porque se ha producido por su culpa, bien porque ha desarrollado una actividad creadora de riesgo. En el primero de los casos, se habla de responsabilidad subjetiva o por culpa; en el segundo, de responsabilidad objetiva.

La responsabilidad así concebida está construida sobre la noción de la imputabilidad y no sobre la base de la antijuridicidad. La antijuridicidad no es elemento esencial de la responsabilidad pese a lo que comúnmente se dice. La antijuridicidad está presente en todo caso de conducta culpable; falta ocasionalmente en los supuestos en que el acto dañoso se produ-

ce por riesgo. Y no se concurre nunca en la denominada responsabilidad compensatoria en la que el causante del daño está autorizado para realizar una inmisión en los derechos ajenos, si bien con la carga de reparar los perjuicios que origina con su actuar (*estado de necesidad y otros análogos*).

La responsabilidad está construida sobre la noción de la imputabilidad. El que causa un daño a otro está obligado a repararlo, si la actividad causante le sea imputable directamente por una actuación propia, en la que se aprecia una falta de cuidado o la creación de un riesgo (*hecho propio*), o por quedar el hecho lesivo dentro de su ámbito de dirección y cuidado (*hecho ajeno o de animales y cosas*).

La idea de responsabilidad se construye técnicamente sobre la noción de obligación y está ligada de forma íntima a la noción de indemnización. El que es responsable está obligado a indemnizar el daño causado. El deber de indemnizar por ser responsable se instrumenta mediante el concepto de obligación. Y es que, dentro de las distintas figuras de deber, la obligación hace referencia a la situación en que se encuentra un sujeto en el seno de una relación jurídica que se ve en la necesidad de observar una conducta para satisfacer un interés ajeno, precisamente el del titular del derecho subjetivo; en este caso, el del lesionado. La responsabilidad obliga, por otra parte, a reparar o indemnizar íntegramente el daño. La indemnización debe ser omnicomprendiva de todos los perjuicios causados.

El resarcimiento es una técnica distinta; es una técnica de garantía compensatoria. En virtud de ella, cuando está previsto específicamente por el ordenamiento en una norma de rango legal, el Estado o un tercero asume la obligación de compensar el daño producido por un sujeto ajeno y cuya actuación en modo alguno le es imputable. La acción causante de la lesión sufrida por el dañado no se puede atribuir a quien resarce, ni de manera directa, ni de manera indirecta. En la responsabilidad, un sujeto puede ser responsable de las acciones de otro, si éste queda comprendido dentro de su ámbito de dirección, y, por ende, puede estar obligado a indemnizar los daños causados (*responsabilidad por hecho ajeno*). Existe pues una ligazón entre el causante del daño y el obligado a indemnizar. En el resarcimiento, por el contrario, no existe tal conexión. Quien asume la obligación de resarcir lo hace pese a no tener ninguna ligazón con la actividad dañosa: no la desarrolla, no tiene obligación de vigilarla.

El resarcimiento se articula mediante la técnica de la garantía. Funciona sobre la base de la socialización de los riesgos y, por ende, de la compensación de todas las eventuales víctimas. Se trata, en fin, de una garantía colectiva. El resarcimiento se construye sobre la noción de deber genérico, de vínculo, y no de obligación. Se articula de diversas formas y

conforme a distintos principios según la voluntad del Legislador, a saber: subsidiariedad o solidaridad; igualdad o diversidad.

La vigencia del principio de subsidiariedad comporta que la víctima sólo tiene derecho a verse resarcida mediante el instrumento de garantía cuando el responsable no lo hace o lo hace en cuantía insuficiente. Por el contrario, la vigencia del principio de solidaridad determina que la víctima se ve beneficiada por el mecanismo de garantía en todo caso y con independencia de la posible indemnización que pudiere percibir del responsable del hecho dañoso. La aplicación del principio igualdad, por su parte, determina que el resarcimiento sea de aplicación a todas las víctimas, con independencia de su situación y circunstancias personales, frente a lo que ocurre cuando aquél se adecua de forma discriminatoria, pues, en tal caso, actúa o no según la condición de la víctima.

Responsabilidad y resarcimiento son pues técnicas de compensación diametralmente opuestas. Por responsabilidad, se indemniza, de tal modo que el causante está obligado a reparar íntegramente los daños producidos. La regla del equivalente es consustancial a la idea de responsabilidad. Las cláusulas de limitación de responsabilidad son excepcionales. Por el contrario, por resarcimiento, se asiste, se compensa, se resarce, pero no siempre por el equivalente, de tal manera no rige la regla de la indemnidad.

La doctrina y la jurisprudencia han invocado varias razones para justificar la técnica del resarcimiento y que un sujeto ajeno al hecho causante del daño asuma el deber de resarcir. La compasión, la caridad, el interés político o los principios de orden jurídico son algunas de ellas. Con base en estas razones, los resarcimientos se califican como manifestaciones de la beneficencia pública; como prestaciones de asistencia social; o, en fin, como compensaciones de carácter singular y naturaleza especial.

En ocasiones, la compasión justifica el resarcimiento de determinados daños. La gravedad de los daños irrogados, el desamparo en que quedan las víctimas y las tragedias humanas a que dan lugar determinados hechos dañosos no pueden dejar indiferentes al derecho y a la sociedad. Aunque el mundo jurídico es ajeno a los sentimientos, la situación de las víctimas es tan grave que crea en la comunidad un ánimo de conmiseración o compasión que lleva a crear instrumentos tendentes a paliar los efectos producidos.

En el ámbito de lo jurídico, la compasión es el fundamento último de la beneficencia. La actividad jurídica de beneficencia es siempre gratuita; tiene por beneficiarios a particulares en situación de indigencia y necesidad, quienes se acogen voluntariamente a su acción y su finalidad es de remedio, no policial. Ocurre muchas veces que los resarcimientos se aco-

modan a estas notas, de ahí que se afirme que no son sino una manifestación de la actividad de beneficencia.

La idea de caridad ha sido también invocada por otros como justificación de los resarcimientos legalmente previstos. La caridad, en cuanto título legitimador de una actividad jurídica, se caracteriza por basarse en una obligación moral que tiene relevancia para el mundo del derecho. La caridad sirve de base a la noción de asistencia social. Al igual que la beneficencia, la caridad es gratuita, pero, frente a ella, no exige la concurrencia de una situación objetiva de indigencia y necesidad en los beneficiarios. Así las cosas, los resarcimientos son expresiones de la asistencia social, según algunos.

El interés político es asimismo aducido como fundamento para el establecimiento de los casos de resarcimiento de daños. La asunción por un tercero de daños ajenos pretende paliar el descontento social. A la pregunta de cuáles son los motivos que llevan a conceder especial protección económica a los perjudicados por determinados hechos, sin hacerla también extensiva a las víctimas de otros, se contesta que la respuesta está en terreno político.

Otras veces, en fin, se ha expuesto que las razones justificativas de los resarcimientos hay que buscarlas en el mundo de lo jurídico. Estas giran sobre dos pivotes, a saber: la insuficiencia de los mecanismos ordinarios de indemnización y la imperiosa razón de justicia de compensar a las víctimas. Los mecanismos ordinarios de indemnización propios del derecho privado y de derecho público resultan insuficientes para indemnizar a las víctimas. Esa insuficiencia no puede comportar sin embargo una situación de abandono. Y es que razones de justicia obligan a ampararlas. La justicia, como fundamento último del derecho, justifica el establecimiento de un mecanismo compensador; en concreto, la denominada justicia distributiva. La médula de la justicia distributiva está en las ideas de libertad, igualdad y solidaridad que no son sólo principios inspiradores del ordenamiento sino instrumentos que se concretan en mecanismos de cobertura de daños. En otros términos, en ellas se asienta el derecho de las víctimas a ser resarcidas por los daños sufridos.

La idea de libertad constituye el fundamento último y metajurídico, de la noción de justicia y, en lo que interesa, de la responsabilidad. Por otra parte, atendiendo a criterios jurídicos, la médula de la justicia está en la idea de igualdad. Desde Aristóteles, se distinguen dos clases de justicia. En cada una de ellas se plasma de forma diferente el postulado de igualdad: la justicia conmutativa representa la igualdad absoluta entre una prestación y una contraprestación; la justicia distributiva, por su parte, preconiza la

igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas. La justicia conmutativa es propia del derecho privado frente a la distributiva que lo es del derecho público. La justicia distributiva está presidida además por la idea de solidaridad.

La igualdad es un principio informador del Estado y de su ordenamiento jurídico; se concreta en un tratamiento parejo de los derechos y los deberes de las personas y se proyecta tanto en las relaciones privadas como en las de índole pública.

En las relaciones de naturaleza pública, los poderes no pueden menoscabar la igualdad en sus actuaciones, bien haciendo recaer el peso de las cargas sólo sobre algunos particulares, bien distribuyéndolas de forma desigual entre ellos. Los sacrificios exigidos a los ciudadanos por razón del interés general han de ser repartidos de forma pareja. Si no se da ese trato igual, nace en todo individuo un derecho tendente a exigir el mismo trato que el recibido por sus iguales; en tal sentido, la doctrina habla de la igualdad como derecho de reacción, pues al producirse el perjuicio injusto, nace el derecho subjetivo de recabar la reparación.

El carácter reactivo ha permitido afirmar a la doctrina que la igualdad lleva ínsita tanto la idea positiva de «igual reivindicación de derechos» como la negativa de «igual reparto de las cargas» derivados del ejercicio de dichos derechos. La «igual reivindicación de derechos» comporta que el lesionado tiene la facultad para exigir, ora el restablecimiento de la situación anterior, ora una compensación económica los perjuicios sufridos, bien en especie, bien en dinero. El derecho a la compensación económica de los perjuicios no es otra cosa que una formulación del «derecho al derecho». En íntima vinculación a la noción de igualdad, la compensación de perjuicios presume la igualdad jurídica de los patrimonios entre los cuales debe restablecerse el equilibrio.

En otros términos, la igualdad ante la ley y ante las cargas públicas tiene como consecuencia que toda víctima quede investida de un derecho a obtener una compensación del perjuicio sufrido. Si no existe tal compensación, dicha igualdad se quiebra.

La solidaridad es, por otra parte, uno de los principios jurídicos fundamentales contemporáneos y, como tal, en el siglo XX, ha cobrado incluso relevancia constitucional. «Lleva consigo, por una parte, una obligación cierta, voluntaria y eficaz por parte de los individuos unidos o agrupados para el objeto convenido, y por otro, un derecho recíproco de obtener, cada uno también de aquéllos, los beneficios o resultados provechosos que sean directa consecuencia del fin perseguido al crear la solidaridad entre los mismos». Es un vínculo de armonía entre la persona y los intereses colec-

tivos. En cuanto concepto jurídico indeterminado, la solidaridad tiene una dimensión concreta: asegurar un reparto igualitario de las cargas. Se configura como un instrumento complementario de la noción de igualdad que permite llegar a una solución justa en los casos en los que ésta no alcanza. Y este es el supuesto de los resarcimientos: llegar donde no alcanza la responsabilidad.

II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

1. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO

«La primera y previa cuestión que debe analizarse es la atinente a si resulta pertinente declarar la caducidad del procedimiento con base en el artículo 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Dice el número 1 del referido precepto que *«en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo, la Administración le advertirá que, transcurrido tres meses, se producirá la caducidad del mismo. Consumido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándose al interesado. Contra la resolución que declare la caducidad procederán los recursos pertinentes»*. Y el número 2 del mismo artículo previene que *«no podrá acordarse la caducidad por la simple inactividad del interesado en la cumplimiento de trámites, siempre que no sean indispensables para dictar resolución. Dicha inactividad no tendrá otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite»*.

Una recta interpretación de los preceptos reguladores del procedimiento y, en especial, del artículo 92, en relación con el artículo 35.f), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que previene que la Administración no puede solicitar a los interesados documentos que ya estén en su poder, lleva a entender que, en los procedimientos que instruye, la Administración no puede requerir cualquier documento que tenga por conveniente, sino sólo los que sean exigibles por las normas aplicables al procedimiento de que se trate que resulten indispensables para resolver.

Además, el Consejo de Estado ha declarado que la declaración de caducidad a que se refiere el artículo 92 de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, requiere que concurren tres requisitos, a saber: uno material, que tiene el carácter de presupuesto ineluctable de la figura, es la existencia de una situación de paralización del procedimiento por causa imputable al administrado; otros dos, formales, son, el primero, un requerimiento para que el interesado ponga fin a dicha situación de paralización mediante la aportación de los datos solicitados u otra actuación y, el segundo, la expresa advertencia administrativa de que, caso de no hacerlo, se declarará, sin más trámites, la caducidad administrativa.

La declaración se opera mediante una resolución expresa de archivo que, en este supuesto, no es una simple operación material sino un acto de contenido jurídico y que viene a abortar el procedimiento en el estado en que se encuentre, según se deduce *a simile* del artículo 44.2, párrafo primero, *in fine* de la Ley rituaria administrativa. Es decir, para dictar la resolución de caducidad, no es preciso culminar la tramitación del procedimiento con los trámites que resten, sino que basta con dictar el acuerdo interlocutorio correspondiente.

En el caso sometido a consulta, el Consejo considera que no procede declarar la caducidad del procedimiento. En el expediente consta que la Administración requirió al interesado diversa documentación y éste la aportó en 1998 en la forma en que se le había pedido, mediante copias simples, y la reiteró en 2003, pero exigiendo copias compulsadas. Es cierto que la documentación aportada no está compulsada, pero no puede ocultarse que se trata de documentos que están en poder de la Administración General del Estado y que no hay ningún dato que induzca a pensar que se trata de copias infieles de los originales. Además, la falta de compulsas de dichos documentos no ha originado una situación de imposibilidad de continuar el procedimiento. Antes al contrario, la Administración, pese a faltar la aportación de los documentos compulsados, ha continuado la tramitación del expediente: ha concedido el trámite de audiencia a la parte reclamante y a la empresa encargada de la conservación de la vía; ha formulado la correspondiente propuesta de resolución que recoge de forma exacta y pormenorizada la realidad de los hechos y se ha evacuado el informe del Consejo de Obras públicas. Así las cosas, falta la situación objetiva de imposibilidad de continuar el procedimiento por falta de elementos fácticos precisos, requisito previo para la aplicación del artículo 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y por tanto resulta improcedente declarar la caducidad del procedimiento.»

(Dictamen número 2006/2004)

2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: ARCHIVO DE LAS ACTUACIONES

«El Consejo de Estado emite su consulta en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, y considera que procede desestimar la reclamación. En efecto, resulta del expediente que la parte reclamante ha visto satisfecha su pretensión mediante la reparación «in natura» por la propia empresa contratista, que procedió a la reparación de los desperfectos materiales advertidos en la finca afectada por los trabajos de ejecución de las obras llevadas a cabo en la carretera AS-253, sin que resulte del expediente la existencia de otros daños que no hayan sido resarcidos. La reparación «in natura», admitida expresamente por el artículo 141.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, constituye una forma de reparación del daño por prestación distinta de la indemnización dineraria que extingue la deuda de reparación y, por consiguiente, el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, al carecer de objeto, resultando procedente su archivo.

En efecto, el archivo es bien una operación material, bien un acto jurídico. En cuanto operación material, el archivo consiste en el depósito de las actuaciones en un archivo de gestión, cualquiera que sea la causa de terminación del procedimiento (por resolución, por desistimiento, por renuncia, por caducidad incluso por silencio, etc.). Como acto jurídico, bajo la denominación de archivo se comprenden una serie de casos en los que se pone fin al procedimiento de forma anormal. Entre ellos, cabe mencionar la desaparición del objeto del procedimiento (*Dictamen del Consejo de Estado número 2939/1997*), la prescripción, la renuncia y el desistimiento (artículo 42.1.21), la muerte del interesado, cuando aquél no pueda ser seguido por sus causahabientes, y la modificación de la situación jurídica de los interesados, cuando ello lo comporte.

En el caso presente, la reclamación carece de objeto, por cuanto la pretensión de la parte solicitante ha sido satisfecha ya mediante la correspondiente reparación in natura de los daños, de tal suerte que procede su archivo.

(*Dictamen 2671/2004*)

3. REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

«Este Cuerpo Consultivo ha declarado reiteradamente que, por razón del tiempo, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es aplicable a los proce-

dimientos de revisión de oficio iniciados tras su entrada en vigor, si bien los vicios imputados a los actos administrativos que se pretenden revisar deben examinarse de acuerdo con la legislación que les resultaba aplicables al momento en que fueron dictados. En el caso presente, al haberse dictado los actos que se pretenden declarar nulos estando vigente la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 habría de estarse a las causas de nulidad previstas en su artículo 47.

El Consejo de Estado no aprecia, *prima facie*, en el acto que se pretende revisar la concurrencia de ninguna de las causas enumeradas en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo y, en especial, de la prevista en el apartado c). Pero, en el estado actual de las actuaciones, no procede entrar con detalle en el examen de la posible nulidad de las resoluciones cuya revisión se pretende. Si bien el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de aplicación al presente caso por lo ya dicho, prevé que *«las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo en los supuestos previstos en el artículo 62.1»*, el procedimiento que ha de seguirse tiene un plazo determinado. En tal sentido, el número 5 del mismo artículo 102 dispone que: *«Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo»*.

En el caso presente, aunque no existe en el expediente remitido a consulta un acuerdo de iniciación de procedimiento de revisión de oficio, debe entenderse que la Administración lo incoó en el mes de junio de 2003, tras ser remitidas las actuaciones a la Unidad de Recursos de la Secretaría General Técnica. Uno de los primeros trámites seguidos fue el de concesión del trámite de audiencia a los interesados y esta tuvo lugar el 20 de junio de 2004. Es claro que ha transcurrido con creces el plazo de tres meses a que se refiere el artículo 102.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, desde esa fecha. En consecuencia, ha de concluirse que el procedimiento ha caducado, de tal manera que así procede declararlo mediante resolución interlocutoria y sin entrar a analizar la cuestión de fondo. Todo ello sin perjuicio de que la Administración pueda iniciar nuevo procedimiento con el mismo objeto y que acuerde la conservación de los actos que corresponda.

(Dictamen 2167/2004)

4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

«Este Cuerpo Consultivo ha declarado (dictamen 585/2002) que no procede encauzar a través del procedimiento previsto en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reclamaciones que tienen un cauce específico en nuestro ordenamiento jurídico.

Con independencia de su naturaleza, los gastos procesales de asistencia jurídica, representación letrada, emisión de dictámenes periciales y derechos notariales tienen la consideración de costas, según previene el artículo 241 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y tienen también una vía específica de indemnización como es la condena en costas (artículo 242 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin que dable obtener su resarcimiento fuera del referido cauce.

Si en un proceso administrativo seguido en primera o única instancia, no existe pronunciamiento expreso sobre las costas, cada parte debe pagar las propias, según se deduce de lo establecido en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativo.

En el caso presente, la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 1998 declara que «no se aprecia temeridad o mala fé en las partes procesales, por lo que no se formula pronunciamiento alguno sobre las costas producidas». Por ello, debe entenderse que cada parte procesal debe sufragar las suyas y, en consecuencia, que procede desestimar la reclamación sometida a consulta y formulada al amparo del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.»

(Dictamen 2792/2004)

3.2. «UN MUNDO MÁS SEGURO: LA RESPONSABILIDAD QUE COMPARTIMOS»

Naciones Unidas
*Informe del Grupo de Alto Nivel del Secretario General
sobre las amenazas, los desafíos y el cambio*

RESUMEN

El Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en el discurso que pronunció en la Asamblea General en septiembre de 2003, advirtió a los Estados Miembros que las Naciones Unidas habían llegado a una encrucijada en el camino. Podían ponerse a la altura de las circunstancias y conjurar las nuevas amenazas o correr el riesgo de ir desapareciendo en vista de la discordia cada vez mayor entre los Estados y de su actuación unilateral. El Secretario General estableció el Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio a fin de que formulara nuevas ideas acerca del tipo de normas e instituciones que necesitaban las Naciones Unidas para ser eficaces en el siglo XXI. El Grupo, en su informe, enuncia una visión nueva y audaz de la seguridad colectiva para el siglo XXI. Vivimos en un mundo de amenazas nuevas e incipientes que no podían haberse previsto cuando se fundaron las Naciones Unidas en 1945, como el terrorismo nuclear y el colapso del Estado por una combinación fatídica de pobreza, enfermedad y guerra civil.

En el mundo de hoy la amenaza contra uno es una amenaza contra todos. La globalización significa que un gran ataque terrorista en cualquier lugar del mundo industrial tendría consecuencias devastadoras para el bienestar de millones de personas en el mundo en desarrollo. Cualquiera-

ra de los 700 millones de pasajeros internacionales que vuelan en líneas aéreas cada año puede, sin saberlo, ser portadores de una enfermedad infecciosa letal. La disminución de la capacidad del Estado en cualquier parte del mundo debilita la protección de todos contra amenazas transnacionales tales como el terrorismo y la delincuencia organizada. Cada Estado necesita de la cooperación internacional para su seguridad.

Hay seis grupos de amenazas que deben preocupar al mundo en estos días y en los próximos decenios:

- Guerras entre Estados;
- Violencia dentro del Estado, con inclusión de guerras civiles, abusos en gran escala de los derechos humanos y genocidio;
- Pobreza, enfermedades infecciosas y degradación del medio ambiente;
- Armas nucleares, radiológicas, químicas y biológicas;
- Terrorismo; y
- Delincuencia transnacional organizada.

El lado positivo es que las Naciones Unidas y nuestras instituciones de seguridad colectiva han demostrado que pueden funcionar. El número de guerras civiles que terminaron mediante negociación en los quince últimos años fue mayor que en los 200 anteriores. En los años sesenta eran muchos los que creían que para nuestros días entre 15 y 25 Estados poseerían armas nucleares; el Tratado sobre la no proliferación nuclear ha servido para prevenirlo. La Organización Mundial de la Salud ayudó a contener la propagación del SARS antes de que matara a decenas de miles o incluso más personas.

Sin embargo, estos logros pueden revertirse y se corre un verdadero peligro de que así ocurra a menos que actuemos con rapidez para afianzar a las Naciones Unidas de manera que en el futuro responda con eficacia a toda la variedad de amenazas a que hacemos frente.

NORMAS DE PREVENCIÓN

Para hacer frente al problema de las amenazas en nuestros días hay que embarcarse resueltamente por la vía de la prevención; las consecuencias de dejar que amenazas latentes se hagan manifiestas o de dejar que amenazas que ya existen se propaguen son demasiado graves.

El desarrollo tiene que ser la primera línea de defensa para un sistema de seguridad colectiva que se tome la prevención en serio. Combatir **la pobreza** no sólo salvará millones de vidas sino que afianzará también la

capacidad de los Estados para combatir el terrorismo, la delincuencia organizada y la proliferación. El desarrollo significa mayor seguridad para todos. Existe un marco internacional convenido en cuanto a la forma de alcanzar esas metas, enunciado en la Declaración del Milenio y el Consenso de Monterrey, pero su puesta en práctica no avanza.

La seguridad biológica debe ocupar un lugar primordial en la prevención. La reacción internacional ante el VIH/SIDA fue terriblemente tardía y vergonzosamente mal financiada. Tenemos que contener y hacer regresar esta pandemia con urgencia. Pero también habrá que hacer más. Nuestro sistema mundial de salud pública se ha deteriorado y no está en condiciones de protegernos contra enfermedades infecciosas fatales que ya existen o están apareciendo. En el informe se recomienda una importante iniciativa destinada a formar capacidad en materia de salud pública en todo el mundo en desarrollo en los planos local y nacional. Ello no sólo reportará beneficios directos para la prevención y el tratamiento de enfermedades en el propio mundo en desarrollo, sino que también servirá de base para una eficaz defensa mundial contra el bioterrorismo y terribles brotes epidémicos naturales.

Prevenir **la guerra dentro de un Estado y entre Estados** redundará también en interés colectivo de todos. Las Naciones Unidas, para funcionar mejor en el futuro, tendrán que incrementar realmente su capacidad en materia de mediación y diplomacia preventiva. Habrá que aprovechar la base que significa la labor realizada por organizaciones regionales en la formulación de sólidas normas para proteger a los gobiernos contra derrocamientos inconstitucionales y para proteger los derechos de las minorías y habrá que cooperar para encontrar nuevos medios de regular la ordenación de los recursos naturales, porque la competencia en pos de estos recursos suele dar lugar a conflictos.

Para un mundo más seguro es indispensable prevenir la propagación y utilización de **armas nucleares, biológicas y químicas**. Esto significa reducir más la demanda de estas armas y controlar la oferta de material para producirla. Significa cumplir los compromisos que se han contraído en tratados vigentes, incluido el de celebrar negociaciones, y significa hacer cumplir los acuerdos internacionales. En el informe se enuncian recomendaciones concretas destinadas a crear incentivos a fin de que los Estados se abstengan de desarrollar capacidad para enriquecer uranio y para el procesamiento. Se exhorta a entablar negociaciones para un nuevo acuerdo que permita al Organismo Internacional de Energía Atómica actuar de garante respecto del abastecimiento de material fisionable a civiles a precios de mercado y se insta a los gobiernos a suspender voluntariamente, por un

plazo prefijado, la construcción de nuevas instalaciones para el enriquecimiento y reprocesamiento de uranio, mientras los actuales abastecedores, por su parte, garantizarán la oferta de material fisionable.

El terrorismo es una amenaza para todos los Estados y para las Naciones Unidas en su conjunto. Esta amenaza tiene nuevos aspectos, que incluyen la aparición de una red terrorista mundial y las posibilidades de utilización de armas nucleares, biológicas o químicas para fines de terrorismo, que requieren nuevas respuestas. Las Naciones Unidas no han hecho todo lo que pueden hacer y en el informe se insta a que establezcan una estrategia de lucha contra el terrorismo que respete los derechos humanos y el Estado de derecho. Esa estrategia debe comprender medidas coercitivas cuando sean necesarias y crear nuevos instrumentos para ayudar a los Estados a conjurar esta amenaza en el plano interno.

El informe enuncia una clara definición del terrorismo, sostiene que no admite justificación en circunstancia alguna y exhorta a la Asamblea General de las Naciones Unidas a superar sus divisiones y concertar por fin un convenio general sobre el terrorismo.

La propagación de **la delincuencia transnacional organizada** hace crecer el riesgo de todas las demás amenazas. Los terroristas utilizan los grupos delictivos organizados para desplazar dinero, hombres y materiales por todo el mundo. Gobiernos y rebeldes venden recursos naturales por conducto de grupos delictivos para financiar guerras. La corrupción debilita la capacidad del Estado para afianzar el imperio de la ley. Es esencial luchar contra la delincuencia organizada a fin de ayudar a los Estados a formar capacidad para ejercer sus obligaciones soberanas y para combatir la horrible trata de seres humanos.

LA RESPUESTA A LAS AMENAZAS

Naturalmente la prevención a veces no da frutos y en ciertas ocasiones habrá que hacer frente a las amenazas por medios militares.

La Carta de las Naciones Unidas establece un claro marco para el **uso de la fuerza**. Los Estados tienen un derecho inmanente a la legítima defensa, consagrado en el Artículo 51. El derecho internacional consuetudinario, establecido de larga data, pone de manifiesto que los Estados pueden proceder a una acción militar a condición de que el ataque amenazado sea inminente, no haya otro medio de evitarlo y la acción sea proporcionada. El Consejo de Seguridad tiene autoridad para actuar a título preventivo, pero pocas veces lo ha hecho. El Consejo de Seguridad tendrá

que estar mucho más dispuesto a adoptar en el futuro una actitud más proactiva y adoptar medidas resueltas con más antelación. Los Estados que temen que se materialice una amenaza distante tienen la obligación de señalarlo al Consejo de Seguridad.

El informe enuncia la norma que se está imponiendo de la **responsabilidad de proteger** a los civiles de la violencia en gran escala, responsabilidad que recae primordialmente sobre las autoridades nacionales. Si el Estado no protege a su población civil recae entonces sobre la comunidad internacional la responsabilidad de actuar mediante operaciones humanitarias, misiones de observación, la presión diplomática y el uso de la fuerza, de ser necesario, aunque únicamente como último recurso. En caso de conflicto o de empleo de la fuerza ello entraña también un claro compromiso internacional de reconstruir sociedades destruidas.

El despliegue de fuerzas militares **para el mantenimiento y para la imposición de la paz** ha resultado ser un útil instrumento para poner fin a la guerra y preservar la seguridad de un Estado una vez terminada la guerra. Sin embargo, la oferta total en el mundo de personal disponible para el mantenimiento de la paz es peligrosamente baja. Simplemente para mantener la paz en los conflictos actuales habría prácticamente que duplicar el número de efectivos destinados a ese fin en todo el mundo. Incumbe a los Estados desarrollados la obligación particular de esforzarse más por convertir sus ejércitos en unidades aptas para ser desplegadas en operaciones de paz y, para superar las dificultades en el futuro, un mayor número de Estados tendrá que tener contingentes de reserva para fines de las Naciones Unidas y mantener disponible capacidad de transporte aéreo y capacidad estratégica de desplazamiento de otra índole para ayudar en operaciones de la paz.

Cuando termina la guerra se hace esencial **consolidar la paz después del conflicto**. Las Naciones Unidas con frecuencia han prestado muy poca atención y dedicado muy pocos recursos a este problema fundamental. Para consolidar la paz se requiere el despliegue de efectivos de mantenimiento de la paz con el mandato adecuado y con suficiente capacidad para disuadir a quienes quieran oponerse; se necesitan también fondos para desmovilización y desarme incorporados en los presupuestos para el mantenimiento de la paz y un nuevo fondo fiduciario para enjugar déficit críticos en la rehabilitación y reinserción de combatientes y otras tareas iniciales de reconstrucción y hay que prestar especial atención a la formación de capacidad institucional del Estado, especialmente en el campo del imperio de la ley. Desempeñar bien este cometido debería constituir una función central de las Naciones Unidas.

Para hacer frente a estos problemas las Naciones Unidas necesitan que sus actuales instituciones funcionen mejor y ello significa revitalizar la **Asamblea General** y el **Consejo Económico y Social**, cerciorarse de que desempeñen las funciones que les fueron asignadas y restablecer la credibilidad de la **Comisión de Derechos Humanos**.

Significa también aumentar la credibilidad y eficacia del **Consejo de Seguridad** haciendo que su composición refleje mejor la realidad del mundo de hoy. El informe enuncia principios para la reforma y dos modelos para materializarla, una con nuevos miembros permanentes sin veto y otra con nuevos puestos por períodos renovables de cuatro años. Según el informe, las reformas deberían revisarse en 2020.

También es necesario crear nuevas instituciones para hacer frente a nuevos problemas. El informe recomienda que se establezca una **comisión para la consolidación de la paz**, un nuevo mecanismo en las Naciones Unidas, en que tendrían participación el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, donantes y autoridades nacionales. Una comisión de esa índole, trabajando en estrecha cooperación con organizaciones regionales y las instituciones financieras internacionales, podría colmar una importantísima laguna en el sentido de prestar la atención necesaria a los países que salen de un conflicto. Fuera de las Naciones Unidas, un foro en que se congregaran los jefes de Estado de los 20 países más grandes, desarrollados y en desarrollo, serviría a los efectos de una gestión coherente de la política internacional en materia monetaria, financiera, comercial y de desarrollo.

Una mejor colaboración con las **organizaciones regionales** es también esencial y el informe enuncia una serie de principios que rigen una alianza más estructurada entre ellas y las Naciones Unidas.

En el informe se recomienda reforzar la función crítica que cabe al Secretario General en cuanto a la paz y la seguridad. El Secretario General, para actuar con mayor eficacia, debería tener mucha más latitud para administrar la Secretaría y se exigiría al mismo tiempo que rindiera cuenta de esa administración. Necesita también más apoyo para su función de mediación y mayores posibilidades de configurar una estrategia efectiva para la consolidación de la paz. Actualmente hay un Vicesecretario General; si se creara un segundo puesto de vicesecretario general encargado de cuestiones de paz y de seguridad, el Secretario General tendría capacidad para supervisar las funciones sociales, económicas y de desarrollo de las Naciones Unidas y sus muchas funciones respecto de la paz y la seguridad.

LO QUE QUEDA POR HACER

El informe constituye el inicio y no el fin de un proceso. El año 2005 constituirá una ocasión crucial para que los Estados Miembros discutan y amplíen las recomendaciones del informe, algunas de las cuales serán examinadas en una cumbre de jefes de Estado. En todo caso, para construir un mundo más seguro se necesita mucho más que un informe o una conferencia en la cumbre. Se necesitarán recursos compatibles con la escala de los problemas que nos esperan, compromisos sostenidos y a largo plazo y, por sobre todas las cosas, liderazgo dentro de los Estados y entre ellos.

3.3. ESTADOS PARTES EN LOS CONVENIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

(ESTADO DE RATIFICACIÓN CERRADO A 31-12-2004)

PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

GC I-IV 1949

- Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949.
- Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea. Geneva, 12 August 1949.
- Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949.
- Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 August 1949.

AP I 1977

- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts. Geneva, 8 June 1977.

AP I Declaration art. 90

- Declaration provided for under article 90 AP I. Acceptance of the Competence of the International Fact-Finding Commission according to article 90 of AP I.

AP II 1977

- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts. Geneva, 8 June 1977.

CRC 1989

- Convention on the Rights of the Child, New York, 20 November 1989.

Opt Prot. CRC 2000

- Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict, New York, 25 May 2000.

CORTE PENAL INTERNACIONAL

ICC Statute 1998

- Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998.

PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES

Hague Conv. 1954

- Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954.

Hague Prot. 1954

- First Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954.

Hague Prot. 1999

- Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 26 March 1999.

MEDIO AMBIENTE

ENMOD Conv. 1976

- Convention on the prohibition of military or any other hostile use of environmental modification techniques, New York, 10 December 1976.

ARMAS

Geneva Gas Prot. 1925

- Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and Warfare, Geneva, 17 June 1925.

BWC 1972

- Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction.
- Opened for Signature at London, Moscow and Washington. 10 April 1972.

CCW 1980

- Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects. Geneva, 10 October 1980.

CCW Prot. I 1980

- Protocol on non-detectable fragments (I).

CCW Prot. II 1980

- Protocol on prohibitions or restrictions on the use of mines, booby-traps and other devices (II).

CCW Prot. III 1980

- Protocol on prohibitions or restrictions on the use of incendiary weapons (III).

CCW Prot. IV 1995

- Protocol on Blinding Laser Weapons (Protocol IV to the 1980 Convention), 13 October 1995.

CCW Prot. IIa 1996

- Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended on 3 May 1996 (Protocol II to the 1980 Convention).

CCW Amdt 2001

- Amendment to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects (with Protocols I, II and III), Geneva 21 December 2001.

CCW Prot. V 2003

- Protocol on Explosive Remnants of War to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects (with Protocols I, II and III). Geneva, 28 November 2003.

CWC 1993

- Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, Paris 13 January 1993.

Ottawa Treaty 1997

- Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, Oslo, 18 September 1997.

I. PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Country	Protection of victims of armed conflicts					International Criminal Court	Protection of Cultural Property			Environment		
	GC I-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
Afghanistan	26/9/56				28/3/94	24/9/03		10/2/03				22/10/85
Albania	27/5/57	16/7/83		16/7/93	27/2/92		31/1/03	20/12/80	20/12/80			
Algeria	20/6/60	16/8/89	16/8/89	16/8/89	16/4/93							19/12/91
Andorra	17/9/93				2/1/86	30/4/01	30/4/01					
Angola	20/9/84	20/9/84			5/12/90							
Antigua and Barbuda	6/10/86	6/10/86		6/10/86	5/10/93			18/6/01				25/10/88
Argentina	18/9/56	26/11/86	11/10/96	26/11/86	4/12/90	10/9/02	8/2/01	22/3/89		7/1/02		20/3/87
Armenia	7/6/93	7/6/93		7/6/93	23/6/93			5/9/93	5/9/93			15/5/02
Australia	14/10/58	21/6/91	23/9/92	21/6/91	17/12/90			17/02	19/9/84			7/9/84
Austria	27/8/53	13/8/82	13/8/82	13/8/82	6/8/92	1/2/02	28/12/00	25/3/64	25/3/64	1/3/02		17/1/90
Azerbaijan	1/6/93				13/8/92	3/7/02		20/9/93	20/9/93	17/4/01		
Bahamas	11/7/75	10/4/80		10/4/80	20/2/91							
Bahrain	30/11/71	30/10/86		30/10/86	13/2/92	21/9/04						
Bangladesh	4/4/72	8/9/80		8/9/80	3/8/90	6/9/00						3/10/79
Barbados	10/9/68	19/2/90		19/2/90	9/10/90		10/12/02	9/4/02				
Belarus	3/8/54	23/10/89	23/10/89	23/10/89	11/0/90			7/5/57	7/5/57	13/12/00		7/6/88
Belgium	3/9/52	20/5/86	27/3/87	20/5/86	16/12/91	6/5/02	28/6/00	16/9/60	16/9/60			12/7/82
Belize	29/6/84	29/6/84		29/6/84	2/5/90	1/12/03	5/4/00					
Benin	14/12/61	28/5/86		28/5/86	3/8/90	2/11/05	22/1/02					30/6/86
Bhutan	10/1/91				1/8/90							
Bolivia	10/12/76	8/12/83	10/8/92	8/12/83	26/6/90	22/12/04		27/6/02	17/11/04			
Bosnia-Herzegovina	31/12/92	31/12/92	31/12/92	31/12/92	1/9/93	10/10/03	11/4/02	12/7/93	12/7/93			
Botswana	29/3/68	23/5/79		23/5/79	14/3/95	4/10/04	8/9/00	3/1/02				
Brazil	29/6/57	5/5/92	23/11/93	5/5/92	24/9/90	27/1/04	20/6/02	12/9/58	12/9/58			12/10/84
Brunei Darussalam	14/10/91	14/10/91		14/10/91	27/12/95							
Bulgaria	22/7/54	26/9/89	9/5/94	26/9/89	3/6/91	12/2/02	11/4/02	7/8/56	9/10/58	14/6/00		31/5/78
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		
Burundi	27/12/71	10/6/93		10/6/93	19/10/90			21/9/04				
Cambodia	8/12/58	14/1/88		14/1/88	15/10/92	16/7/04		11/4/02	4/4/82	4/4/82		
Cameroon	16/9/63	16/3/84		16/3/84	11/1/93			12/10/61	12/10/61			
Canada	14/5/65	20/11/90	20/11/90	20/11/90	13/12/91	7/7/00	7/7/00	11/12/98				11/6/81
Cape Verde	11/5/84	16/3/95	16/3/95	16/3/95	4/6/82	10/5/02						3/10/79
Central African Republic	1/8/66	17/7/84		17/7/84	23/4/82		4/10/01					
Chad	5/8/70	17/1/97		17/1/97	2/10/90	28/8/02						
Chile	12/10/50	24/4/91	24/4/91	24/4/91	13/8/90	31/7/03						26/4/94
China	28/12/56	14/9/83		14/9/83	2/3/92			5/1/00	5/1/00			
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			
Comoros	21/11/85	21/11/85		21/11/85	22/6/93							
Congo	4/2/67	10/11/83		10/11/83	14/10/93		3/5/04					
Congo (Dem Rep)	24/2/61	3/6/82	12/12/02	12/12/02	27/9/90	11/11/01	11/4/02	18/4/61	18/4/61			
Cook Islands	11/6/01	7/5/02	7/5/02	7/5/02	6/6/97							
Costa Rica	15/10/69	15/12/83	2/12/99	15/12/83	21/8/90	24/1/03	7/6/01	3/6/98	3/6/98	9/12/03		7/2/96
Côte d'Ivoire	28/12/61	20/9/89		20/9/89	4/2/91			24/1/80				
Croatia	11/5/92	11/5/92	11/5/92	11/5/92	12/10/92	1/11/02	21/5/01	6/7/92	6/7/92			10/4/78
Cuba	15/4/54	25/11/82		23/6/99	21/8/91			26/11/57	26/11/57			10/4/78
Cyprus	23/5/62	1/6/79	14/10/02	18/3/96	7/2/91		7/3/02	9/9/84	9/9/84	16/5/01		12/4/78
Czech Republic	5/2/93	5/2/93	2/5/95	5/2/93	22/2/93	30/11/01		26/3/93	26/3/93			22/2/93
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			19/4/78
Djibouti	6/3/78	8/4/91		8/4/91	6/12/90		5/11/02					
Dominica	28/9/81	25/4/96		25/4/96	13/3/91	20/9/02	12/2/01					9/11/92
Dominican Republic	22/1/58	26/5/94		26/5/94	11/6/91			5/1/60	21/3/02			
Ecuador	11/8/54	10/4/79		10/4/79	23/3/90	7/6/04	5/2/02	2/10/56	8/2/61	2/8/04		
Egypt	10/11/52	9/10/92		9/10/92	6/7/90			17/8/55	17/8/55			1/4/82
El Salvador	17/6/53	23/11/78		23/11/78	10/7/90	18/4/02		19/7/01	27/3/02	27/3/02		
Equatorial Guinea	24/7/86	24/7/86		24/7/86	15/6/92			19/11/03		19/11/03		
Eritrea	14/8/00				3/8/94			6/8/04				
Estonia	18/1/93	18/1/93		18/1/93	21/10/91		30/1/02	4/4/95				
Ethiopia	2/10/69	8/4/94		8/4/94	14/5/91							
Fiji	9/8/71				13/8/93		29/11/99					
Finland	22/2/55	7/8/80	7/8/80	7/8/80	20/6/91	10/4/02	29/12/00	16/9/94	16/9/94	9/11/04		12/5/78
France	28/6/51	11/4/01		24/2/84	7/8/90	5/2/03	9/6/00	7/6/57	7/6/57			
Gabon	26/2/65	8/4/80		8/4/80	9/2/94		20/9/00	4/12/61	4/12/61	29/8/03		
Gambia	20/10/66	12/1/89		12/1/89	8/8/90		28/6/02					
Georgia	14/9/93	14/9/93		14/9/93	2/6/94		5/9/03	4/11/92	4/11/92			
Germany	3/9/54	14/2/91	14/2/91	14/2/91	6/3/92	13/12/04	11/12/00	11/8/67	11/8/67			24/5/83
Ghana	2/8/58	28/2/78		28/2/78	5/2/90		20/12/99	25/7/60	25/7/60			22/6/78
Greece	5/6/56	31/3/89	4/2/98	15/2/93	11/5/93	22/10/03	15/5/02	9/2/81	9/2/81			23/8/83
Grenada	13/4/81	23/9/98		23/9/98	5/11/90							
Guatemala	14/5/52	19/10/87		19/10/87	6/6/90	9/5/02		2/10/85	19/5/94			21/3/88
Guinea	11/7/84	11/7/84	20/12/93	11/7/84	13/7/90		14/7/03	20/9/60	11/12/61			
Guinea-Bissau	21/2/74	21/10/86		21/10/86	20/8/90							
Guyana	22/7/68	18/1/88		18/1/88	14/1/91		24/9/04					
Haiti	11/4/57				8/6/95							
Holy See	22/2/51	21/11/85		21/11/85	20/4/90	24/10/01		24/2/58	24/2/58			
Honduras	31/12/65	16/2/95		16/2/95	10/8/90	14/8/02		17/02	25/10/02	25/10/02	26/1/03	
Hungary	3/8/54	12/4/89	23/9/91	12/4/89	7/10/91		30/11/01	17/5/56	16/8/56			19/4/78
Iceland	10/8/65	10/4/87	10/4/87	10/4/87	28/10/82	1/10/01	25/5/00					
India	9/11/50				11/12/92			16/6/58	16/6/58			15/12/78
Indonesia	30/9/58				5/9/90			10/1/67	26/7/67			
Iran (Islamic Rep)	20/2/57				13/7/94			22/6/59	22/6/59			
Iraq	14/2/56				15/6/94			21/12/67	21/12/67			
Ireland	27/9/62	19/5/99	19/5/99	19/5/99	28/9/92	18/11/02	11/4/02					16/12/82

I. PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS (CONTINUACIÓN)

Country	Protection of victims of armed conflicts					International Criminal Court	Protection of Cultural Property			Environment	
Country	GC I-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	ENMOD Conv. 1976
Israel	6/7/51				3/10/91			3/10/57	1/4/58		
Italy	17/12/51	27/2/86	27/2/86	27/2/86	5/9/91	9/5/02	26/7/99	9/5/58	9/5/58		27/11/81
Jamaica	20/7/84	29/7/86			29/7/86	14/5/91	9/5/02				
Japan	21/4/53	1/9/04	31/8/04	31/8/04	22/4/94	2/8/04					9/6/82
Jordan	29/5/51	1/5/79		1/5/79	24/5/91		11/4/02	2/10/57	2/10/57		
Kazakhstan	5/5/92	5/5/92		5/5/92	12/8/94	10/4/03		14/3/97	14/3/97		
Kenya	20/9/66	23/2/99		23/2/99	30/7/90	28/1/02					
Kiribati	5/1/89				11/12/95						
Korea (Dem People's Rep.)	27/8/57	9/3/88			21/9/90						8/11/84
Korea (Republic of)	16/8/66	15/1/82	16/4/04	15/1/82	20/11/91	24/9/04	13/11/02				2/12/86
Kuwait	2/9/67	17/1/85		17/1/85	21/10/91	26/8/04		6/6/69	11/2/70		2/1/80
Kyrgyzstan	18/9/92	18/9/92		18/9/92	7/10/94	13/8/03		3/7/95			
Lao (People's Dem.)	29/10/56	18/11/80	30/1/98	18/11/80	8/5/91						5/10/78
Latvia	24/12/91	24/12/91		24/12/91	14/4/92		28/6/02	19/12/03	19/12/03		
Lebanon	10/4/51	23/7/97		23/7/97	14/5/91			1/6/60	1/6/60		
Lesotho	20/5/68	20/5/94		20/5/94	10/3/92	24/9/03	6/9/00				
Liberia	29/3/54	30/6/88		30/6/88	4/6/93		22/9/04				
Libyan Arab Jamahiriya	22/5/56	7/6/78		7/6/78	15/4/93	29/10/04		19/11/57	19/11/57	20/7/01	
Liechtenstein	21/9/50	10/8/89	10/8/89	10/8/89	22/12/95		2/10/01	28/4/60	28/4/60		
Lithuania	3/10/96	13/7/00	13/7/00	13/7/00	3/11/92	20/2/03	12/5/03	2/7/98	2/7/98	13/3/02	16/4/02
Luxembourg	1/7/53	29/8/89	12/5/93	29/8/89	7/3/94	4/8/04	8/9/00	29/9/61	29/9/61		
Macedonia	1/9/93	1/9/93	1/9/93	1/9/93	2/12/93	12/1/04	6/3/02	30/4/97	30/4/97	19/4/02	
Madagascar	18/7/63	8/5/92	27/7/93	8/5/92	19/3/91	22/9/04		3/11/61	3/11/61		
Malawi	5/1/68	7/10/91		7/10/91	2/1/91		19/9/02				5/10/78
Malaysia	24/8/62				17/2/95			12/12/60	12/12/60		
Maldives	18/6/91	3/9/91		3/9/91	11/2/91	29/12/04					
Mali	24/5/65	8/2/89	9/5/03	8/2/89	20/9/90	16/5/02	16/8/00	18/5/61	18/5/61		
Malta	22/8/68	17/4/89	17/4/89	17/4/89	30/9/90	9/5/02	29/11/02				
Marshall	1/6/04				4/10/93		7/12/00				
Mauritania	30/10/62	14/3/80		14/3/80	16/5/91						
Mauritius	18/8/70	22/3/82		22/3/82	26/7/90		5/3/02				9/12/92
Mexico	29/10/52	10/3/83			21/9/90	15/3/02		7/5/56	7/5/56	7/10/03	
Micronesia	19/9/95	19/9/95		19/9/95	5/5/93						
Moldova (Republic of)	24/5/93	24/5/93		24/5/93	26/1/93	7/4/04		9/12/99	9/12/99		
Monaco	5/7/50	7/1/00		7/1/00	21/8/93	13/11/01		10/12/57	10/12/57		
Mongolia	20/12/58	6/12/95	6/12/95	6/12/95	5/7/90	6/10/04	11/4/02	4/11/64	4/11/64		19/5/78
Morocco	26/7/56				21/6/93	22/5/02		30/8/88	30/8/88		
Mozambique	14/3/83	14/3/83		12/11/02	26/4/94	19/10/04					
Myanmar	25/8/92				15/7/91			10/2/56	10/2/56		
Namibia	22/8/91	17/6/94	21/7/94	17/6/94	30/9/90	16/4/02	26/6/02				
Nauru					27/7/94		12/11/01				
Nepal	7/2/64				14/9/90						
Netherlands	3/8/54	26/6/87	26/6/87	26/6/87	6/2/95		17/7/01	14/10/58	14/10/58		15/4/83
New Zealand	2/5/59	8/2/88	8/2/88	8/2/88	6/4/93	12/11/01	7/9/00				17/9/84
Nicaragua	17/12/53	19/7/99		19/7/99	5/10/90			25/11/59	25/11/59	1/6/01	
Niger	21/4/64	8/6/79		8/6/79	30/9/90		11/4/02	6/12/76	6/12/76		7/12/93
Nigeria	20/6/61	10/10/88		10/10/88	19/4/91		27/9/01	5/6/61	5/6/61		
Niue					20/12/95						
Norway	3/8/51	14/12/81	14/12/81	14/12/81	8/1/91	23/9/03	16/2/00	19/9/61	19/9/61		15/2/79
Oman	31/1/74	29/3/84		29/3/84	9/12/96	17/9/04		26/10/77	26/10/77		
Pakistan	12/6/51				12/11/90			27/3/59	27/3/59		27/2/86
Palau	25/6/96	25/6/96		25/6/96	4/8/95						
Panama	10/2/56	18/9/95	26/10/99	18/9/95	12/12/90	8/8/01	21/3/02	17/7/62	8/3/01	8/3/01	13/5/03
Papua New Guinea	26/5/76				2/3/93						28/10/80
Paraguay	23/10/61	30/11/90	30/1/98	30/11/90	25/9/90	27/9/02	14/5/01	9/11/04	9/11/04	9/11/04	
Peru	15/2/56	14/7/89		14/7/89	4/9/90	8/5/02	10/11/01	21/7/89	21/7/89		
Philippines	6/10/52			11/12/86	21/8/90	26/8/03					
Poland	26/11/54	23/10/91	2/10/92	23/10/91	7/6/91		12/11/01	6/8/56	6/8/56		8/6/78
Portugal	14/3/61	27/5/92	1/7/94	27/5/92	21/9/90	19/8/03	5/2/02	4/8/00	4/8/00		
Qatar	15/10/75	5/4/88	24/9/91	5/1/04	3/4/95	25/7/02		31/7/73		4/9/00	
Romania	1/6/54	21/6/90	31/5/95	21/6/90	28/9/90	10/11/01	11/4/02	21/3/58	21/3/58		6/5/83
Russian Federation	10/5/54	29/9/89	29/9/89	29/9/89	16/8/90			4/1/57	4/1/57		30/5/78
Rwanda	5/5/64	19/11/84	8/7/93	19/11/84	24/1/91	23/4/02		28/12/00			
Saint Kitts and Nevis	14/2/86	14/2/86		14/2/86	24/7/90						
Saint Lucia	18/9/81	7/10/82		7/10/82	16/8/93						27/5/93
Saint Vincent & Grenadine	1/4/81	8/4/83		8/4/83	26/10/93		3/12/02				27/4/99
Samoa	23/8/84	23/8/84		23/8/84	29/11/94			16/9/02			
San Marino	29/8/53	5/4/94		5/4/94	25/11/91	13/5/99		9/2/56	9/2/56		
Sao Tome and Principe	21/5/76	5/7/96		5/7/96	14/5/91						5/10/79
Saudi Arabia	18/5/63	21/8/87		28/11/01	26/1/96			20/1/71			
Senegal	18/5/63	7/5/85		7/5/85	31/7/90	3/3/04	2/2/99	17/6/87	17/6/87		
Serbia and Montenegro	18/10/01	16/10/01	16/10/01	16/10/01	12/3/01	31/1/03	6/9/01	11/9/01	11/9/01	2/9/02	
Seychelles	8/11/84	8/11/84	22/5/92	8/11/84	7/9/90			8/10/03			
Sierra Leone	10/6/65	21/10/86		21/10/86	18/6/90	15/5/02	15/9/00				
Singapore	27/4/73				5/10/95						
Slovakia	2/4/93	2/4/93	13/3/95	2/4/93	28/5/93		11/4/02	31/3/93	31/3/93	11/2/04	28/5/93
Slovenia	26/3/92	26/3/92	26/3/92	26/3/92	6/7/92	23/9/04	31/12/01	28/10/92	5/11/92	13/4/04	
Solomon Islands	6/7/81	19/9/88		19/9/88	10/4/95						19/6/81
Somalia	12/7/62										
South Africa	31/3/52	21/11/95		21/11/95	16/8/95		27/11/00	18/12/03			
Spain	4/8/52	21/4/89	21/4/89	21/4/89	6/12/90	8/3/02	24/10/00	7/7/60	26/6/92	6/7/01	19/7/78
Sri Lanka	28/2/59				12/7/91	8/9/00		11/5/04			25/4/78

I. PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS (CONCLUSIÓN)

Country	Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court	Protection of Cultural Property			Environment
	GC I-IV 1949	AP I 1977	AP I Declaration art. 90	AP II 1977	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000		Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	
Sudan	23/9/57				3/8/90			23/7/70			
Suriname	13/10/76	16/12/85		16/12/85	1/3/93						
Swaziland	28/6/73	2/11/95		2/11/95	7/9/95						
Sweden	28/12/53	31/8/79	31/8/79	31/8/79	29/6/90	20/2/03	28/6/01	22/1/85	22/1/85		27/4/84
Switzerland	31/3/50	17/2/82	17/2/82	17/2/82	24/2/97	26/6/02	12/10/01	15/5/62	15/5/62	7/9/04	5/8/88
Syrian Arab Republic	2/11/53	14/11/83			15/7/93	17/10/03		6/3/58	6/3/58		
Tajikistan	13/1/83	13/1/93	10/9/97	13/1/93	26/10/93	5/8/02	5/5/00	28/8/92	28/8/92		12/10/99
Tanzania (United Rep.of)	12/12/62	15/2/83		15/2/83	10/6/91	11/11/04	20/8/02	23/9/71			
Thailand	29/12/54				27/3/92			2/5/58	2/5/58		
Timor-Leste	8/5/03				16/4/03	2/4/04	6/9/02				
Togo	6/1/62	21/6/84	21/11/91	21/6/84	1/8/90						
Tonga	13/4/78	20/1/03	20/1/03	20/1/03	6/11/95						
Trinidad and Tobago	24/9/63	20/7/01	20/7/01	20/7/01	5/12/91		6/4/99				
Tunisia	4/5/57	9/8/79		9/8/79	30/1/92	2/1/03		28/1/81	28/1/81		11/5/78
Turkey	10/2/54				4/4/95	4/5/04		15/12/65	15/12/65		
Turkmenistan	10/4/92	10/4/92		10/4/92	20/9/93						
Tuvalu	19/2/81				22/9/95						
Uganda	18/5/64	13/3/91		13/3/91	17/8/90	6/5/02	14/6/02				
Ukraine	3/8/54	25/1/90	25/1/90	25/1/90	28/8/91			6/2/57	6/2/57		13/6/78
United Arab Emirates	10/5/72	9/3/83	6/3/92	9/3/83	3/1/97						
United Kingdom	23/9/57	28/1/98	17/5/99	28/1/98	16/12/91	24/6/03	4/10/01				16/5/78
United States of America	2/8/55					23/12/02					17/1/80
Uruguay	5/3/69	13/12/85	17/7/90	13/12/85	20/11/90	9/9/03	28/6/02	24/9/99	24/9/99		16/9/93
Uzbekistan	8/10/93	8/10/93		8/10/93	29/6/94			21/2/96			26/5/93
Vanuatu	27/10/82	28/2/85		28/2/85	7/7/93						
Venezuela	13/2/56	23/7/98		23/7/98	13/9/90	23/9/03	7/6/00				
Viet Nam	28/6/57	19/10/81			28/2/90	20/12/01					26/8/80
Yemen	16/7/70	17/4/90		17/4/90	1/5/91			6/2/70	6/2/70		20/7/77
Zambia	19/10/66	4/5/95		4/5/95	6/12/91		13/11/02				
Zimbabwe	7/3/83	19/10/92		19/10/92	11/9/90			9/6/98			
Total	192	162	68	158	192	92	97	113	89	26	69

II. ARMAS

Country	Weapons											
	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Afghanistan	9/12/86	26/3/75									24/9/03	11/9/02
Albania	20/12/89	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	27/1/92	22/7/01									14/8/95	9/10/01
Andorra											27/2/03	29/6/98
Angola	8/11/90											5/7/02
Antigua and Barbuda	27/4/89	29/1/03										3/5/99
Argentina	12/5/69	5/12/79	2/10/95	2/10/95	29/9/95	29/9/95	21/10/98	21/10/98	25/2/04		2/10/95	14/9/99
Armenia		7/6/94									27/1/95	
Australia	24/5/30	5/10/77	29/9/83	29/9/83	29/9/83	29/9/83	22/8/97	22/8/97	3/12/02		6/5/94	14/1/99
Austria	9/5/28	10/8/73	14/3/83	14/3/83	14/3/83	14/3/83	27/7/98	27/7/98	25/9/03		17/8/95	29/6/98
Azerbaijan											29/2/00	
Bahamas		26/11/86										31/7/98
Bahrain	9/12/88	28/10/88									28/4/97	
Bangladesh	20/5/89	13/3/85	6/9/00	6/9/00	6/9/00	6/9/00	6/9/00	6/9/00			25/4/97	6/9/00
Barbados	16/7/76	16/2/73										26/1/99
Belarus		26/3/75	23/6/82	23/6/82	23/6/82	23/6/82	13/9/00	2/3/04			11/7/96	3/9/03
Belgium	4/12/28	15/3/79	7/2/95	7/2/95	7/2/95	7/2/95	10/3/99	10/3/99	12/2/04		27/1/97	4/9/98
Belize		20/10/86									1/12/03	23/4/98
Benin	9/12/86	25/4/75	27/3/89	27/3/89		27/3/89					14/5/98	25/9/98
Bhutan	19/2/79	8/6/78										
Bolivia	13/8/85	30/10/75	21/9/01	21/9/01	21/9/01	21/9/01	21/9/01	21/9/01			14/8/98	9/6/98
Bosnia-Herzegovina		15/8/94	1/9/93	1/9/93	1/9/93	1/9/93	11/10/01	7/9/00			25/2/97	8/9/98
Botswana		5/2/92									31/8/98	1/3/00
Brazil	28/8/70	27/2/73	3/10/95	3/10/95	3/10/95	3/10/95	4/10/99	4/10/99			13/3/96	30/4/99
Brunei Darussalam		31/1/91									28/7/97	
Bulgaria	7/3/34	2/8/72	15/10/82	15/10/82	15/10/82	15/10/82	3/12/98	3/12/98	28/2/03		10/8/94	4/9/98
Burkina Faso	3/3/71	17/4/91	26/11/03	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											4/9/98	22/10/03
Cambodia	15/3/83	9/3/83	25/3/97	25/3/97	25/3/97	25/3/97	25/3/97	25/3/97				28/7/99
Cameroun	20/7/89										16/9/96	19/9/02
Canada	6/5/30	18/9/72	24/6/94	24/6/94	24/6/94	24/6/94	5/1/98	5/1/98	22/7/02		26/9/95	3/12/00
Cape Verde	15/10/91	20/10/77	16/9/97	16/9/97	16/9/97	16/9/97	16/9/97	16/9/97			10/10/03	14/5/01
Central African Republic	31/7/70											8/11/02
Chad											13/2/04	6/5/99
Chile	2/7/35	22/4/80	15/10/03	15/10/03		15/10/03	15/10/03	15/10/03			12/7/96	10/9/01
China	13/7/52	15/11/84	7/4/82	7/4/82	7/4/82	7/4/82	4/11/98	4/11/98	11/8/03		25/4/97	
Colombia		19/12/83	6/3/00	6/3/00	6/3/00	6/3/00	6/3/00	6/3/00			5/4/00	6/9/00
Comoros												19/9/02
Congo		23/10/78										4/5/01
Congo (Dem Rep)		16/9/75										2/5/02
Cook Islands											15/7/94	
Costa Rica		17/12/73	17/12/98	17/12/98	17/12/98	17/12/98	17/12/98	17/12/98			31/5/96	17/3/99
Côte d'Ivoire	27/7/70										18/12/95	30/6/00
Croatia		8/10/91	2/12/93	2/12/93	2/12/93	2/12/93	25/4/02	25/4/02	27/5/03		23/5/95	20/5/98
Cuba	24/6/66	21/4/76	2/3/87	2/3/87	2/3/87	2/3/87					29/4/97	
Cyprus	12/12/66	6/11/73	12/12/88	12/12/88	12/12/88	12/12/88	22/7/03	22/7/03			28/8/98	17/1/03
Czech Republic	16/8/38	5/4/93	22/2/93	22/2/93	22/2/93	22/2/93	10/8/98	10/8/98			6/3/96	26/10/99
Denmark	5/5/30	1/3/73	7/7/82	7/7/82	7/7/82	7/7/82	30/4/97	30/4/97	15/9/04		13/7/95	8/6/98
Djibouti			29/7/96	29/7/96	29/7/96	29/7/96						18/5/98
Dominica		8/11/78									12/2/01	26/3/99
Dominican Republic	8/12/70	23/2/73										30/6/00
Ecuador	18/9/70	12/3/75	4/5/82	4/5/82	4/5/82	4/5/82	16/12/03	14/8/00			6/9/95	29/4/99
Egypt	6/12/28											
El Salvador		31/12/91	26/1/00	26/1/00	26/1/00	26/1/00	26/1/00	26/1/00			30/10/95	27/1/99
Equatorial Guinea	20/5/89	16/1/89									25/4/97	16/9/98
Eritrea											14/2/00	27/8/01
Estonia	28/8/31	21/6/93	20/4/00	20/4/00		20/4/00	20/4/00	20/4/00	12/5/03		26/5/99	12/5/04
Ethiopia	7/10/35	26/5/75									13/5/96	17/12/04
Fiji	21/3/73	1/10/73									20/1/93	10/6/98
Finland	26/6/29	4/2/74	8/5/82	8/5/82	8/5/82	8/5/82	11/1/96	3/4/98	22/6/04		7/2/95	
France	10/5/26	27/9/84	4/3/88	4/3/88	4/3/88	18/7/02	30/6/98	23/7/98	10/12/02		2/3/95	23/7/98
Gabon											8/9/00	8/9/00
Gambia	5/11/66	21/11/91									19/5/98	23/9/02
Georgia		22/5/96	29/4/96	29/4/96	29/4/96	29/4/96					27/11/95	
Germany	25/4/29	7/4/83	25/11/92	25/11/92	25/11/92	25/11/92	27/6/97	2/5/97			12/8/94	23/7/98
Ghana	3/5/67	6/6/75									9/7/97	30/6/00
Greece	30/5/31	10/12/75	28/1/92	28/1/92	28/1/92	28/1/92	5/8/97	20/1/99	26/11/04		22/12/94	25/9/03
Grenada	3/1/89	22/10/86										19/8/98
Guatemala	3/5/83	19/9/73	21/7/83	21/7/83	21/7/83	21/7/83	30/8/02	29/10/01			12/2/03	28/3/99
Guinea											9/6/97	8/10/98
Guinea-Bissau	20/5/89	20/8/76										22/5/01
Guyana											12/9/97	5/8/03
Haiti												
Holy See	18/10/66	4/1/02	22/7/97	22/7/97	22/7/97	22/7/97	22/7/97	22/7/97	9/12/02		12/5/99	17/2/98
Honduras		14/3/79	30/10/03	30/10/03	30/10/03	30/10/03	30/10/03	30/10/03				24/9/98
Hungary	11/10/52	27/12/72	14/6/82	14/6/82	14/6/82	14/6/82	30/1/98	30/1/98	27/12/02		31/10/96	6/4/98
Iceland	2/11/67	15/2/73									28/4/97	5/5/99
India	9/4/30	15/7/74	1/3/84	1/3/84	1/3/84	1/3/84	2/9/99	2/9/99			3/9/96	
Indonesia	21/1/71	19/2/92										12/11/98
Iran (Islamic Rep)	5/11/29	22/8/73										3/11/97
Iraq	8/9/31	19/6/91										
Ireland	29/8/30	27/10/72	13/3/95	13/3/95	13/3/95	13/3/95	27/3/97	27/3/97			24/6/96	3/12/97

II. ARMAS (CONTINUACIÓN)

Country	Weapons											
	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Israel	20/2/69		22/3/95	22/3/95	22/3/95		30/10/00	30/10/00				
Italy	3/4/28	30/5/75	20/1/95	20/1/95	20/1/95	20/1/95	13/1/99	13/1/99	1/9/04		8/12/95	23/4/99
Jamaica	28/7/70	13/8/75									8/9/00	17/7/98
Japan	21/5/70	18/6/82	9/6/82	9/6/82	9/6/82	9/6/82	10/6/97	10/6/97	10/7/03		15/9/95	30/9/98
Jordan	20/1/77	27/6/75	19/10/95	19/10/95		19/10/95		6/9/00			29/10/97	13/11/98
Kazakhstan											23/3/00	
Kenya	6/7/70	7/1/76									25/4/97	23/1/01
Kiribati											7/9/00	7/9/00
Korea (Dem. People's Rep.)	4/1/89	13/3/87										
Korea (Republic of)	4/1/89	25/6/87	9/5/01	9/5/01				9/5/01	13/2/03		28/4/97	
Kuwait	15/12/71	26/7/72									28/5/97	
Kyrgyzstan											29/9/03	
Lao (People's Dem.)	20/5/89	25/4/73	3/1/83	3/1/83	3/1/83	3/1/83						
Latvia	3/6/31	6/2/97	4/1/93	4/1/93	4/1/93	4/1/93	11/3/98	22/8/02	23/4/03		23/7/96	
Lebanon	17/4/69	26/3/75										
Lesotho	10/3/72	6/9/77	6/9/00	6/9/00	6/9/00	6/9/00					7/12/94	2/12/98
Liberia	17/6/27											23/12/99
Libyan Arab Jamahiriya	29/12/71	19/1/82									6/1/04	
Liechtenstein	6/9/91	6/6/91	16/8/89	16/8/89	16/8/89	16/8/89	19/11/97	19/11/97	18/6/04		24/11/99	5/10/99
Lithuania	15/6/33	10/2/98	3/6/98	3/6/98	3/6/98	3/6/98	3/6/98	3/6/98	12/5/03	29/9/04	15/4/98	12/5/03
Luxembourg	1/9/36	23/3/76	21/5/96	21/5/96	21/5/96	21/5/96	5/8/99	5/8/99			15/4/97	14/6/99
Macedonia		14/3/97	30/12/96	30/12/96	30/12/96	30/12/96					20/6/97	9/9/98
Madagascar	2/8/67										20/10/04	16/9/99
Malawi	14/9/70										11/6/98	13/8/98
Malaysia	10/12/70	6/10/91									20/4/00	22/4/99
Maldives	27/12/66	2/8/93	7/9/00	7/9/00		7/9/00	7/9/00	7/9/00			31/5/94	7/9/00
Mali		25/11/02	24/10/01	24/10/01	24/10/01	24/10/01	24/10/01	24/10/01			28/4/97	2/6/98
Malta	21/9/84	7/4/75	26/6/95	26/6/95	26/6/95	26/6/95	24/9/04	24/9/04	24/9/04		28/4/97	7/5/01
Marshall											19/5/04	
Mauritania											9/2/98	21/7/00
Mauritius	12/3/68	11/1/73	6/5/96	6/5/96	6/5/96	6/5/96	24/12/02				9/2/93	3/12/97
Mexico	28/5/32	8/4/74	11/2/82	11/2/82	11/2/82	11/2/82	10/3/98		22/5/03		29/8/94	9/6/98
Micronesia											21/6/99	
Moldova (Republic of)			8/9/00	8/9/00	8/9/00	8/9/00	8/9/00	16/7/01			8/7/96	8/9/00
Monaco	6/1/67	30/4/99	12/8/97	12/8/97				4/5/97			1/6/95	17/11/98
Mongolia	6/12/68	14/9/72	8/6/82	8/6/82	8/6/82	8/6/82	6/4/99				17/1/95	
Morocco	13/10/70	21/3/02	19/3/02		19/3/02		19/3/02	19/3/02			28/12/95	
Mozambique											15/8/00	25/8/98
Myanmar												
Namibia											24/11/95	21/9/98
Nauru			12/11/01	12/11/01	12/11/01	12/11/01	12/11/01	12/11/01			12/11/01	7/8/00
Nepal	9/5/69										18/11/97	
Netherlands	31/10/30	22/6/81	18/6/87	18/6/87	18/6/87	18/6/87	25/3/99	25/3/99	19/5/04		30/6/95	12/4/99
New Zealand	24/5/30	18/12/72	18/10/93	18/10/93	18/10/93	18/10/93	8/1/98	8/1/98			15/7/96	27/11/99
Nicaragua	5/10/90	7/8/75	5/12/00	5/12/00	5/12/00	5/12/00	5/12/00	5/12/00			5/10/99	30/11/98
Niger	5/4/67	23/6/72	10/11/92	10/11/92	10/11/92	10/11/92					9/4/97	23/3/99
Nigeria	15/10/68	9/7/73									20/5/99	27/9/01
Niue												15/4/98
Norway	27/7/32	1/8/73	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		31/3/92									8/2/95	
Pakistan	15/4/60	3/10/74	1/4/85	1/4/85	1/4/85	1/4/85	5/12/00	9/3/99			28/10/97	
Palau		3/2/03									3/2/03	
Panama	4/12/70	20/3/74	26/3/97	26/3/97	26/3/97	26/3/97	26/3/97	3/10/99	16/8/04		7/10/98	7/10/98
Papua New Guinea	2/9/80	27/10/80									17/4/96	28/6/04
Paraguay	22/10/33	9/8/76	22/9/04	22/9/04	22/9/04	22/9/04	22/9/04	22/9/04			11/2/94	13/11/98
Peru	13/8/85	5/6/85	3/7/97	3/7/97	3/7/97	3/7/97	3/7/97	3/7/97			20/7/95	17/6/98
Philippines	8/6/73	21/5/73	15/7/96	15/7/96	15/7/96	15/7/96	12/6/97	12/6/97			11/12/96	15/2/00
Poland	4/2/29	25/1/73	2/6/83	2/6/83	2/6/83	2/6/83	23/9/04	14/10/03			23/8/95	
Portugal	1/7/30	15/5/75	4/4/97	4/4/97	4/4/97	4/4/97	12/11/01	31/3/99			10/9/96	19/2/99
Qatar	18/10/76	17/4/75									3/9/97	13/10/98
Romania	23/8/29	26/7/79	26/7/95	26/7/95	26/7/95	26/7/95	25/8/03	25/8/03	25/8/03		15/2/95	30/11/00
Russian Federation	5/4/28	26/3/75	10/6/82	10/6/82	10/6/82	10/6/82	9/9/99				5/11/97	
Rwanda	11/5/64	20/5/75									31/3/04	8/6/00
Saint Kitts and Nevis	27/4/89	2/4/91									21/5/04	2/12/98
Saint Lucia	21/12/88	26/11/86									9/4/97	13/4/99
Saint Vincent & Grenadine	24/3/99	13/5/99									18/9/02	1/8/01
Samoa											27/9/02	23/7/98
San Marino		11/3/75									10/12/99	18/3/98
Sao Tome and Principe		24/8/79									9/9/03	31/3/03
Saudi Arabia	27/1/71	24/5/72									9/8/96	
Senegal	15/6/77	26/3/75	29/11/99			29/11/99		29/11/99			20/7/98	24/9/98
Serbia and Montenegro	12/4/29	13/6/01	12/3/01	12/3/01	12/3/01	12/3/01	12/8/03		11/11/03		20/4/00	19/9/03
Seychelles		11/10/79	8/6/00	8/6/00	8/6/00	8/6/00	8/6/00	8/6/00			7/4/93	2/6/00
Sierra Leone	20/3/67	29/6/76	30/9/04	30/9/04		30/9/04	30/9/04	30/9/04	30/9/04	30/9/04	30/9/04	25/4/01
Singapore		2/12/75									21/5/97	
Slovakia	16/8/38	17/5/93	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
Slovenia		7/4/92	6/7/92	6/7/92	6/7/92	6/7/92	3/12/02	3/12/02			11/6/97	27/10/98
Solomon Islands	1/6/81	17/6/81									23/9/04	26/11/99
Somalia												
South Africa	24/5/30	31/1/75	13/9/95	13/9/95	13/9/95	13/9/95	26/6/98	26/6/98			13/9/95	26/6/98
Spain	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		3/8/94	19/1/99
Sri Lanka	20/1/54	18/11/86	24/9/04	24/9/04	24/9/04	24/9/04	24/9/04	24/9/04	24/9/04		19/8/94	

II. ARMAS (CONCLUSIÓN)

Country	Weapons											
	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amndt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Sudan	17/12/80	17/10/03									24/5/99	13/10/03
Suriname		6/1/93									28/4/97	23/5/02
Swaziland	23/7/91	18/6/91									20/9/96	22/12/98
Sweden	25/4/30	5/2/76	7/7/82	7/7/82	7/7/82	7/7/82	15/1/97	16/7/97	3/12/02	2/6/04	17/6/93	30/11/98
Switzerland	12/7/32	4/5/76	20/8/82	20/8/82	20/8/82	20/8/82	24/3/98	24/3/98	19/1/04		10/3/95	24/3/98
Syrian Arab Republic	17/12/68											
Tajikistan			12/10/99	12/10/99	12/10/99	12/10/99	12/10/99	12/10/99			11/1/95	12/10/99
Tanzania (United Rep.of)	22/4/63										25/8/98	13/11/00
Thailand	6/6/31	28/5/75									10/12/02	27/11/98
Timor-Leste		7/5/03									7/5/03	7/5/03
Togo	5/4/71	10/11/76	4/12/95	4/12/95	4/12/95	4/12/95					23/4/97	9/3/00
Tonga	19/7/71	28/9/76									29/5/03	
Trinidad and Tobago	31/8/62										24/6/97	27/4/98
Tunisia	12/7/67	6/6/73	15/5/87	15/5/87	15/5/87	15/5/87					15/4/97	9/7/99
Turkey	5/10/29	4/11/74									12/5/97	25/9/03
Turkmenistan		11/1/96	19/3/04	19/3/04	19/3/04				19/3/04		29/9/94	19/1/98
Tuvalu											19/1/04	
Uganda	24/5/65	12/5/92	14/11/95	14/11/95	14/11/95	14/11/95					30/11/01	25/2/99
Ukraine	7/8/03	26/3/75	23/6/82	23/6/82	23/6/82	23/6/82	28/5/03	15/12/99			16/10/98	
United Arab Emirates											28/11/00	
United Kingdom	9/4/30	26/3/75	13/2/95	13/2/95	13/2/95	13/2/95	11/2/99	11/2/99	25/7/02		13/5/96	31/7/98
United States of America	10/4/75	26/3/75	24/3/95	24/3/95	24/3/95			24/5/99			25/4/97	
Uruguay	12/4/77	6/4/81	6/10/94	6/10/94	6/10/94	6/10/94	18/8/98	18/8/98			6/10/94	7/6/01
Uzbekistan		11/1/96	29/9/97	29/9/97	29/9/97	29/9/97	29/9/97				23/7/96	
Vanuatu		12/10/90										
Venezuela	8/2/28	18/10/78									3/12/97	14/4/99
Viet Nam	15/12/80	20/6/80									30/9/98	
Yemen	17/3/71	1/6/79									2/10/00	1/9/98
Zambia											9/2/01	23/2/01
Zimbabwe		5/11/90									25/4/97	18/6/98
Total	133	151	97	95	85	91	79	80	36	3	167	144

III. BIBLIOGRAFÍA

1. RECENSIÓN DE LIBROS

**1.1. LA SANCIÓN DE LOS CRÍMENES DE GUERRA
EN EL DERECHO ESPAÑOL: CONSIDERACIONES SOBRE
EL CAPÍTULO II DEL TÍTULO XXIV DEL LIBRO II
DEL CÓDIGO PENAL, del que es autor el General Auditor y Dr.
en Derecho D. Fernando Pignatelli y Meca. Edita el Ministerio
de Defensa, Madrid 2003, 758 pags.**

La publicación se inicia con una presentación a modo de prólogo en la que el Dr. y General Consejero Togado José Luis Rodríguez-Villasante, Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, hace un profundo examen del libro que comento, y que es, sin duda, su mejor recensión, puntualizando los momentos de mayor interés del trabajo del autor. Remito al lector a este prólogo, para un detenido conocimiento del contenido de la obra.

Por mi parte, quisiera señalar que también el autor, antes de que entremos en el camino que en su profundo trabajo traza, nos presenta el hilo conductor de su razonamiento, señalando los jalones de su examen de la cuestión objeto de estudio, que centra en los tipos penales que se recogen, bajo la rúbrica «De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», en los arts. 608 y siguientes del vigente Código Penal, publicado por Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre.

Con carácter previo al estudio de los aspectos jurídico penales que suscitan estos delitos, a los que dedica el autor los Capítulos segundo y tercero, en un primer Capítulo atiende a una consideración previa sobre la fundamentación convencional de la punición de los crímenes de guerra, que, pese a exponerla en términos generales, centra especialmente en nuestro ordenamiento. Partiendo de la concepción del Derecho Internacional Humanitario como «uno de los grandes sectores del Derecho Internacio-

nal Publico que, inspirado en la noción ética de humanidad ... aspira a proteger a la persona en toda situación de conflicto armado, tenga éste carácter internacional o interno», destaca que la aplicación de esta especial rama jurídica y su eficacia son preocupación constante de los cuatro Convenios de Ginebra y de sus dos Protocolos Adicionales, de cuyos textos nace la obligación para los Estados en ellos Parte de hacer lo posible para conseguir su observancia, lo que origina una posible responsabilidad en caso de incumplimiento. En cambio, del cumplimiento por los Estados de las obligaciones deducibles de los textos internacionales citados surge la eficacia tuitiva del Derecho Internacional Humanitario, que, en las situaciones reales de conflicto, ampara a quienes en ellas se ven implicados de las graves violaciones que pueden padecer, por lo que resulta necesario el aseguramiento de su cumplimiento mediante mecanismos institucionales operativos.

Indagando en la garantía de la eficacia del Derecho Humanitario, evalúa el autor el sistema de justicia penal internacional, con importantes consideraciones sobre sus antecedentes, tanto en los Tribunales de Nürenberg y Tokio, como en los Tribunales Internacionales ad hoc para la ex-Yugoslavia y Ruanda, dedicando especial consideración a las posibilidades que en el momento presente surgen dada la existencia del Tribunal Penal Internacional, creado por el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998; en sus consideraciones sobre el Tribunal Penal Internacional examina sus relaciones con los órganos jurisdiccionales internos como resultado de la operatividad del principio de complementariedad. También evalúa en este ámbito la eficacia del principio de justicia universal y sus resultados en relación con la complementariedad del Tribunal Penal Internacional, así como de la conjugación de ambos respecto al derecho interno español, examinando la cuestión a la luz del contenido de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales; en esta parte, Pignatelli se decanta, acertadamente a mi juicio y tras un pormenorizado examen del problema en relación con nuestro ordenamiento jurídico, por estimar imprescindible el respeto al principio de legalidad, pese a reconocer el rango suprallegal de los tratados internacionales, de los que nacerá la obligación para el Estado de dictar la norma con el nivel necesario para dar debido cumplimiento al mandato constitucional que impone un determinado rango. Valora seguidamente la situación en que se hallaba en nuestro país el cumplimiento de la obligación asumida a raíz de las ratificaciones de los Convenios y del Protocolo adicional I, consistente en tipificar y señalar las penas correspondientes a los crímenes de guerra descritos en dichos instrumentos internacionales, situación que no duda en calificar de cumplimiento par-

cial e insatisfactorio, efectuado mediante la incorporación en el Código Penal Militar de 1985 de parte de las conductas calificadas en dichos textos como constitutivas de graves infracciones, y ello tan solo en cuanto a las que como tales se recogen en los Convenios, toda vez que al haberse ratificado el Protocolo Adicional I en 1989, es decir, con posterioridad a la publicación del Código Penal Militar, no pudieron incorporarse al texto en que se efectuaba la recepción. Por otro lado, tales conductas quedaron tipificadas como delitos militares de propia mano, es decir, requiriendo que el sujeto activo ostentara la condición de militar, lo que suponía, o bien la impunidad de los posibles autores en los que no concurriera dicha circunstancia, o la necesidad de acudir al juego del principio de justicia universal y al cumplimiento de la consecuencia de entregar —aut iudicare, aut dedere— el presunto culpable a la jurisdicción de un Estado Parte interesado en la persecución de los hechos.

Este primer Capítulo concluye con la indicación de que en la elaboración del Código Penal de 1995 el Poder Legislativo asumió el proyecto que al Parlamento remitiera el Gobierno y que, preparado por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, ya había sido aportado al proyecto de Código Penal en elaboración en 1992. En el proyecto del Centro de Estudios referido ya se tipificaban las conductas sin específica exigencia de calificación para su autor, pudiendo serlo cualquier persona, ampliándose con ello las posibilidades de persecución de los delincuentes que no ostentaran la condición de militares.

El Capítulo segundo recoge en su inicio unas consideraciones generales aplicables a la totalidad de los delitos tipificados en los arts. 609 y siguientes del Código Penal. Dichas consideraciones se inician con la valoración del cumplimiento de la exigencia de respeto al principio de legalidad, destacando que, mediante remisiones a los textos recogidos en los tratados a que venimos haciendo referencia, queda cumplida la obligatoriedad de garantía que exige el principio, tanto de *lex praevia*, como de *lex certa* y *lex stricta*; analiza el principio de justicia universal y señala los tipos penales concretos en los que, a su juicio, puede estimarse aplicable, así como las conductas sancionables en los casos de conflicto interno, y ello sin perjuicio de anunciar que el puntual examen de cada uno de los tipos penales será realizado en el Capítulo tercero de la obra. Dentro de esta parte destaca la exclusión de los delitos contrarios al *ius ad bellum* o crímenes contra la paz, justificando técnicamente la razón de su ausencia en el Capítulo que estudia del Código Penal Español.

Pasando a examinar las que llama características más destacables que informan dicho Capítulo, inicia su exposición con referencia a las perso-

nas protegidas o sujetos pasivos de los crímenes tipificados, a la sistematización de los tipos incriminados previa exposición de cual sea el sistema de tipificación utilizado para el establecimiento del contenido del texto legal, dedicando especial atención a la sanción de los crímenes de guerra cometidos con ocasión de un conflicto armado no internacional. Debe ser destacado su estudio relativo a la adopción del sistema de concurso ideal mediante la referencia directa recogida en la descripción típica de los delitos comprendidos en los arts. 609, 610, 611 y 612, que hace aplicable la previsión normativa contenida en el art. 77 del mismo Código Penal en los casos en que una sola acción, por su carácter pluriofensivo, además de lesionar el bien jurídico que proteja el tipo de que se trate, lesione otros bienes jurídicos o lesione varias veces el mismo bien jurídico, concluyendo que, pese a no figurar expreso en los arts. 613 y 614, el concurso ideal resultará también aplicable cuando se den las circunstancias generales que motivan su apreciación. Finalmente, critica la falta de previsión de la comisión culposa de todos estos delitos, comisión que considera posible en distintos tipos, criticando tal carencia pese a la intrínseca gravedad de los hechos a sancionar.

Considera seguidamente la ubicación sistemática de los crímenes de guerra en el Código Penal de 1995, que figuran como Capítulo III del Título XXIV de su Libro II, Título innominado «Delitos contra la comunidad internacional», señalando que, si bien ha sido un paso positivo en el cumplimiento por nuestro país de las obligaciones deducibles de los acuerdos internacionales a que hemos hecho referencia y una mejora técnica la ubicación inmediata de estos delitos junto a los que denominados contra el derecho de gentes y de genocidio —Capítulos I y II del mismo Título—, considera el autor que se perdió la oportunidad de que, dando debido cumplimiento a otras obligaciones internacionales, se hubieran establecido las bases penales sustantivas internas para castigar otras conductas constitutivas de delitos típicamente internacionales, con cita expresa de los crímenes de lesa humanidad, para concluir con la paradoja de que si bien son todos los que están, no están todos los que son, y con la denuncia de lo que considera un sistema de doble tipicidad de idénticas o parecidas infracciones, solo diferenciadas en muchos casos por su sujeto activo, militar en el Código Penal castrense y cualquiera sin exigencia de tal condición en los tipos del Código Penal, deficiencia que se agrava ante la carencia de coordinación entre ambos textos, lo que a juicio del autor desvela una falta de corrección de técnica legislativa.

Continuando con el examen de las características generales aplicables a todos los tipos delictivos acogidos en el Capítulo que estudia, pasa a con-

siderar cuales sean los bienes jurídicos protegidos, y, partiendo de que tales bienes jurídicos son de naturaleza interestatal o internacional, lo que fundamenta en que la finalidad tuitiva perseguida trata de alcanzar a la comunidad internacional, integrada por los Estados y las organizaciones internacionales, y ello aun cuando sea en sede nacional, puntualiza el interés tutelar se concreta en las personas protegidas, los bienes culturales y otros de distinta índole cuya protección se fundamenta en la afectación a las poblaciones civiles o en la lesión al derecho de propiedad en determinadas circunstancias. En todo caso y sea en relación con el ámbito personal que ha de resultar determinado mediante la inclusión en cualquiera de los grupos de personas protegidas por los Convenios o Protocolos, sea, dentro de este ámbito personal, en relación con ciertos elementos, lugares, medios o signos de identificación que amparan los ámbitos protegidos, o sea en el ámbito material y en relación con los bienes cuyo mantenimiento o posesión son objeto de protección por ser indispensables para la supervivencia de poblaciones civiles o personas protegidas, o por hallarse sobre cadáveres, la circunstancia determinante de la protección ha de ser recogida por el dolo del autor, señalando que si bien puede admitirse el error de tipo por ignorancia de la circunstancia, vencible o invencible y con la consecuencia que respectivamente le pueda corresponder en relación con de la responsabilidad criminal, no parece aceptable, en cambio, que pueda apreciarse la concurrencia de error de prohibición por ser un conocimiento no jurídico el exigible en relación con las circunstancias motivadoras de la protección.

Especial dedicación presta el autor al ámbito temporal de la acción, constituido por la situación de conflicto armado. Examina Pignatelli, desde el carácter de elemento normativo de los distintos tipos penales recogidos en el Capítulo al que dedica su atención, la doble dimensión de los conflictos armados, tanto internacionales como carentes de tal carácter. Estudia en relación con los primeros la normativa convencional internacional y la resolución 33/44, de 23 de noviembre de 1979, de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre el derecho de los pueblos a su independencia, a la integridad territorial y a la unidad nacional, así como a su liberación de la dominación colonial y extranjera y de la ocupación extranjera, incluso mediante la lucha armada, planteando el carácter internacional inmanente en estos conflictos, entre los que estima acogibles los movimientos de liberación nacional. Sobre los conflictos armados sin carácter internacional, al tiempo que expone las razones que llevaron al Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española a la redacción de su proyecto con el ambicioso alcance que

quedó finalmente recogido en el texto positivo, señala la aplicabilidad de los tipos penales a los casos de conflicto en el territorio nacional, así como, de conformidad con las previsiones del art. 23.2 de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, a los conflictos que tengan lugar fuera del territorio nacional, si bien limitada esta posibilidad al ámbito personal de los nacionales españoles en las circunstancias que el mencionado precepto establece, lo que califica como aplicabilidad atenuada o limitada del principio de jurisdicción universal. Concluye con una positiva valoración del esfuerzo realizado por el Centro de Estudios antes mencionado, valoración que confirma por la adopción de un criterio análogo en el Estatuto de Roma de 1998; subraya finalmente la necesidad de la vinculación del hecho punible con el conflicto armado, vinculación que no nace de una mera coincidencia temporal, sino de la necesaria relación del hecho con el contexto del conflicto, circunstancia fáctica que excluye la posibilidad de un trato discriminatorio de los contendientes desde la óptica penal en atención a la observancia o inobservancia de las normas propias del *ius ad bellum*. Igualmente, el carácter fáctico de la circunstancia temporal de la comisión determina, a juicio del autor, la inaplicabilidad del error de prohibición, permitiendo únicamente apreciar el error de tipo. Dentro del estudio del ámbito temporal señala la diferencia a efectos penales entre lo que constituye un verdadero conflicto armado interno y lo que no son sino meras alteraciones del orden público, en las que no es aplicable el contenido de los arts. 609 y siguientes del Código Penal, si bien se manifiesta a favor de que se continúe la profundización en el estudio del Derecho Internacional Humanitario al objeto de que su protección se vaya aproximando a estas situaciones.

Dedica después su atención a los elementos subjetivos de los delitos, iniciando su estudio por el sujeto activo y considerando como tal únicamente a la persona humana, al ser solo a ella posible la atribución de capacidad de culpabilidad y de pena; tras unas sintéticas y acertadas consideraciones sobre la autoría y la participación, presta especial atención a la sanción de quienes ordenen la comisión de crímenes de guerra y la responsabilidad de los superiores por actos de sus subordinados, atendiendo a la autoría mediata, la inducción, la provocación y la conspiración en cuanto a la primera cuestión, valorando la incidencia del desistimiento en la tentativa, así como lo dispuesto al efecto en la Convención de Naciones Unidas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1968. En cuanto a la segunda y tras exponer sus antecedentes al final de la Segunda Guerra Mundial, evalúa los arts. 86.2 y 87 del Protocolo adicional I, relativos al deber de los supe-

riores de prevenir, evitar y reprimir estos actos, disposiciones que considera también aplicables a los conflictos no internacionales, relacionado el origen de la responsabilidad en la posibilidad de comisión por omisión de determinados delitos en el derecho español, y diferenciando, aun cuando no excluya la responsabilidad de ninguno de ellos, el supuesto de los jefes militares —que tienen fuerzas militares a sus órdenes y bajo su mando y control efectivo— y los que denomina superiores, que mantienen una relación distinta con sus subordinados, que identifica con los casos de funcionarios de policía, fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados no gubernamentales, pasando después a examinar la eficacia de la obediencia jerárquica como supuesto de exclusión de responsabilidad en los casos de comisión de estos hechos por los inferiores o subordinados; a este efecto estudia el concepto de orden y su eficacia, distinguiendo los casos de conocimiento por el inferior de su carácter delictivo, de los supuestos de apariencia de legalidad y de posible error de prohibición, con referencia al derecho español, tanto a lo dispuesto en el Código Penal como en el Código Penal Militar, así como al Estatuto de Roma, cuyo art. 33 permite la apreciación de la exención de responsabilidad en relación con los crímenes de guerra, al limitar de la presunción de ilegalidad a las ordenes para cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad. Las consideraciones sobre la provocación, conspiración y proposición para la ejecución de estos delitos y sobre la pena de inhabilitación aplicable por acumulación a los funcionarios o autoridades y a los particulares que los cometan, que recogen los arts. 615 y 616, cierran esta parte del estudio.

Pasando al del sujeto pasivo, y tras hacer abstracción de la condición de tal en la comunidad internacional, se centra en el contenido del art. 608 del Código; para ir efectuando un puntual examen de todos y cada uno de quienes, integrados en el concepto de personas protegidas en atención a la mención que de ellos se efectúa en los Convenios de Ginebra y en sus Protocolos adicionales, iniciándolo por los heridos, enfermos y náufragos, y personal sanitario o religioso, que protegen los Convenios I y II y el Protocolo adicional I; los prisioneros de guerra, protegidos por el Convenio III y el mismo Protocolo; la población civil y las personas civiles protegidas por el Convenio IV y el Protocolo adicional I, con especial referencia a los periodistas que cubren los conflictos armados; a las personas fuera de combate, y al personal de Potencia protectora, protegido por los Convenios y el Protocolo; los parlamentarios y el personal que les acompañe a tenor de lo dispuesto en las Convenciones de La Haya II y IV y sus Reglamentos Anejos; y personas protegidas por el Protocolo adicional II y por cualquier otro Tratado, debiendo considerarse entre estas últimas al personal

de Naciones Unidas y asociados, en virtud de la ratificación por España de la Convención sobre la seguridad de este personal, de 9 de diciembre de 1994, y a los que el autor adiciona los miembros de la Comisión Internacional de Encuesta, creada por el Protocolo adicional I.

El Capítulo III lo dedica a las «Consideraciones sobre las tipicidades contenidas en el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal». Siguiendo el orden en el que el legislador estableció la descripción de los delitos, se inicia por los correspondientes al contenido del art. 609, en el que se tipifican los consistentes en los ataques contra la vida, la integridad física o moral, la salud, la supervivencia y la dignidad de las personas protegidas, significando el autor que aquellos bienes jurídicos se protegen en el precepto siempre que su titular quede acogido en cualquiera de los grupos de personas protegidas que se enumeran en el art. 608. Tras unas consideraciones introductorias, relacionando el precepto con los Convenios de Ginebra y Protocolos adicionales y exponiendo su parecer sobre la autoría, la punición y la posibilidad de apreciación del concurso ideal, puntualiza los supuestos en que, en su opinión, rige el principio de jurisdicción universal; pasa después a examinar el contenido de la acción típica de cada uno de los delitos que quedan acogidos en el artículo, examinando pormenorizadamente el maltrato de obra, la tortura, el trato inhumano, la causación de grandes sufrimientos, y los actos médicos no indicados o ejecutados sin acomodo a las normas médicas, examinando las cuestiones relativas a la antijuridicidad y culpabilidad de las figuras delictivas.

Continúa el estudio con el examen de los tipos descritos en el art. 610, que el autor recoge bajo la genérica denominación de conducción ilícita de las hostilidades; con referencia a las fuentes internacionales de que traen causa, parte en su razonamiento del principio fundamental de la limitación del uso de medios o métodos en la conducción de las operaciones militares, destacando que ante la inexistencia de una calificación de gravedad de las infracciones sino tan solo de la descripción de simples actos contrarios al derecho de la guerra, no será de aplicación el principio de justicia universal. Tras examinar el fundamento del precepto en la limitación de los medios y métodos de combate y su positivación en el derecho internacional, partiendo de la proscripción de la guerra total y rechazando los conceptos de razón de guerra, necesidad militar o estado de necesidad, reconoce el carácter intrasgredible de las correspondientes limitaciones y pasa a examinar el contenido de cada uno de los tipos que se describen en el artículo citado, relacionando la conducta constituida por el empleo de medios de combate prohibidos con la panoplia de Convenios internacio-

nales ratificados por España y relativos al tema, así como con las normas internas aplicables. En cuanto a los métodos prohibidos estudia puntualmente la perfidia —diferenciándola de las estratagemas—, la prohibición de dar cuartel, que relaciona con la prohibición de métodos que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios y en cuyo examen concreto atiende a la necesaria determinación de los objetivos militares, planteando el concepto de ataque indiscriminado y la distinción entre población civil y combatientes, examinando asimismo el principio de proporcionalidad y la aplicabilidad del tipo penal en los conflictos internos. También dentro de este artículo estudia el empleo de métodos o medios de combate que puedan dañar el medio ambiente natural, con oportunas consideraciones sobre la guerra geofísica y la guerra ecológica, subrayando la exigencia de que para la apreciación del delito los daños han de ser acumulativos y obligadamente extensos, duraderos y graves, y que con ellos se comprometa o ponga en riesgo la salud o la supervivencia de la población; tras indicar que se trata de un delito de riesgo o peligro, justifica la gravedad de la pena por las consecuencias que puede acarrear, y ello sin perjuicio de la aplicabilidad del concurso ideal en razón de la causación del potencial resultado.

En el art. 611 examina las diferentes infracciones muy graves contra las personas protegidas, que quedan tipificadas en los siete apartados que lo constituyen y que el autor estudia puntualmente, diferenciando los ataques indiscriminados o excesivos, las represalias y los actos o amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizar a la población civil, los ataques a buques o aeronaves no militares, el hecho de obligar a los prisioneros de guerra o a personal civil a servir en las fuerzas enemigas, el privarles del derecho a un juicio regular e imparcial, la deportación, el traslado forzoso, la toma de rehenes, la detención ilegal de personas protegidas, el traslado y asentamiento de población del país ocupante en territorio ocupado, las prácticas de segregación racial y otras inhumanas o degradantes que entrañen un ultraje a la dignidad personal, y el hecho de impedir o demorar la liberación o repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles sin causa que lo justifique. En el estudio de este extenso artículo se efectúa la exégesis de todos y cada uno de los tipos en que se concretan las distintas conductas que acabamos de referir de forma genérica, señalando su encuadre en el derecho internacional y procediendo a una pormenorizada formulación del contenido de cada acción típica, interpretando su alcance y exponiendo la naturaleza de cada conducta criminosa, al tiempo que, cuando lo estima necesario, las relaciona con las descripciones establecidas en el Estatuto de Roma.

De forma análoga procede Pignatelli en el estudio del también extenso art. 612, en cuyos siete párrafos se tipifican los delitos consistentes en la violación dolosa de la protección debida a determinadas unidades y medios, así como a instalaciones, zonas, lugares y localidades que estén identificados mediante los signos o señales apropiados, las agresiones al personal sanitario y religioso o integrante de misiones médicas o de socorro, las específicas formas de agresión moral contra personas protegidas en poder de una de las Partes en conflicto, con especial atención a mujeres y niños, el uso pérfido o indebido de símbolos o emblemas establecidos y reconocidos en tratados internacionales en los que España sea Parte, con especial mención de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, el mismo uso durante los ataques o para fines operativos de banderas, uniformes o emblemas de Estados neutrales, de Naciones Unidas, de Estados ajenos al conflicto, de Partes adversas, o de parlamento o rendición, así como la agresión a los parlamentarios o a quienes les acompañen, a personal de Potencia protectora o a miembros de la Comisión Internacional de Encuesta; finalmente examina el despojo de cadáveres, heridos, enfermos o naufragos, prisioneros de guerra o personal civil internado. Destaca el autor que el único nexo común de identidad entre estas dispares conductas punibles está constituido por la pena establecida en el artículo, siendo unas conductas constitutivas de infracciones graves o crímenes de guerra, mientras que otras no pasan de ser actos contrarios al derecho humanitario; igualmente hace notar que los diferentes tipos tienen por objeto la protección de bienes jurídicos diversos, examinando el contenido de cada uno de los siete párrafos en que se estructura el artículo y efectuando en cada ocasión la necesaria especificación de los diferentes tipos penales que cada uno de ellos comprende, con un pormenorizado estudio en el que examina el contenido de la acción típica y establece la relación de cada una de ellas con el contenido propio de los Convenios de Ginebra, los Protocolos adicionales y otros instrumentos internacionales, efectuando la oportuna consideración, cuando ello es procedente, sobre la relación de estos tipos penales por los que, con análogo contenido, quedan recogidos en el Código Penal Militar.

Al iniciar el estudio de los tipos que protegen determinados bienes culturales o lugares de culto y otros bienes de carácter civil, con especial atención a los que sean indispensables para la supervivencia de la población civil o que contengan fuerzas peligrosas y el castigo del pillaje, se detiene en el apartado 2º del art. 613, en el que se recoge un supuesto de agravación aplicable a todos los tipos descritos en los cinco números en que queda integrado el apartado 1º de este mismo artículo, agravación que se

producirá en función de la apreciación de la concurrencia de alguna de las dos circunstancias que recoge, consistentes en que se trate de bienes culturales que se hallen bajo protección especial, protección que se concreta en la prevista en la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 y en el Reglamento para su aplicación, o en que el acto de agresión sea de extrema gravedad, concepto jurídico indeterminado que, como bien señala el autor, queda a la valoración del juzgador y que solo puede guardar relación con el objeto del delito, debiendo en cambio tenerse en cuenta la figura del concurso ideal en el caso de que resulten lesionados otros bienes jurídicos que excedan del ámbito de los que concretamente protege el artículo considerado. En el examen de los distintos tipos penales realiza Pignatelli un exhaustivo estudio de la relación entre la descripciones recogidas en el Código Penal y las que figuran en distintos preceptos de los Convenios de Ginebra y Protocolos adicionales, y en otros tratados internacionales, al objeto de completar los elementos objetivos correspondientes; dedica especial atención a la necesidad de señalización de los bienes protegidos y al rechazo de la necesidad militar como justificación del ataque constitutivo del delito, salvo el caso de que el bien de que se trate esté siendo utilizado directamente para fines militares por la Potencia adversa o para prestar apoyo a tales fines. Especial atención presta al pillaje, tipificado en el último inciso del nº 1 del art. 613, señalando que tal conducta, constituida por la destrucción, daño o apoderamiento sin necesidad militar de cosas ajenas, o el obligar a otro a entregarlas, tiene su fundamentación internacional en los Convenios de Ginebra, I, III y IV, en la Convención de La Haya de 1954 y en el Reglamento Anejo a las Convenciones de La Haya II, de 1889 y IV, de 1907. Examina las acciones típicas, puntualizando los diferentes supuestos fácticos que comprende la descripción legal y, ante la fórmula genérica utilizada consistente en «realice cualesquiera otros actos de pillaje», colma la laguna descriptiva incorporando en sus consideraciones la rapiña y el apoderamiento o despojo de un bien o cosa ajena sin consentimiento de la víctima, puntualizando que la acción ha de tener lugar en el contexto de un conflicto armado, por lo general inmediatamente después del enfrentamiento, de forma masiva y por los combatientes.

Concluye el examen de los tipos penales acogidos en el Código de 1995 con las consideraciones que dedica a su artículo 614, en el que se establece la pena aplicable a cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a los tratados internacionales relativos a la conducción de las hostilidades y a la protección de personas y bienes culturales con ocasión de conflicto armado, señalando que se trata de sancionar conductas que lesio-

nan no solo los derechos tutelados por los Convenios de Ginebra y Protocolos adicionales, sino también por otros instrumentos internacionales, y ello aun cuando sea con acciones que por su menor gravedad no se considere sean merecedoras de figurar entre las específicas incriminaciones que se establecen en los artículos precedentes. En cuanto al quebranto de otros derechos reconocidos en otros instrumentos internacionales, cita los que se protegen por la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus Protocolos Facultativos, la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, y la Convención sobre los derechos del niño. Evalúa el precepto como una norma penal en blanco que habrá de ser integrada con el contenido de los tratados que en cada caso describan las protecciones, resultando con ello cubierta la función de garantía que corresponde al tipo penal, y concediendo la posibilidad del previo conocimiento de la actuación constitutiva del delito.

Dedica Pignatelli el Capítulo IV de su obra, bajo la intitulación de «Perspectivas de lege ferenda», a la conveniencia de incorporar a los tipos penales recogidos en el Capítulo que es objeto de su estudio determinadas conductas que hoy por hoy no se encuentran incluidas en el catálogo de crímenes de guerra que figura en nuestro Código Penal. Utiliza a dicho fin el contenido de un «Proyecto de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», que fue elaborado por una Comisión de expertos del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, vertiendo en este Capítulo dicho Proyecto. En su exposición, examina las consecuencias en este específico ámbito de la ratificación por España del Estatuto de Roma y de otros tratados internacionales, citando expresamente el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954, para la protección de bienes culturales, la Convención de Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1994, sobre personal de la Organización y asociado, el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, Anejo a las Convenciones de La Haya II, de 29 de julio de 1899, y IV, de 18 de octubre de 1907, la Convención de 10 de abril de 1972, sobre prohibición, desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas y tóxicas y su destrucción, la Convención de 13 de enero de 1993, sobre armas químicas, y la de 18 de noviembre de 1987 sobre minas antipersona. Partiendo de aquí, expone las modificaciones que en el proyecto del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario se sugería fueran introducidas en el Código Penal, señalando para el art. 608, la relativa a la protec-

ción del personal de Naciones Unidas y asociado; no considerándose necesaria ninguna adición al art. 609, para el 610 se sugiere la introducción como conducta punible de la orden de no dar cuartel y de los actos preparatorios para la posible utilización de armas bacteriológicas, tóxicas o químicas, y de minas antipersona, ya que la redacción actual tan solo sanciona su uso o la orden de su utilización. Para el art. 611 se propone una extensa adición, con incorporación del confinamiento ilegal, la utilización de personas protegidas para poner a cubierto de ataques ciertos puntos, zonas o fuerzas militares, la calificación del traslado o asiento de poblaciones civiles del Estado ocupante en el territorio ocupado como acción directa o indirecta, y la abolición, suspensión o modificación en sede judicial de los derechos y acciones de los nacionales de la Parte adversa. En cuanto al artículo 612, es aun más extensa la propuesta, estructurada en ocho puntos y que propugna la ampliación de la protección a los hospitales, instalaciones y material sanitario, al personal habilitado para usar los signos o distintivos reconocidos por los Convenios de Ginebra, la prohibición de la violencia sexual y la ofensa al pudor, la recluta o adiestramiento de menores de 18 años, así como su utilización para su participación obligada en las hostilidades; las conductas que acoge bajo la denominación de crímenes de guerra de género, consistentes en la violencia sexual, la esclavitud sexual, el embarazo forzado y la esterilización forzada, el hacer padecer hambre a la población civil, la violación de suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la Potencia adversa, y los ataques a personal o bienes participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria. En el art. 613, relativo a la protección de bienes culturales y lugares de culto, además de sancionar la realización de las conductas, se sugiere la adición del hecho de ordenarlas, y la recepción en el derecho español, a través de su introducción en este artículo, del concepto de protección reforzada, establecido en el segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999, a fin de determinar las conductas que en relación con tales bienes constituyan graves infracciones en razón de ser atacados o utilizados para fines militares, su destrucción importante o apropiación, así como el robo, saqueo o uso indebido de tales bienes. Igualmente se adiciona la apropiación a gran escala, el robo, el saqueo y la utilización indebida o el vandalismo practicados contra bienes objeto de protección especial o reforzada, así como la utilización de éstos en apoyo de acciones militares y la captura o destrucción de buque o aeronave no militar con infracción de las normas sobre el derecho de captura.

En el art. 614 la propuesta se concreta en la adición de la expresión «regulación de los medios y métodos de combate», a fin de incorporar a

la descripción típica los tratados en que España es Parte relacionados con tales medios y métodos, entre los que figuran las ya citadas Convenciones relativas a las armas bacteriológicas, tóxicas y químicas y a las minas antipersona y algunas otros, tales como la Convención de 10 de octubre de 1980, sobre prohibición y restricción del empleo de ciertas armas convencionales excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, con sus cuatro Protocolos, y el Protocolo enmendado de 3 de mayo de 1996, así como a las violaciones distintas de su empleo de la Convención de 10 de diciembre de 1976, sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares y otros fines hostiles.

Pasando al Capítulo IV se propone una modificación de estilo en el art. 615 y la creación de los arts. 616 bis y 616 ter. En el primero se recoge la propuesta del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, siguiendo el contenido sobre la forma de comisión por omisión del Estatuto de Roma en relación con los jefes militares y con quienes actúen efectivamente como tales, así como con el superior que ejerza una autoridad similar sobre sus subordinados; el art. 616 ter se propugna la incorporación de la conceptualización de órdenes manifiestamente ilícitas a aquellas que impongan la comisión de alguno de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado que se tipifican en los arts. 609 a 614.

Por último, y por estimar que los delitos que se sancionan en el Capítulo estudiado deben ser imprescriptibles, así como las penas impuestas por su comisión, acogiendo también el criterio del proyecto del Centro de Estudios, se recoge la propuesta de adicionar ambos conceptos de imprescriptibilidad en el art. 131.4 del Código Penal, en el que se señala para el delito de genocidio, y en el art. 133.2 del mismo Código, en el que se aplica a las penas impuestas por el citado delito de genocidio.

La obra concluye con una completísima información bibliográfica nacional y extranjera, sistematizada diferenciando, por una parte, las fuentes doctrinales, y por otra, bajo la rúbrica de otras fuentes, las de carácter legal y documental acogiendo resoluciones de organismos internacionales y de naturaleza jurisprudencial.

El completo estudio realizado, que ha supuesto sin duda un gran esfuerzo para su autor, reconocido experto en la materia, se ha visto coronado por el éxito. La obra que comento constituye una sistemática presentación de los arts. 608 y siguientes del vigente Código Penal, estableciendo la inmediata relación de su contenido con las fuentes convencionales internacionales y del derecho interno español de que traen causa, así como una fundamentada exégesis de todos y cada uno de los múltiples y varia-

dos tipos penales que en cada párrafo de cada artículo quedan descritos. Se examina desde la óptica doctrinal jurídico penal más exigente el texto positivo, estudiando en cada ocasión las cuestiones que suscitan las diferentes acciones punibles, con acertadas observaciones sobre el contenido de la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad, lo que determina el gran interés que despierta la obra, que por otra parte enriquece al lector abriéndole un amplio campo de doctrina nacional y extranjera sobre los temas tratados, así como sobre las fuentes internacionales en que se fundamenta la tarea normativa que se iniciara en el Código Penal de 1995. Especial sugestión produce la demostración que el autor efectúa de que dicha tarea no está culminada, aportando en su trabajo las modificaciones que, de conformidad con el proyecto que elaborara al respecto el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja, deberían ser introducidas en nuestro ordenamiento. No puedo sino concluir felicitando cordialmente a Fernando Pignatelli por el éxito de su realización, al Ministerio de Defensa por haber publicado el libro, y al lector, que con toda seguridad va a alcanzar un completo y profundo conocimiento de los temas que suscita el Capítulo en el que se centró el esfuerzo del autor.

Javier Aparicio Gallego
Magistrado Emérito del Tribunal Supremo

1.2. ROSARIO OJINAGA RUIZ, «Emergencias humanitarias y Derecho Internacional: La asistencia a las víctimas», Prólogo de Concepción Escobar Hernández, Cruz Roja Española y Ed. Tirant Monografías, Valencia 2005, 662 páginas

Debemos celebrar la publicación de esta excelente monografía sobre un tema de tanta actualidad en el ámbito del Derecho Internacional Público. Se trata, por otra parte, de una nueva obra que viene a sumarse a la colección de Tesis Doctorales que, con la inapreciable colaboración de la Editorial Tirant Lo Blanch, se publican como parte importante de la actividad de apoyo a la investigación del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española. Esta vez, además, con la decisiva ayuda económica del Ministerio de Defensa.

Bajo el sugerente título de «*Emergencias humanitarias y Derecho internacional: La asistencia a las víctimas*» se presenta la obra de la Doctora en Derecho María Rosario Ojinaga Ruiz, fruto de largos años de rigurosa investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria, donde la autora ejerce la docencia como Profesora Titular de Derecho Internacional Público.

Nada menos que cuatro destacadas Tesis Doctorales han precedido a la publicación este libro, dentro de esta colección de obras de Derecho Internacional Humanitario: «*La protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario*» del Dr. D. Julio Jorge Urbina, «*El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*» de la Dra. Dña. Sonia Hernández Prada, «*La asistencia humanitaria en los conflictos armados*» de la Dra. Dña. Ruth Abril Stoffels y «*Corte Penal Internacional, ¿donde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*» del Dr. D. Hector Olá-

solo Alonso. Buen exponente de la calidad de estas obras ha sido la concesión del Premio «*Paul Reuter*» de 2003 al libro de la Doctora Abril Stoffels «*La asistencia humanitaria en los conflictos armados*», que concede cada tres años el Comité Internacional de la Cruz Roja para recompensar relevantes obras en el campo del Derecho Internacional Humanitario.

Seguidamente, dedicaremos unas líneas para destacar, además de su calidad científica, la oportunidad de la obra que se publica.

Actualmente se abre paso un nuevo orden humanitario internacional (el humanismo del Derecho internacional), que intenta trasladar el protagonismo (que los Estados monopolizaron en otras épocas) a la defensa de la dignidad de la persona humana. Y ello significa una novedosa interpretación de la Carta de las Naciones Unidas, siendo decisiva la convicción de que el respeto de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario (la protección de la persona en todas las circunstancias) guarda relación con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Así el Consejo de Seguridad justifica determinadas medidas de injerencia humanitaria, adoptadas en el ámbito del Capítulo VII de la Carta, autorizando incluso el uso limitado de la fuerza por motivos humanitarios.

En este ámbito, como en ningún otro, se observa el desgaste de la soberanía de los Estados frente a los deberes humanitarios de alcance universal. Y se advierte una evidente aproximación entre el «*ius ad bellum*» (sistema institucionalizado de seguridad colectiva) y el «*ius in bello*» o Derecho Internacional Humanitario. Se nos dirá que ningún Estado puede ser considerado como propietario de los sufrimientos que engendra o ampara, lo que no deja de ser el reconocimiento expreso de que debe prevalecer el principio de humanidad sobre el de no intervención en los asuntos internos de los Estados.

No se puede olvidar, sin embargo, que la injerencia humanitaria (aún la autorizada por una norma habilitante del Consejo de Seguridad) no deja de ofrecer graves problemas, derivados del carácter político y no democrático del Consejo de Seguridad, de sus actuaciones asimétricas, de las dudas que suscita el abuso de determinadas acciones «humanitarias» o de la moral de doble estándar que convierte la intervención humanitaria en un instrumento de poder de los Estados más poderosos.

A pesar de todo, estas dificultades, a las que habría que sumar las que presenta la más problemática intervención unilateral de los Estados con motivación humanitaria pero sin la autorización expresa del Consejo, no son obstáculos decisivos para la progresiva «humanización» del Derecho internacional. De esta forma podemos concluir que el Derecho Internacional Humanitario, además de hacer posible la asistencia humanitaria impar-

cial y neutral a las víctimas de los conflictos armados, cumple también una función importante como instrumento de paz entre los pueblos. Y ello durante y una vez finalizada la lucha armada.

El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja no ha permanecido ajeno a este esfuerzo por la paz, pues su primer principio fundamental es el de Humanidad, caracterizado por la prevención y alivio del sufrimiento humano en todas las circunstancias (protección de la vida y la salud y el respeto a la persona humana), pero también por el fomento de la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos.

Y hay que precisar que la Cruz Roja no considera la paz como la ausencia de la guerra sino como un proceso de cooperación entre las Naciones. Proceso dinámico que comprende actividades de la Institución, tales como acciones para paliar la violencia (aún en ausencia de guerra), cooperación entre los Estados y los pueblos, respeto por los Derechos Humanos y distribución equitativa de los recursos para atender a las necesidades de los pueblos. El principio de humanidad, que parte de una ética de solidaridad humana, está indisolublemente unido a la irrenunciable meta de conseguir una paz justa y duradera.

Si queremos entender mejor este mensaje de paz, implícito e inescindible de las normas de Derecho Internacional Humanitario, basta con analizar el Principio de Humanidad que es el primero de los que se proclaman como fundamentales para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

Dice el Principio de Humanidad: *«El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, al que ha dado nacimiento la preocupación de prestar auxilio, sin discriminación, a todos los heridos en los campos de batalla, se esfuerza, bajo su aspecto internacional y nacional, en prevenir y aliviar el sufrimiento de los hombres en todas las circunstancias. Tiende a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana. Favorece la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos».*

En este entorno, como escribió Jean Pictet, se sitúa el cometido de la Cruz Roja a favor de la paz, que no se debe contentar con atenuar los efectos de la guerra sino que debe participar, en la medida de sus posibilidades y dentro de los límites de su neutralidad política, en la lucha contra la guerra, esforzándose por lograr que se solucionen por vía pacífica los conflictos entre los Estados y los pueblos.

«Proteger a la persona humana en todas las circunstancias» es creer en la dignidad inherente al ser humano, que es incluso anterior a su recono-

cimiento legal, constituye el fundamento del orden social e integra el núcleo irreductible de los derechos humanos que deben respetarse también en tiempo de conflicto armado.

Discute la doctrina y no es fácil determinar lo que debe entenderse por *asistencia humanitaria* y a responder a esta cuestión se dedica la parte esencial del libro que comentamos, naturalmente desde una óptica tan amplia que abarca la visión de conjunto que proporciona el Derecho internacional. Algunos Estados identifican este concepto con la ayuda prestada a otros Estados en el caso de catástrofes naturales o conflictos armados, mientras que para otros la *asistencia humanitaria* responde a su colaboración en el contexto de las operaciones de paz o de mantenimiento de la paz.

Para Yves Sandoz, desde el punto de vista del Derecho Internacional Humanitario, no cabe duda que el concepto normativo o convencional de *asistencia humanitaria* es el que se deduce del examen de los más de seiscientos artículos de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos Adicionales de 1977. De tales preceptos se deduce el deber de los Estados de proporcionar asistencia humanitaria a las víctimas del conflicto armado, el derecho de las organizaciones humanitarias a prestar dicha asistencia y el de las víctimas a recibirla. Acción o asistencia humanitaria que tiene una base convencional, puesto que está establecida en unos tratados internacionales universalmente ratificados, pero que se basa en el cumplimiento por parte de esos Estados de las obligaciones libremente aceptadas.

Pero además la autora profundiza en todos los aspectos de lo que denomina «*emergencias humanitarias*», abordando en una primera parte el régimen jurídico de la asistencia humanitaria a través del análisis del desarrollo desigual de las normas primarias que la regulan, la construcción del derecho a la asistencia y el acceso humanitario. En capítulo aparte se estudian, dentro del concepto de acceso humanitario sin consentimiento, las injerencias humanitarias, el mismo acceso no consentido y la intervención humanitaria asistencial.

La segunda parte del libro se dedica a la dimensión humanitaria del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Se parte de la exposición de la competencia humanitaria del Consejo de Seguridad y de las dimensiones humanitarias de la amenaza a la paz y de la acción de restablecimiento de la paz, para concluir con un capítulo final sobre las medidas coercitivas del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas en garantía del suministro de asistencia humanitaria. El contenido de este importante apartado distingue entre las medidas que no implican el uso de la fuerza armada y aquellas que suponen tal uso con fines humanitarios.

En definitiva, como ha escrito en el Prólogo la Profesora Escobar Hernández, este trabajo «*no es uno mas de los muchos aparecidos hasta la fecha en torno a la asistencia humanitaria, sino que, muy al contrario, responde a una opción metodológica y ofrece un tratamiento del tema de un altísimo nivel técnico-jurídico que, sin duda alguna, harán del mismo una obra de referencia entre la doctrina española dedicada a estas cuestiones.*»

La obra objeto de esta recensión es esencialmente el texto de la Tesis Doctoral, dirigida por el Prof. Dr. D. Juan Antonio Carrillo Salcedo, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Sevilla, que la autora elaboró y defendió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria y a la que fue otorgada la máxima calificación académica de «*Sobresaliente cum laude*» por un Tribunal presidido por el Prof. Dr. D. Manuel Diez de Velasco Vallejo e integrado por el Prof. Dr. D. Alejandro Rodríguez Carrión, la Prof. Dra. Dña. Concepción Escobar Hernández, el Prof. Dr. D. Rafael Casado Raigón y el Dr. D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto.

Además de felicitar a la Profesora Ojinaga Ruiz por su excelente aportación al estudio de las normas internacionales que hacen posible la asistencia a las víctimas de las guerras, cumplimos también un deber de justicia al destacar el magisterio de la Profesora Escobar Hernández, Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y Jefa de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, y su apoyo constante a la labor de investigación y difusión del Derecho Internacional Humanitario.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

1.3. ALLI TURRILLAS, JUAN CRUZ.—«El soldado profesional (estudio de su estatuto jurídico)». Thompson Aranzadi, 2002. 259 págs.

Hace pocos días leía unas reflexiones de mi maestro, el Prof. Ariño Ortiz, que aun referidas al Derecho Público Económico, son perfectamente extensibles a la realidad actual del llamado «Derecho Militar», y que no me resisto a transcribir. Decía Gaspar Ariño: *«¡Ojalá vivas tiempos interesantes! Cuentan que esto no era una simple manifestación de buena voluntad, sino una maldición que los mandarines chinos formulaban a sus enemigos, conscientes de que las mayores causas de infelicidad entre los hombres es el enfrentarse a hechos y situaciones que no alcanzan a comprender. Si el interés de los tiempos se mide por la incertidumbre, no cabe duda de que los nuestros resultan apasionantes, quizás demasiado»* (1).

Ciertamente, el Derecho Militar vive momento no interesantes, sino interesantísimos. Las Fuerzas Armadas españolas han evolucionado aceleradamente a lo largo de los últimos años, más tal vez que ninguna otra institución social de nuestra patria. Los Ejércitos de este inicio de siglo poco tienen que ver con los de 1978, y las grandes reformas de la década de los 80, mediante las que se trató de adaptar el Ordenamiento castrense a los postulados constitucionales, han quedado en gran medida desfasadas y obsoletas, a pesar de los pocos años que han transcurrido desde entonces. Tal vez sea un signo de los tiempos, al que la venerable institución militar no es ajena, la brevedad de los ciclos.

Tiempos, desde luego, interesantes, que, como en aquella «maldición china», muchas veces superan a quienes, desde la limitada perspectiva del

(1) Prólogo a la tercera edición de *«Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica»*. Comares, 2004, pág. XXIX.

análisis jurídico, nos esforzamos inútilmente por aprehender y dominar la sucesión imparable de reformas que se vuelcan sobre los diarios oficiales. Como en el viejo mito de Sísifo, cuando creemos haber llegado a la cima y nos enorgullecemos de haber conseguido recomponer nuestros ejes de simetría, se producen acontecimientos que nos obligan a repensar lo que dabamos por bueno y casi inamovible. La bola vuelve a caer por la pendiente, y tenemos que resignarnos a volver a empezar.

Pocos podrían vaticinar sin temor a errar, allá por 1978, que las Fuerzas Armadas españolas serían totalmente profesionales, que se implicarían constantemente en operaciones internacionales, y que su propia misión institucional sufriría una radical transformación, pasando del paradigma de un Ejército centrado en la ocupación del territorio y el mantenimiento del orden interno, al de unas Fuerzas Armadas que se configuran como un instrumento —tal vez uno de los más relevantes y eficaces instrumentos— del Gobierno en las relaciones internacionales. Un Ejército volcado en las labores humanitarias tanto o incluso más que en las operaciones propiamente militares, que parece estar llamado a caracterizarse primordialmente como una policía del orden internacional, e incluso como una ONG armada. Este Ejército necesita, sin duda alguna, una organización distinta, una logística diferente, y, lo que es más importante, un régimen jurídico nuevo. Es inútil tratar de encajar las realidades actuales en los viejos moldes. Por supuesto que la evolución de lo viejo a lo nuevo debe hacerse recogiendo cuanto tiene de bueno el legado de las generaciones anteriores, que eso y no otra cosa es el recto sentido de la tradición (una herencia a beneficio de inventario, como ha señalado en un estudio de excepcional altura Estanislao Cantero) (2), pero sin esforzarse melancólicamente por mantener estructuras y planteamientos anquilosados e inservibles.

Por suerte, quienes contemplamos esta realidad desde el ámbito jurídico, tenemos una ventaja que no tuvieron quienes pusieron en marcha la reforma de los años ochenta, cual es la cada vez mayor proliferación de estudios sobre el Derecho Militar, y singularmente sobre el régimen jurídico de los militares. Frente a aquel «lazareto doctrinal» que apreciaban, por aquel entonces, quienes trataban de escribir sobre las realidades castrenses, contamos ahora con abundante y excelente bibliografía que nos ayuda a guiarnos en este camino, y permite despejar un tanto el rigor de la maldición de los mandarines. Lo que es más importante, se trata de obras escritas desde la Universidad, a cargo de profesores jóvenes que se han

(2) Cfr. «*La quiebra de la tradición jurídica española*», en VV.AA.: «El Estado de Derecho en la España de hoy»; Ed. Actas, 1996, págs. 388 y ss.

acercado al mundo militar con el espíritu crítico que proporciona la libertad de cátedra, pero sin la hostilidad y recelo que tantas veces hemos lamentado, más bien al contrario, con respeto e incluso afecto.

Cabe citar destacadamente, en este sentido, estudios como los de Joaquín Peñarrubia y Juan Cruz Alli, a los que me he referido en otra ocasión (3), ambos prácticamente simultáneos, con sistemática y metodología diferentes, pero con una similar —y excelente— calidad; que han sabido incardinar la profesión militar en la estructura constitucional, proporcionándonos unas bases de pensamiento que dan pautas seguras en el proceso de indagación sobre las líneas maestras de ese nuevo régimen jurídico aun por construir.

Más concretamente, la monografía de Juan Cruz Alli «*La Profesión Militar*», desde que se publicó —en el año 2000— llamó enseguida la atención de los lectores interesados por su más que notable extensión, su pulcritud expositiva, su rigor crítico, y, sobre todo, por el conocimiento —sin exagerar— enciclopédico que demostraba su joven autor sobre el mundo militar. Dije en su día, y repito ahora, que el mérito más destacable de la obra de Juan Cruz Alli se hallaba en su carácter multidisciplinar, esto es, en un saludable acercamiento a su objeto de estudio desde distintas perspectivas, en todas las cuales se movía con igual solvencia. La ciencia política, la sociología, la historia, el Derecho, eran campos por los que paseaba la mirada crítica del autor, mostrando un sorprendente y envidiable dominio de todos y cada uno de ellos, y ahí residía el mayor atractivo de ese libro. La contemplación del fenómeno burocrático militar (las Fuerzas Armadas tienen mucho de burocrático, por más que esta palabra repela a los oídos de algún militar escrupuloso) no puede hacerse desde la menudada perspectiva del formalismo jurídico, sino con la colaboración de la llamada Ciencia de la Administración, de la teoría política, de las relaciones internacionales, de la sociología y de la historia. Quien pretenda reducir el estudio del régimen jurídico de los militares, como servidores del Estado, a una simple glosa de los textos legales estará condenado a no enterarse de casi nada. Afortunadamente Juan Cruz Alli no cayó en ese reduccionismo, y por eso su obra ocupará con certeza un lugar preferente entre los buenos Tratados de Derecho Militar.

(3) Si se me perdona la autocita, he escrito sendas reseñas sobre ambas obras, a las que ahora me remito. La de Joaquín Peñarrubia («*Presupuestos constitucionales de la función militar*»; Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2000), en el n° 154 de la revista de Administración Pública —RAP—, enero-abril 2001; y la de Juan Cruz Alli («*La profesión Militar*»; Ed. INAP, 2000) en el n° 31 de la Revista Jurídica de Navarra, enero-junio 2001.

Ahora, pocos años, después, Juan Cruz Alli vuelve a ocuparse del «Derecho Militar» con una obra más breve que la anterior, pero con el mismo enfoque multidisciplinar y similar densidad de conocimientos, análisis y reflexión. En esta nueva monografía, sobre el estatuto jurídico del soldado profesional, se ha centrado, con elogiado sentido de la oportunidad, no en los funcionarios militares de carrera (sí, funcionarios, no hay razón alguna, mínimamente consistente, para no llamarles así), oficiales y suboficiales, sino en los soldados, la base imprescindible de cualquier Ejército. Y este es un dato que merece un primer reconocimiento. Hasta ahora se ha escrito, y se ha escrito bien, sobre los problemas de la carrera militar desde la perspectiva de los militares de carrera, pero casi nada se había dicho sobre el régimen jurídico profesional de los soldados, probablemente por el poco tiempo que ha transcurrido desde la plena profesionalización de la tropa y marinería. La obra del profesor Juan Cruz Alli llena, pues, un hueco que precisaba urgentemente de atención de la doctrina especializada.

Viene precedido su trabajo por un brillante y apasionado prólogo del Profesor Parada Vázquez, quien, desde su profundo conocimiento de la realidad militar, centra su crítica en los modos y formas con que se llevó a cabo la supresión del servicio militar obligatorio y la consiguiente profesionalización plena de las Fuerzas Armadas. Es difícil no estar de acuerdo con sus apreciaciones, que vienen corroboradas por la realidad estadística y verificable del fracaso de los esfuerzos del Ministerio de Defensa por mantener sus expectativas de reclutamiento. Las constantes y costosas campañas de marketing, que presentan el servicio en el Ejército como una mezcla amable de las viejas Universidades laborales y una ONG internacional, no han conseguido mover los corazones de nuestros jóvenes, quienes poco interés muestran por acercarse a las Oficinas de reclutamiento, y si lo hacen es con lo que el Prof. Parada llama con acierto «espíritu de becarios». Soldados que se toman a beneficio de inventario su permanencia en filas, y que aguardan la menor oportunidad, suficientemente atractiva, para dejar la profesión militar, despedirse de su Unidad y capitalizar la formación adquirida en ocupaciones civiles mejor retribuidas, más descansadas y dotadas de mayor reconocimiento social. Los valores institucionales que deben estar en la base de cualquier vocación militar han pasado a arrumbarse en el panteón de lo políticamente incorrecto, por lo que pocos son los que acuden al Ejército movidos por el deseo de servir a su patria. Si añadimos la carencia de perspectivas de promoción profesional —de carrera administrativa— en unos Ejércitos que están sufriendo un silencioso pero imparable proceso de abandono por parte de Oficia-

les altamente cualificados, pero desmoralizados ante la falta de horizontes y expectativas, no debe extrañarnos que, por ejemplo, la Armada apenas pueda sacar sus buques a la mar porque, sencillamente, no tiene marineros. No deja de ser llamativo que pocas veces se hayan volcado tantos elogios sobre los militares, de quienes se dice que constituyen una de las profesiones más valoradas por la sociedad, y, sin embargo, he aquí que los propios militares, sobre todo los cuadros de mando jóvenes, se sienten hastiados, aburridos y desilusionados. Esto es algo que no se dice en voz alta porque nadie tiene demasiado interés en remover la charca tranquila del «*wishful thinking*» y las verdades oficiales, pero algún día habrá que afrontar sus causas, porque me temo que los efectos ya se están notando, y de forma drástica, en algunos Cuerpos (sin ir más lejos, en el Cuerpo de Sanidad, en proceso de acelerada descomposición).

Juan Cruz Alli es consciente de las dificultades que presenta el reclutamiento en la sociedad española de principios del siglo XXI. Los exhaustivos datos que proporciona son elocuentes por sí mismos. Pero el autor no se detiene en la crítica estéril del *statu quo*, sino que propone vías de solución para este problema, que deberían ser leídas con atención en más de un gabinete de las Autoridades ministeriales. Este es uno de los puntos fuertes de su monografía: la exposición de la situación existente y la articulación de un sistema para su superación, para lo que se apoya no solo en el profundo conocimiento de lo que hay *hic et nunc* en España, sino también en la contemplación de las nuevas realidades internacionales y la experiencia de otros Estados, con una brillante panorámica de las modalidades del reclutamiento, permanencia en filas y promoción profesional de los soldados en naciones como el Reino Unido, EE.UU. de Norteamérica, Bélgica, Italia, Francia y Alemania, de cuya experiencia podemos sacar lecciones muy provechosas.

Además, nos hallamos ante un libro, que estando al fin y al cabo escrito por un jurista, contiene una sólida exposición del régimen jurídico de la tropa y marinería profesional resultante de las normas jurídicas vigentes; aunque debo decir que, honestamente, en el proceso de legislación motorizada que nos ha caído encima a quienes vivimos del Derecho, no me siento capaz de responder con plenitud de conocimiento a la pregunta de si tras la edición de esta obra (2002) se han producido modificaciones normativas sobrevenidas que obliguen a repensar algunas de sus apreciaciones. Poco importa, en todo caso, porque como ya dije en su momento al recensionar la primera monografía de Juan Cruz Alli, los buenos libros desmienten una y otra vez la aparente pero falaz frase de Von Kirchmann de que tres palabras del legislador convierten bibliotecas enteras en basu-

ra. Por encima de la incontinencia normativa, las reflexiones que se contienen en esta obra constituyen un punto de referencia hermenéutica segura para la valoración e interpretación de la norma vigente en cada tiempo.

Así, tras un breve pero sólido repaso de la evolución histórica del reclutamiento en España, centra su atención en la inclusión del servicio militar en la Constitución española de 1978, dedicando unas enjundiosas páginas a la interpretación de su artículo 30. Seguidamente realiza una referencia a la problemática del reclutamiento de extranjeros. Me permito, en este punto, realizar una amable crítica al autor de este excelente trabajo, pues poco dice acerca de un tema sobre el que la doctrina y la práctica jurídica ha pasado de puntillas, pero que a mí siempre me ha parecido al menos discutible, cual es la difícil compatibilidad del reclutamiento de extranjeros (sobre todo extracomunitarios) con la reserva de funciones públicas para los nacionales españoles que resulta del juego conjunto de los artículos 13 y 23 de la Constitución. Se ha querido despejar el problema con la afirmación bienintencionada de que los soldados no son funcionarios, pero me parece una solución endeble y cargada de voluntarismo, pues el concepto de «funciones públicas» que resulta de esos preceptos de la Constitución es un concepto material, por encima de lo que la legislación ordinaria defina en cada momento como relación funcionarial, y no creo que se pueda discutir seriamente que los soldados realizan verdaderas funciones públicas.

Siguiendo el repaso por el contenido de la obra, cabe realizar una específica mención a la lúcida exposición de los diferentes planteamientos formulados a la hora de caracterizar la naturaleza de la relación de servicios de los soldados. Contratados en régimen de derecho administrativo, funcionarios, personal estatutario sometido a un vínculo *sui generis*... el autor valora críticamente las distintas teorías, en unas clarificadoras páginas que no pueden dejar de ser leídas por el interesado en el tema. Personalmente, este es un problema que me parece muy atractivo dialécticamente, si bien debo confesar que empiezo a dudar si no nos hemos enredado los juristas, una vez más, en una logomaquia estéril, pues por encima de la naturaleza jurídica que más nos guste o nos satisfaga para definir la relación de servicio del soldado con el Estado, creo que el dato verdaderamente relevante es determinar el régimen jurídico proyectable sobre las vicisitudes concretas de esa relación, y pocas dudas hay de que es un régimen de Derecho Público, presidido por el orbe de principios del Derecho Administrativo y reservado a la fiscalización de la jurisdicción contencioso-administrativa (a salvo de la competencia de la jurisdicción militar en su faceta sancionadora). Partiendo de este dato, polemizar sobre si son funcionarios (funciona-

rios «a término», según la caracterización del clásico Tratado de Derecho Administrativo de García Trevijano) o son contratados administrativos tal vez sea una discusión de relevancia práctica escasa.

A continuación, pasa el autor a estudiar lo que podríamos llamar el desenvolvimiento dinámico de esa relación de servicios, dedicando una especial atención al acceso a la condición de soldado, los ascensos y destinos, los cambios de especialidad, y el fin del contrato y la baja. El lector interesado en los aspectos más inmediatamente prácticos de la Obra que nos ocupa encontrará en estas densas páginas una exposición crítica sistemática, coherente y clara de la regulación jurídica de la vida profesional del soldado.

En fin, termina esta monografía con unas propuestas para la reforma del «manifiestamente mejorable» [esta expresión es mía, no del autor] estado de cosas actual. No puede, en este punto, sino remitir al lector a la obra de Juan Cruz Alli, pues son muchas las ideas que ahí se exponen, con la mayoría de las cuales no puedo sino estar plenamente de acuerdo. Hay, no obstante, un inciso sobre el que debo manifestar mi parcial (solo parcial) y siempre cordial discrepancia con el autor. En una nota a pie de página, en la página 229, plasma unas consideraciones sobre las que creo necesario detenerme al menos brevemente. En efecto, tras apuntar la conveniencia de reducir el número de oficiales de carrera y reforzar las Escalas de complemento, afirma (nota a pie de página nº 239) que *«en un Ejército moderno sobran mandos superiores (comandantes, coroneles) en cuerpos facultativos (jurídico, sanidad, intervención) que no hacen sino engrosar plantillas poco ágiles. Muchas de sus funciones las pueden hacer oficiales de complemento y funcionarios civiles de apoyo. Estas plantillas, en el futuro, van a quedar sobredimensionadas y van a ser un nuevo factor en el quebranto militar. No deja de ser llamativo que haya 12 Generales de Brigada y más de 500 Coroneles y tenientes Coroneles, y otros tantos Comandantes de Sanidad; lo mismo ocurre con el Cuerpo Jurídico y el de Intendencia: hay que reducir y unificar los servicios en gran medida. En el caso de la Sanidad Militar, hay que mantener y aumentar los servicios sanitarios de campaña y cuartel y hacer desaparecer totalmente la sanidad paralela militar, cuyo alto coste ha de hacer pagar al sistema sanitario civil, por pasar sus servicios y sus pacientes militares íntegramente a este. El sistema actual es un despropósito de dimensiones enormes que obedece a una situación histórica que cambió en 1989»*.

He transcrito con toda intención este párrafo, porque en él se dicen y sugieren muchas cosas, y de gran trascendencia. Debo anticipar que en gran medida comparto estas apreciaciones. Desde mi conocimiento real

del trabajo efectivo que se realiza en uno de los Cuerpos que cita el autor, el Jurídico, debo reconocer honestamente que existen numerosos destinos (obviamente, no todos) que por su modesta carga y densidad de trabajo podrían ser desempeñados sin el menor problema por personal de complemento (si se quiere, bajo la supervisión de un Auditor de carrera). Y lo mismo podría decirse de los destinos de Sanidad o Intervención, siempre a título de ejemplo. Unos oficiales de complemento bien seleccionados y adecuadamente preparados, en un periodo de formación orientado primordialmente a su específica dedicación profesional (y no a perder el tiempo haciendo un día y otro orden cerrado), podrían mantener sin ninguna dificultad el buen funcionamiento de los Servicios, descargándose así unos niveles superiores de las plantillas que están claramente sobredimensionados. Sabido es que una estructuración corporativa coherente debe tender a una forma piramidal, con bases anchas y vértices reducidos, mas he aquí que en numerosos Cuerpos y Escalas Militares esa pirámide es irreconocible porque hay demasiado personal en los empleos superiores, lo que no hace mas que ralentizar la carrera y dificultar la gestión de las plantillas. Del mismo modo, estoy de acuerdo con Juan Cruz Alli en que tal vez ha llegado el momento de considerar si tiene sentido, en este siglo XXI, seguir manteniendo la caracterización de las Fuerzas Armadas como una Administración autárquica que autoorganiza todos sus servicios al margen de la Administración Civil, desde la asistencia espiritual hasta el asesoramiento jurídico pasando por el control crítico del gasto o la atención hospitalaria. A riesgo de levantar ampollas, creo que ha llegado el momento de pensar si no tiene más sentido integrar esos servicios en sus homólogos civiles, o restringirlos a lo que es estrictamente propio de la singularidad militar. Volviendo al ejemplo del Cuerpo Jurídico, entiendo y defiendo la necesidad de contar con un Cuerpo de Juristas militares sólidamente formados que asesore al Mando, v. gr., en cuestiones como el Derecho Internacional Humanitario o el llamado «Derecho Operativo», pero en otras materias como la contratación administrativa o la gestión del patrimonio no advierto razones que justifiquen la existencia de un cuerpo de Letrados distinto del de los Abogados del Estado. Como tampoco advierto razones de peso para que la Intervención requiera un Cuerpo de Interventores distinto del que actúa en todos los demás Ministerios.

Ahora bien —y aquí radica mi discrepancia con el autor, no tanto por lo que dice como por lo que no dice— el problema radica en qué hacer con el personal de esos Cuerpos facultativos. Un personal con alta preparación técnica y notable experiencia que tiene derecho a una salida profesional digna. No vale decir que sobra personal y no dar ninguna solución para

agilizar ese exceso. Me permito apuntar, solo apuntar, una solución, sobre la que ya he insistido en más de una vez: la integración funcional en los Cuerpos y Escalas Civiles. Lo que, desde luego, no puede mantenerse es una situación como la actual, en la que se reducen las plantillas año tras año pero no se dan cauces adecuados de salida profesional para esos niveles superiores de los Cuerpos en los que se dice que sobra personal. Como tampoco vale decir que hay que cerrar los Hospitales militares pero a la vez estar reclamando una y otra vez médicos militares especialistas para acudir a auxiliar a la población en zonas de catástrofes naturales o de conflictos bélicos. Queremos anestesistas, cirujanos, traumatólogos militares, pero les cerramos los hospitales donde desarrollan su técnica profesional. Si se quiere, que se cierre definitivamente la ya mortecina red hospitalaria militar, pero mientras queramos tener médicos especialistas habrá que articular medios para que puedan formarse y mantener su preparación (tal vez, por ejemplo, mediante «plazas vinculadas» en hospitales civiles, al modo de los hospitales clínicos universitarios). Lo que no cabe, insisto, es desmantelar lo que existe y no sustituirlo por nada ni prever soluciones profesionales adecuadas para unos militares muy bien preparados que tienen derecho —todo el derecho— a reclamar una salida adecuada para su situación personal y corporativa.

En fin, me he limitado a esbozar apresuradamente algunas ideas que me han surgido al hilo de la lectura de esta magnífica monografía, con la esperanza de que el autor las aborde en nuevos trabajos, pues él mismo es consciente de que su estudio se limita a apuntar numerosos temas que quedan pendientes de futuras elaboraciones. De su juventud y excelente preparación podemos esperar lo mejor. La obra de Juan Cruz Alli tiene un mérito que solo adorna a los buenos libros, cual es que suscita la reflexión, la polémica, el debate. ¡Cuántas publicaciones pasan sin pena ni gloria porque a fuerza de no querer comprometerse acaban por no decir nada! El mayor valor de la doctrina científica reside en denunciar lo que puede ser mejorado y proponer soluciones para que vaya mejor. El Derecho es para la vida, para hacer la vida más vividera. Si la doctrina científica no se compromete con la solución de los problemas, deviene estéril. Juan Cruz Alli es un jurista maduro y un escritor comprometido. Podemos pedirle que no abandone este campo del Derecho Militar. Los militares españoles se lo agradecerán.

Pedro Escribano Testaut
Magistrado

1.4. Ezequiel Abásolo, «El Derecho Penal Militar en la Historia Argentina», Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba. República Argentina, 2002, 697 páginas

La obra objeto de la presente recensión fue galardonada con el Premio «*Dalmacio Vélez Sársfield*» para Tesis Sobresalientes y su autor Doctor en Derecho es un conocido profesor de la Universidad Católica Argentina y del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, desempeñando también la Secretaría de Redacción de la prestigiosa Revista Argentina de Derecho Militar y Derecho Internacional Humanitario. Resulta, por otra parte, muy satisfactorio para el lector español el profundo conocimiento de nuestra doctrina por el autor de esta publicación. Baste con decir que se inicia con una cita de J. Rojas Caro y hace continua referencia a las mas significativas aportaciones del moderno Derecho e Historia Militar españoles.

El objeto de estudio es, como se deduce de su título, el proceso genético que condujo a la formación del actual régimen penal militar argentino. Es decir, en palabras del autor «*el panorama de las continuidades y de las rupturas que caracterizaron el proceso formativo del orden jurídico represivo castrense argentino desde el periodo hispánico*» con la pretensión de «*establecer la verdadera gravitación de la tradición jurídico militar en el actual régimen penal castrense*». A tal ambicioso propósito responden los diez capítulos en que se divide el libro, que termina con unas conclusiones finales.

Los dos primeros capítulos exponen los orígenes del ordenamiento represivo militar de los argentinos y sirven de introducción en la génesis y principales características del derecho penal castellano y español (Reyes Católicos, Austrias y Borbones), sin olvidar la regulación de la disciplina

militar en Roma y en los ejércitos visigodos, seguidos de los particularismos del derecho represivo militar indiano inicial y su evolución hasta el siglo XVIII. No olvida el autor el estudio de las peculiaridades del Rio de la Plata y remata ambos capítulos con el análisis de las instituciones, figuras penales y «mentalidades» más relevantes.

El siglo XIX, ya argentino, integra el contenido de los cinco capítulos siguientes de la publicación con la investigación de los acontecimientos, instituciones y mentalidades de la primera década revolucionaria (las transformaciones jurídicas que inciden en el primer derecho penal militar propiamente argentino), el periodo previo a la organización nacional (la penalidad castrense en el tránsito hacia la organización definitiva de la República), la época del enfrentamiento entre la Confederación y el Estado de Buenos Aires (años decisivos para la futura configuración del derecho penal militar de los argentinos), el periodo de las tres presidencias (modificaciones y alternativas en torno a la codificación), y el que finaliza con la aprobación del Código de Justicia Militar de 1898, que consagra el ideal codificador en el derecho positivo.

Los dos capítulos que cierran la obra tratan de la evolución en el siglo XX, es decir en los primeros cuarenta años (1899-1942), caracterizados por ajustes en el derecho positivo, pretensiones reformistas y contrastes de mentalidad, en las experiencias jurídico militares durante el primer peronismo (1943-1955), con la transformación y remodificación del derecho penal militar, y los principales acontecimientos en el resto del siglo (1956-1999) que denomina el autor «Derecho Militar contemporáneo», con sus reformas y debates.

Es importante destacar en la metodología empleada por el autor su análisis cuatripartito para abarcar tanto la historia jurídica externa como la interna. Así en cada capítulo se analizan los «acontecimientos» (estudio externo del derecho penal militar), las «instituciones» y «mentalidades» que integran el análisis externo. Finalizan los capítulos con unas consideraciones generales del autor que proporcionan una verdadera riqueza al esfuerzo investigador.

La publicación cierra el capítulo dedicado al derecho penal militar argentino contemporáneo con unas consideraciones generales para una época transicional, donde se expone la necesidad de superar viejos conceptos en materia de derecho militar y se toma buena nota de la creciente aspiración a «juridizar» el procedimiento en sede castrense, con la esperanza del autor de que tal periodo conducirá, en tiempos mas o menos próximos, a una completa renovación normativa. Desde el respeto que profesamos a los colegas argentinos, excelentes profesionales y destacados cul-

tivadores del Derecho Militar, expresamos nuestro deseo de que las reformas necesarias lleguen a buen puerto y consoliden las sólidas aportaciones doctrinales que caracterizan la doctrina penal militar de la República Argentina.

La excelente obra que comentamos termina con unas lúcidas conclusiones, bien fundadas en la extensa investigación histórico-jurídica que las precede. Solo nos queda felicitar al autor por su importante aportación al Derecho Penal Militar y recomendar la lectura de esta obra no solo a los interesados en los estudios de Derecho Militar Comparado, sino a los estudiosos de los grandes principios que presiden uno de los mas importantes sistemas penales castrenses.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

**1.5. «MANUEL DE DROIT DES CONFLITS
ARMÉS» de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio
de Defensa de Francia, Oficina de Derecho de los Conflictos
Armados (TTA 925), 2004**

CONSIDERACIONES PREVIAS

Como se advierte en el Preámbulo, la publicación «Manuel de Droit des Conflits armés» del Ministerio de Defensa de Francia únicamente tiene un valor indicativo o didáctico y está dirigida a la instrucción del personal militar francés, particularmente en las escuelas militares.

Las fuerzas armadas francesas y la gendarmería deben aplicar las «Reglas de los Conflictos Armados» contenidas en el Boletín Oficial en Edición metódica BOEM 101-2 (año 1998) disponibles en las unidades, estados mayores y escuelas del Ministerio de Defensa de Francia. La directiva ministerial de 15 de abril de 1991 fue ratificada por otra del Ministro de Defensa nº 000147 de 4 de enero de 2000.

Por tanto, el Manual objeto de esta reseña es simplemente un texto didáctico sin fuerza jurídica, elaborado para fines de instrucción por la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio francés de Defensa (Oficina de Derecho de los Conflictos Armados), en colaboración con los Estados Mayores, las Direcciones y los Servicios de tal Ministerio. Responde a la importancia que tiene un buen conocimiento de las normas del Derecho de los Conflictos Armados por los militares, como condición previa y necesaria para su aplicación adecuada.

Todas estas consideraciones no significan una desvalorización del Manual, que se considera de gran utilidad y mérito, sino que tratan de concretar su naturaleza y propósito evitando comparaciones con la publica-

ción del Estado Mayor del Ejército español ORT-004, «Orientaciones. El Derecho de los Conflictos Armados», Tomos I, II y III, de 18 de marzo de 1996, aprobada por Resolución del JEME núm. 513/04054/96. Está última, aún tratándose de unas Orientaciones, es una publicación oficial aprobada por una Resolución, que autoriza su edición, la clasifica y ordena su distribución como Publicación Oficial en el ámbito del Ejército de Tierra. Ello explica su mayor entidad, extensión y rigor jurídico.

No obstante, no puede dejar de observarse que la Publicación ORT-004 «Orientaciones. Derecho de los Conflictos Armados» no ha sido puesta al día desde 1996. Y ello significa que no contiene, ni en su parte de Orientaciones (Tomo I) ni en los Textos normativos (Tomos II y III), numerosos Convenios, Protocolos o Leyes internas de España vigentes en el momento actual, por lo que puede considerarse incompleta. Sin ánimo de ser exhaustivos podemos mencionar las siguientes omisiones: Tratado de Ottawa sobre minas antipersonas, IV y V Protocolo del Convenio sobre Armas Convencionales, II Protocolo de 1999 sobre protección reforzada de los bienes culturales, Protocolo de 2000 sobre la participación de los niños en los conflictos armados (niños soldados), Estatuto de Roma de 1998 (Corte Penal Internacional), Ley Orgánica 15/2003, de modificación del Código Penal (en materia de crímenes de guerra) o Ley Orgánica 18/2003, de cooperación con la Corte Penal Internacional.

Es tarea urgente la puesta al día de la excelente Publicación ORT-004 del Estado Mayor del Ejército. Esta publicación española, que ha sido tenida muy en cuenta por el Comité Internacional de la Cruz Roja en la elaboración de su estudio sobre el Derecho Consuetudinario aplicable a los Conflictos Armados, ha conseguido una alta consideración internacional por diversos países (particularmente, del ámbito iberoamericano, por razón del idioma), sin que su contenido desmerezca en comparación con otros Manuales similares, entre los que citamos los del Ejército de Tierra y Armada de los Estados Unidos de América, Reino Unido, República Federal de Alemania (Derecho Internacional Humanitario) o de la propia República Francesa.

Sin embargo, es una excelente iniciativa de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Defensa de Francia la elaboración del Manual objeto de este comentario, particularmente la forma de glosario, diccionario o distribución por voces de fácil consulta, que incorpora el contenido del Derecho de los Conflictos Armados. Un texto similar podría elaborarse para completar como ANEXO, a efectos didácticos y de rápida consulta, la Publicación ORT-004 del Estado Mayor del Ejército. Este justamente es el sistema seguido por la prestigiosa y conocida Publicación del

Comité Internacional de la Cruz Roja denominada «Derecho al Objetivo. Modelo de manual acerca del derecho de los conflictos armados para las fuerzas armadas», Ginebra 2001, editada en varios idiomas y, entre ellos, el español. En esta publicación, después de exponer «El derecho de los conflictos armados para el oficial de mando», la información suplementaria y los modelos de instrucción y formación, se añade en la parte final un excelente aunque breve GLOSARIO de definiciones que facilitan una rápida consulta de su contenido.

BREVE ANALISIS DEL «MANUEL DE DROIT DES CONFLITS ARMÉS»

El Manual objeto de examen consta de una primera parte introductoria, de una serie de voces ordenadas alfabéticamente, que integran la mayor parte del texto publicado, seguidas de una lista alfabética de tales términos y de un índice alfabético general de gran extensión, con valiosas referencias que completan su utilidad.

LA INTRODUCCIÓN

De una forma breve y sencilla se exponen en la Introducción las nociones básicas del Derecho de los Conflictos Armados. Se inicia con un recorrido histórico por el proceso de nacimiento de las normas jurídicas internacionales que regulan la guerra, tanto por lo que se refiere al Derecho de La Haya como al Derecho de Ginebra o Derecho Internacional Humanitario.

Para responder a la pregunta ¿qué es el Derecho de los Conflictos Armados? se analiza, en primer lugar, la noción del Derecho de la Guerra o Derecho de La Haya, dentro del cual se incluye (en contra de una sólida opinión doctrinal y jurisprudencial) las normas protectoras de los bienes culturales, que normalmente se consideran integrantes del Derecho Internacional Humanitario (pese a ser reguladas por el Convenio de La Haya de 1954).

En segundo término, se explica el concepto de Derecho Humanitario, añadiendo de una manera algo confusa que se ha desarrollado un «Derecho mixto» (en las fronteras del Derecho de la Guerra y del Derecho Humanitario), que ejemplifica con la referencia a los Protocolos de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra. Hubiera dotado de mayor claridad a la exposición comentar la aproximación de los dos referidos ámbitos normativos (Derecho de la Guerra y Derecho Humanitario) y su fusión actual en

una rama específica del Derecho Internacional Público que el Tribunal Internacional de Justicia ha denominado Derecho de los Conflictos Armados (justamente el título bien adoptado por el propio Manual francés) o Derecho Internacional Humanitario en sentido amplio o general.

En tercer lugar, se presenta la noción del «Derecho del dominio de los armamentos», donde se agrupan los convenios internacionales que prohíben, limitan o regulan el empleo de ciertas armas y municiones. Parte en la que se incluyen los instrumentos internacionales de desarme. Esta tercera división induce a cierta confusión puesto que parte de su contenido (la regulación de las armas como medios de la acción hostil) constituye la materia propia del clásico Derecho de la Guerra, Derecho de La Haya o Derecho de la Conducción de las Hostilidades, que algún autor ha llamado «Derecho de Nueva York». Y por ello no parece lógico separarlo de su lugar histórico y ámbito clásico. Por otra parte, el Derecho del desarme es muy dudoso que pueda incluirse en el ámbito del Derecho de los Conflictos Armados o «*ius in bello*», puesto que es materia propia del «*ius ad bellum*», que regula el uso de la fuerza dentro de la Carta de las Naciones Unidas. Distinción fundamental del Derecho Internacional Público («*ius in bello*» frente al «*ius ad bellum*») que no parece respetar el Manual que comentamos.

Seguidamente se responde de modo adecuado a la pregunta «¿por qué un derecho de los conflictos armados?», pero se echa de menos una definición del Derecho de los Conflictos Armados que agrupe el Derecho de la Guerra (Derecho de La Haya o Derecho de la Conducción de las Hostilidades) y el Derecho Internacional Humanitario (o Derecho de Ginebra) y la exposición de sus fuentes normativas internacionales y nacionales, con una relación de los instrumentos internacionales (Convenios y Protocolos) aplicables.

El ámbito de aplicación del Derecho de los Conflictos Armados se expone al contestar a la pregunta «¿Cuándo se aplica?». Se distinguen aquí los conflictos armados internacionales y los no internacionales (Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra) de las situaciones de tensiones y disturbios interiores, sin olvidar la aplicación de los Derechos fundamentales de la persona humana (Derechos Humanos) y el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

La noción y enumeración de las personas protegidas, con carácter general o especial, responde a la pregunta de «¿A quién se aplica?».

De gran importancia en esta Introducción es la exposición de los principios fundamentales del derecho de los conflictos armados, que se concretan en tres: el principio de humanidad (con alusión a la cláusula Martens), el principio de discriminación (que se conoce como principio de dis-

tinción) y el principio de proporcionalidad (con alusión a los daños «colaterales» y a las cláusulas de necesidad militar). Naturalmente existen otros principios en el ámbito del Derecho de los Conflictos Armados, que se omiten dado el carácter elemental de la obra comentada.

La apuesta del Derecho de los conflictos armados y sus ventajas se razonan en este apartado introductorio, con referencias a la eficacia en el cumplimiento de la misión militar, a la disciplina, al post-conflicto, a la economía de medios, a su carácter universal y a las sanciones disciplinarias y penales.

Para responder a la cuestión de quien tiene a su cargo el respeto del Derecho de los Conflictos Armados, se afirma la obligación general de todos los combatientes y la responsabilidad del comandante como garante de la conducta de sus subordinados y de su instrucción. Se destaca asimismo la responsabilidad disciplinaria y penal de los infractores ante los Tribunales franceses y ante los tribunales penales internacionales.

Finaliza esta introducción resaltando que el perfeccionamiento de los conocimientos del militar sobre el Derecho de los Conflictos Armados se concreta en tres principios directores: un principio de confianza, un principio de realismo y un principio de perseverancia.

LA LISTA ALFABÉTICA DE TÉRMINOS O VOCES

De una forma concisa, sencilla, con las necesarias remisiones normativas, referencias oportunas y numerosos ejemplos, se integra el contenido del Manual con las definiciones de los términos relacionados con el Derecho de los Conflictos Armados, ordenados alfabéticamente. A continuación de cada voz se expresa entre paréntesis la traducción del término y sus sinónimos al idioma inglés para facilitar las relaciones entre los ejércitos extranjeros. En ocasiones se transcribe literalmente el contenido de alguna disposición relevante. Asimismo se incorporan conceptos tomados del glosario de la OTAN de términos y definiciones de uso militar.

Con frecuencia las voces se refieren a conceptos que, aunque no son propios del Derecho de los Conflictos Armados, constituyen una aportación muy positiva para la comprensión de la materia. Así algunas voces pertenecen al Derecho Internacional Público (anexión, Derechos del Hombre, guerra, intervención de humanidad), al Derecho de las Naciones Unidas (noción de agresión armada, embargo, legítima defensa de los Estados, amenaza inminente, operaciones de imposición y mantenimiento de la paz, reglas de enfrentamiento y de comportamiento), al Derecho Penal Interna-

cional (Crímenes contra la humanidad, genocidio), al Derecho Penal Militar (desertor, legítima defensa de los individuos, responsabilidad, responsabilidad civil, responsabilidad penal) o a la regulación interna de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (gendarmería).

Resulta insuficiente el contenido de algunos términos, como los relativos al arma nuclear, a los niños en los conflictos armados, al principio de proporcionalidad, a las tensiones interiores o al terrorismo, desde el punto de vista del Derecho de los Conflictos Armados

Se echa de menos la publicación de los signos o emblemas protectores del Derecho de los Conflictos Armados o Derecho Internacional Humanitario, de gran utilidad para el conocimiento completo de la protección de las víctimas de la guerra, aunque podría tratarse de un defecto en la reproducción del texto que comentamos. A estos emblemas se refiere la voz «Emblemas y signos distintivos».

Es excelente el contenido de algunas voces, como «Bienes protegidos», «Botín», «Combatientes», «Crímenes de guerra», «Derechos del Hombre», «Derecho del dominio de los armamentos», «Derecho de las operaciones marítimas», «fuerzas armadas», «Jurisdicciones penales internacionales», «medios y métodos de combate», «necesidad militar», «prisioneros de guerra», «resistencia», «sitio» y «zonas protegidas».

Destaca también la inclusión de términos propios del Derecho de la Guerra Marítima y Aérea, así como las voces «Derecho de las operaciones aéreas» y «Derecho de las operaciones marítimas».

En general está muy cuidado y es muy completo el tratamiento de los términos que se refieren a las armas, como arma biológica o bacteriológica, arma química, arma incendiaria, arma no letal, balas dum-dum, lanzallamas, laser, mina, mina antipersonas y napalm.

En definitiva, el «Manuel de Droit des Conflits Armés» del Ministerio de Defensa de Francia merece un juicio altamente positivo teniendo en cuenta su carácter divulgativo y didáctico, al tratarse de un texto de fácil comprensión, sencillo pero no exento del necesario rigor jurídico y muy práctico para una consulta rápida por los miembros de las fuerzas armadas llamados a aplicar las normas del Derecho de los Conflictos Armados. Su mejor virtud reside en su estructura de diccionario y en la acertada selección de voces y términos que abarcan las materias y normas jurídicas de imprescindible conocimiento por parte de los militares, particularmente de quienes se encuentran en misiones fuera del territorio nacional.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

1.6. BOLLO AROCENA, M.D.: *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pp. 657.

En el panorama científico del Derecho Internacional actual nos encontramos con una gran proliferación de obras dedicadas al Derecho Internacional Penal como sector de este ordenamiento, incipiente y en constante evolución. No obstante, la mayoría de las obras examinan, bien sólo la dimensión sustantiva del mismo, es decir, los crímenes internacionales, bien sólo la dimensión procesal de éste al referirse a los tribunales internacionales establecidos para el enjuiciamiento de dichos crímenes. En cambio, el libro aquí recensionado contempla ambas dimensiones con gran acierto y adoptando una perspectiva lógica e inteligente. En este sentido, conviene tener en cuenta que en la base de esta magnífica obra se encuentra la tesis doctoral de la autora, fruto de años de rigurosa investigación.

En primera instancia, sorprende la obra por la adecuación y coherencia de su estructura. De este modo, la autora comienza con un Capítulo I introductorio en el que, tras hacer la necesaria distinción entre la responsabilidad penal internacional del individuo y del Estado, examina la situación del Derecho Internacional Penal como rama del Derecho Internacional en estado emergente. Sin embargo, lo más destacable de este Capítulo son las conclusiones que se extraen en relación con los efectos de este sector del Derecho Internacional sobre el mismo, en concreto respecto de su unidad y eficacia. Así, se realiza una valoración positiva de la multiplicación de jurisdicciones internacionales destinadas a enjuiciar a los individuos responsables de crímenes internacionales en el Derecho Internacional. Dicho juicio positivo procede de la consideración del fenómeno del enriquecimiento recíproco entre las distintas jurisdicciones y de su contri-

bución al desarrollo sustantivo y procesal de esta rama del ordenamiento internacional. No obstante, también se nos advierte de un posible peligro: la falta de unidad del Derecho Internacional Penal, desarrollado al amparo de la influencia de jurisdicciones internacionales diferentes.

A continuación del Capítulo introductorio, el libro se estructura en dos Partes, divididas a su vez en varios capítulos, que poseen un perfecto equilibrio. Una Parte Primera, que analiza lo que se califica como dimensión sustantiva o material del Derecho Internacional Penal, en la que la autora realiza una evaluación del grado de desarrollo de los crímenes internacionales susceptibles de dar lugar a la responsabilidad penal internacional del individuo: los crímenes contra la humanidad y como tipo agravado el crimen de genocidio, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Y una Parte Segunda, que es destinada a examinar la llamada dimensión adjetiva o procesal del Derecho Internacional Penal. En este contexto, se analizan las técnicas de represión, técnicas que van desde el enjuiciamiento por los tribunales nacionales, con especial referencia al principio de jurisdicción universal y a la legislación y práctica española, hasta la represión por los tribunales internacionales. En el último sentido, se contempla la creación de las jurisdicciones internacionales como resultado del proceso de institucionalización de la sanción, proceso que comienza con el establecimiento de los Tribunales Militares Internacionales de la II Guerra Mundial y que continúa con la institución de los Tribunales Penales *ad hoc* para la exYugoslavia y Ruanda, y el Tribunal Especial para Sierra Leona. No obstante, en esta obra se constata claramente que la culminación de dicho proceso se produce con la creación y puesta en funcionamiento de la Corte Penal Internacional, a la que se dedica el último Capítulo, por ser éste uno de los grandes logros del Derecho Internacional Penal.

En el marco de la Parte Primera, al analizar cada uno de los crímenes internacionales, se ahonda no sólo en la evolución y definición de los mismos, sino también en sus elementos constitutivos y en las aportaciones de la jurisprudencia internacional al respecto. En esta línea, la autora maneja con gran fluidez la jurisprudencia más relevante de los Tribunales *ad hoc*. No obstante, la obra realiza una aportación que va más allá del análisis de la jurisprudencia, al profundizar en los problemas prácticos que puede conllevar la calificación y determinación de los crímenes internacionales, siendo destacable la casuística planteada en relación con los crímenes de guerra. En este apartado, también el estudio del crimen de agresión posee singular importancia. Se pone de manifiesto su relevancia, en tanto que crimen de perfiles difusos tanto en su definición como en la determinación de la responsabilidad por la comisión del mismo. Pero, sobre todo, se

subraya la problemática existente respecto del papel protagónico que juega el Consejo de Seguridad en aras a su calificación.

En el ámbito de la Parte Segunda, la culminación del proceso de institucionalización en la Corte Penal Internacional tiene como punto de partida el Capítulo VI, que se dedica al análisis de las deficiencias del sistema tradicional de represión de las infracciones internacionales en manos de los tribunales nacionales. Resulta significativo lo que en la obra se llama el «sistema de imputación específica» o de «retipificación», es decir, la incorporación en los ordenamientos internos de las conductas punibles internacionalmente. En relación con dicha incorporación, la autora realiza un estudio comparativo entre las legislaciones de diferentes países, al tiempo que dirige su atención a los problemas que plantea la inclusión de dichas infracciones de carácter internacional en los ordenamientos internos, en concreto en el caso del ordenamiento español. Desde esta misma perspectiva, dinámica y práctica, esta obra dedica una gran atención a la problemática de la puesta en marcha del principio de jurisdicción universal, con especial referencia a Bélgica y, como no, a España. No obstante, esta visión práctica no deja de ser rigurosa científicamente, puesto que, al mismo tiempo, examina todas las condiciones que se han de dar para la aplicación de principio de jurisdicción universal y los crímenes respecto de los cuales éste se hace efectivo.

Como consecuencia lógica de las principales dificultades suscitadas por el intento de enjuiciamiento de los crímenes internacionales por parte de los tribunales nacionales aparecen los otros dos capítulos de esta Parte Segunda, enfocados hacia el papel de los tribunales internacionales en el marco de la represión, en tanto constituyen la expresión del proceso de institucionalización de la sanción. Como primer paso del proceso, tras los antecedentes de los Tribunales de Nüremberg y Tokio, se estudian los Tribunales *ad hoc* creados, siempre situándolos en el plano de dicho proceso. En consecuencia, se hace referencia especial al método elegido para su creación, y posteriormente, se concreta el modelo de justicia penal internacional diseñado en los Estatutos de los mencionados Tribunales, pero siempre en relación con las jurisdicciones internas, de modo que se establece el alcance de la concurrencia de los mismos con los tribunales nacionales, así como las obligaciones estatales respecto de dichos órganos judiciales internacionales. Los mismos aspectos son objeto de estudio en el caso del Tribunal Especial para Sierra Leona, un tribunal de carácter mixto, a caballo entre lo internacional y lo nacional, cuya concurrencia con los tribunales internos es preferencial.

Finalmente, la autora se centra en la Corte Penal Internacional, institución que se sitúa en la cúspide de este proceso, en tanto que jurisdicción internacional que aspira a ser universal. Así, la idea de una justicia penal internacional con pretensiones de universalidad que subyace a la tipificación de ciertos crímenes en el ordenamiento internacional se hace efectiva. No obstante, el estudio de este Tribunal es realizado de modo selectivo, en la misma línea de los tribunales anteriores, de modo que este último Capítulo se centra en su modo de creación, en algunos aspectos del ejercicio de su jurisdicción (fundamentalmente las condiciones previas a su ejercicio, su activación y su carácter complementario respecto de las jurisdicciones nacionales), en las líneas esenciales del proceso ante la Corte y en las obligaciones de los Estados Partes en el Estatuto de Roma, como tratado que establece dicha jurisdicción internacional. La obra realiza, así, un análisis de esta institución coherente con su hilo argumental, de manera que llega a conclusiones muy interesantes.

De hecho, la autora, consciente de que las conclusiones no constituyen el resumen de lo examinado en las páginas anteriores, las estructura en un orden inverso al que inspira el resto de la obra. Así, comienza desarrollando los avances de la institucionalización de la justicia penal internacional para finalmente abordar los logros que este proceso ha propiciado en el Derecho Internacional Penal, finalizando con una valoración bastante equilibrada de la contribución de España en este sentido. En definitiva, esta obra nos proporciona una visión lúcida y novedosa, desde la rigurosidad del análisis de una serie de fuentes de conocimiento, cuya lista es detallada y selectiva, y desde una línea de argumentación lógica. Por lo tanto, podemos concluir que en una Sociedad Internacional como la actual en la que, frente a grandes injusticias, la justicia penal internacional se está abriendo camino, habrá que tomar en consideración obras como ésta, útiles a la par que esclarecedoras.

Carmen Quesada Alcalá
Departamento de Derecho Internacional Público
Facultad de Derecho. UNED

2. NOTICIA DE LIBROS

NOTICIA DE LIBROS

Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández
Teniente Coronel Auditor

CANALS I AMETLLER, DOLORS. *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*. Editorial Comares. Granada. 2003. 353 Pags. Como empieza afirmando Esteve Pardo en el Prólogo de esta obra, el reparto de funciones entre los particulares y las instancias públicas es uno de los objetivos centrales del Derecho Público. Y este es, añado yo, un tema de relevante actualidad, porque son continuos y cada vez más acelerados los avances tecnológicos con incidencia inmediata en consumidores que demandan simultáneamente, del mercado, modernidad y, del Estado, seguridad. En el presente libro se describe la evolución del modelo tradicional de intervención directa de las Administraciones Públicas en el control de la técnica al nuevo sistema en manos principalmente de agentes privados, pasando por la fase intermedia del modelo de organización administrativa española configurado, desde mediados del siglo XIX y hasta hace pocas décadas, en torno a los Cuerpos Especiales de Funcionarios públicos integrados por ingenieros superiores. Sin embargo, con la complejidad tecnológica actual se ha consolidado un fenómeno de colaboración privada en el que las *Entidades colaboradoras de la Administración pública*, de naturaleza eminentemente privada, han ido asumiendo auténticas funciones que implican el ejercicio de autoridad por el conocimiento especializado que requiere la adopción de decisiones públicas en ámbitos afectados por la técnica. La cesión de esta *auctoritas* o poder de resolución vinculante, tradicionalmente reservado a las Administraciones públicas y a sus funcionarios, plantea cuestiones de gran calado jurídi-

co, como, entre otras, la configuración y naturaleza jurídica de estas entidades, el régimen de responsabilidad que les es aplicable como agentes privados de las Administraciones o el valor jurídico de sus actuaciones, que se abordan en este libro con un gran acervo jurídico dogmático y que resulta muy útil y sugerente para la adecuada confección de estudios posteriores sobre cada una de las cuestiones abordadas.

DOMINGO RAFAEL (Director). *Principios de Derecho Global*. Garrigues Cátedra (Universidad de Navarra)-Thomson Aranzadi. Cizur Menor. 2003. En las páginas de este libro se recogen muchos de los principios y aforismos jurídicos citados por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional, así como algunos empleados por los Tribunales Superiores de Justicia o, en sus Resoluciones, por la Dirección General de los Registros y del Notariado, sin que falten tampoco referencias a importantes sentencias de Tribunales internacionales. Por eso, se trata de una obra muy útil para propiciar la difusión y uso por los juristas de los grandes principios y reglas que, a su vez, conforman, sin duda, la base del necesario *lenguaje jurídico global* que exige la tan deseada internacionalización de la justicia y la consiguiente creación de más tribunales supranacionales e internacionales de justicia, aparte de los ya existentes de La Haya, Estrasburgo, Luxemburgo, etc. Se trata, en definitiva, de una obra de referencia para seguir la evolución de la tradición jurídica occidental y oriental enraizada en el Derecho Romano y de, por tanto, un magnífico instrumento para la formación de los nuevos *juristas globales* que la sociedad está demandando.

CHICHARRO LAZARO ALICIA. *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*. Aranzadi. Cizur Menor. 2001. Como es sabido, el recurso a este principio fue aceptado e incluso propiciado por aquellos países que, tras el Tratado de Maastricht, vieron con preocupación el aumento de las competencias comunitarias en materia de política social, cultura, educación, salud pública, etc. Pero tampoco hubo gran oposición de los países que no tenían tal preocupación. La razón que explica este hecho obedece a lo que se ha venido a denominar la *doble lectura* de este principio que, a su vez, es consecuencia de su ambigua naturaleza, a caballo entre lo político, lo jurídico y lo social. En efecto, el principio de subsidiariedad, como criterio de regulación del ejercicio de las competencias comunitarias en relación con las competencias estatales de carácter concurrente, presenta una doble vertiente: Una negativa que consiste en impedir la intervención comunitaria allí donde los Estados son capaces de

alcanzar los objetivos por si mismos y otra positiva o de habilitación, que faculta a la Comunidad para actuar cuando la acción estatal sea insuficiente y los objetivos puedan lograrse mejor a nivel comunitario. El mérito de esta obra estriba en el análisis de este principio y la extracción de las consecuencias de orden jurídico que tiene su expresa inclusión en el artículo 5 del TCE, superando así las posturas de quienes lo consideran solo como un principio político o un mero ejercicio de relaciones públicas sin que del mismo se desprenda ninguna obligación jurídicamente exigible.

3. RECENSIÓN DE REVISTAS

**Revista Argentina de Derecho Militar y Derecho Internacional
Humanitario N.º 2-2004, Nueva Serie**

La nueva etapa de la clásica Revista Argentina de Derecho Militar, una de las publicaciones jurídico-castrenses de mayor prestigio en su ámbito especializado, se caracteriza por su vinculación al mundo universitario y por el renovado interés por el Derecho Internacional Humanitario. Dirigida por la experta mano del General de Justicia Doctor D. Carlos H. Cerdá, de cuyas valiosas aportaciones se enorgullece nuestra Revista Española de Derecho Militar, ha incorporado a su Consejo Académico Asesor a conocidas personalidades del mundo académico argentino. No otro es el sentido del mensaje del Rector de la Universidad Austral Dr. Alejandro Consigli con motivo de la reaparición de la Revista Argentina de Derecho Militar y Derecho Internacional Humanitario, que encabeza el número que comentamos. Desde las páginas de nuestra Revista, hermanada desde antiguo con la publicación argentina, queremos dar la bienvenida y augurar una larga singladura a la nueva etapa de esta prestigiosa revista y felicitar a su Director por sus continuados esfuerzos y magisterio en la difusión e investigación de las materias que interesan al Derecho Militar y, en definitiva, a la defensa, paz y seguridad, entre las que se encuentra, en terminología del mismo Doctor Cerdá, el «Derecho Internacional de los Conflictos Armados» (DICA) o Derecho Internacional Humanitario (DIH).

El número dos de la Revista que recensionamos se abre, en su sección doctrinal, con un excelente artículo firmado conjuntamente por el General de Justicia Carlos H. Cerdá y el Capitán Auditor Alvaro Ribeiro Mendoza Lacour que lleva por título «*El Derecho Internacional Humanitario en la guerra de Irak*». El trabajo, cuya actualidad no necesita ser destacada, tiene por objeto verificar el nivel de observancia del DICA o DIH en el

reciente conflicto armado que se desarrolla en el Golfo Pérsico entre la coalición liderada por los Estados Unidos de América y la República de Irak. El análisis abarca temporalmente desde el inicio de las operaciones militares hasta la finalización de las «principales» operaciones bélicas. Después de explicar algunos conceptos fundamentales, como la distinción entre el «*ius ad bellum* y *ius in bello*», el artículo formula unas observaciones preliminares muy pertinentes sobre la aplicabilidad de las normas del DIH y la adhesión de las partes contendientes a determinados instrumentos internacionales aplicables como los Convenios de Ginebra, sus Protocolos Adicionales o el Convenio de La Haya de 1954 que protege los bienes culturales en caso de conflicto armado. La parte sustancial del estudio se concreta, a continuación en las operaciones militares y el grado de observancia del DIH. En primer lugar, se contempla el Derecho de La Haya (o Derecho de la Guerra «*strictu sensu*»), analizándose los principios de distinción y limitación, con pronunciamientos sobre la conducta de las Fuerzas de la Coalición y las Fuerzas de Irak. En esta materia es relevante la exposición del estatuto del combatiente, el reconocimiento del estatuto de personas civiles, periodistas en misión peligrosa y observancia de las pautas que integran el concepto de objetivo militar en la apropiación de blancos. El principio de limitación significa la prohibición de empleo de medios y procedimientos de combate que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, la prohibición de la perfidia y la limitación en la ejecución de las represalias. Finalmente se intenta verificar el respeto del estándar vigente de limitar el daño colateral (muertos, heridos y daños a bienes civiles) en la mayor medida compatible con el cumplimiento de la misión impuesta. El Derecho de Ginebra (o Derecho Humanitario «*strictu sensu*») se presenta a través de la protección de las cuatro categorías de víctimas de la guerra y de los bienes culturales. Así se aborda con precisión el tratamiento y protección de los heridos, enfermos y náufragos, prisioneros de guerra, poblaciones civiles, las garantías fundamentales de las personas en poder de una parte que no disfruten de un trato mas favorable y la protección de los bienes culturales y lugares de culto. No podía faltar una alusión a la actividad desplegada por el Comité Internacional de la Cruz Roja y su justa evaluación. En el comentario final se destaca la secuencia temporal del campo de la investigación, la escasez de la información disponible para el análisis de algunos hechos puntuales y el propósito de los autores de crear una cabal conciencia del debido respeto que merece el DIH. Aporta, añadimos nosotros, una decisiva contribución a la difusión del Derecho Internacional Humanitario.

En el mismo número de la Revista argentina se publica un interesante estudio histórico del Doctor Ezequiel Abásolo que lleva por título «*La transformación del derecho penal militar argentino ante la perspectiva histórica*», que se inicia con un examen del derecho penal militar español en el antiguo régimen y el derecho castrense aplicado en las Indias hasta llegar al primer derecho penal militar argentino (1810-1819), las normas penales vigentes en el tránsito de la República hacia su organización definitiva, la organización constitucional y los «cambios de mentalidad», la incorporación de novedades y alternativas de la codificación, ajustes en el derecho positivo, pretensiones reformistas y contrastes de mentalidad que caracterizaron sucesivas etapas hasta 1942. El autor califica el periodo 1943-1955 como el de transformación y remodificación del derecho penal militar en Argentina hasta llegar a la época contemporánea en la que se debe encarar una profunda reforma en la materia que «*consagre en sede castrense y para tiempos de paz un mecanismo de administración de justicia castrense auténticamente judicial, fundado en la plenitud de las garantías del debido proceso y en la necesaria preponderancia de los componentes letrados*».

Dentro de la sección doctrinal de la Revista, Patricio José Clousellas examina la evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado relativa a los daños sufridos, tanto en tiempo de paz como en guerra, por el personal militar y de las fuerzas de seguridad. «*La responsabilidad del funcionario militar*» es el sugerente título de un trabajo firmado por José Jorge Coviello, dedicado a los militares que murieron en Malvinas, que comienza con una introducción al Derecho Militar para estudiar seguidamente la disciplina militar y la relación jurídica militar como relación de especial sujeción. El derecho militar y el disciplinario militar son objeto de extensa atención en este artículo, destacando el autor los criterios de severidad y proporcionalidad en la aplicación de las sanciones, el control interno y jurisdiccional de las sanciones militares y la jurisdicción del honor, para terminar con la cita de los conocidos versos de Calderón de la Barca en los que describe la vida de un soldado.

El Teniente Coronel Auditor Ismael Fabián Torres aporta las pautas para una correcta elaboración de los dictámenes jurídicos, su naturaleza, contenido, procedencia, cuestiones excluidas y previas, el estilo, la independencia de criterio del auditor, personas que pueden pedirlo, cuestiones que se están dirimiendo en otro poder del Estado y conclusiones. Se ofrece así al lector una guía de gran utilidad práctica para el ejercicio de la función consultiva de los asesores jurídicos en el ámbito de las fuerzas armadas. La sección doctrinal de la revista finaliza con la publicación de otro

trabajo de Derecho Administrativo. Se trata del elaborado por Marcelo D. Gómez Escalante que lleva por título *«El acto administrativo y la orden del servicio. Sus alcances y recurribilidad por sus destinatarios integrantes de la administración pública. Diferencias conceptuales. Su vigencia en el medio castrense»*.

La sección de Jurisprudencia de la revista que comentamos reproduce el Dictámen del Procurador General de la Nación sobre la responsabilidad del Estado por daños sufridos por soldados conscriptos durante un conflicto bélico y pronunciamientos de la Cámara de Casación Penal y de la Cámara Nacional Federal en lo Civil y Comercial.

Particular interés reviste la publicación, en la sección de Documentos, de las Conclusiones de la Reunión de Expertos de Países Iberoamericanos celebrada en Madrid en octubre de 2003 sobre «El sistema de garantías Judiciales del Derecho Internacional Humanitario, con especial referencia a la jurisdicción militar». Reunión de Expertos en la que participó e intervino de forma muy relevante la delegación de Argentina presidida por el Contralmirante Auditor José Agustín Relly, Auditor General de las Fuerzas Armadas.

Por último, este número de la Revista Argentina de Derecho Militar y Derecho Internacional Humanitario reproduce el Mensaje del Presidente de la Comisión del Servicio de Justicia Militar, General Carlos H. Cerdá, con motivo de celebrarse el Día de la Justicia Militar de 2003 y las palabras del Jefe del Estado Mayor General del Ejército Teniente General Bendini, con las que se cierra esta importante y renacida publicación.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

4. NOTICIA DE REVISTAS

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

José Leandro Martínez-Cardos Ruiz
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO

A) Cuestiones administrativas; B) Cuestiones de derecho procesal; C) Cuestiones de derecho penal; D) Cuestiones de derecho internacional y humanitario de la guerra.

A) Cuestiones administrativas

En el número 17 de 2004 de *Actualidad Administrativa*, se inserta un comentario de jurisprudencia de interés sobre «Caducidad de procedimientos iniciados de oficio: contraste entre las Leyes 30/1992 y la 4/1999». Y en el número 18 de la misma revista, otro, también de interés, sobre «Responsabilidad patrimonial de la Administración por mal funcionamiento de los servicios de salvamento marítimo de personas».

«La relevancia de las sociedades de clasificación naval en la seguridad marítima», de Eliseo Sierra Noguero, publicado en la revista *Derecho de los Negocios*, número 169, octubre de 2004, aborda la cuestión de dicha clasificación a los efectos de la eventual responsabilidad patrimonial.

Alicia Cebada Romero publica en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, número 233, de octubre de 2004, sobre «Análisis jurídico de la práctica convencional de la Unión Europea. Cambios introducidos en el procedimiento convencional por el Tratado constitucional de la Unión Europea».

B) *Cuestiones de derecho procesal*

En la revista *Actualidad Penal*, número 18, de 2004, se inserta un artículo de José Luis Manzanares sobre «Técnica y estética de la sentencia penal».

C) *Cuestiones de derecho penal*

En la revista *Actualidad Penal*, número 10, de 2004 se publica un artículo de Rafael Alcácer Guirao sobre «Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico».

B) *Cuestiones de derecho internacional y humanitario*

En la *Harvard Law Review*, número 7, del volumen 114 se insertan cuatro trabajos, dirigidos por Helen Hershkoff, intitulados: «The promises of international prosecution»; «Fair trials and the role of international criminal defense»; «Defining protected groups under the genocide convention» y «Corporate liability for violations of international human rights law».

El número 95 del *American Journal of International Law* (enero de 2004), incluye diversos artículos publicados con ocasión del simposium celebrado sobre «Reconstrucción después de un conflicto civil». Payam Akhavan publica un artículo titulado «*Beyond impunity: Can International Criminal Justice prevent future atrocities*»; el de Lorna Mac Gregor tiene como rúbrica «*Individual Accountability in South Africa: Cultural optimum or potical facade?*». Los otros son los de Hansjörg Strohmeier («*Collapse and reconstruction of a judicial system? The United Nations Mission in Kosovo and East Timor*»); el de Jennifer Widner, «*Courts and democracy in postconflict transitions: a social scientist s perspective on the African Case*»; el de Michael J. Matheson, «*United Nations Governance of postconflict societies*»; el de Samuel H. Barnes, «*The Contribution of Democracy to Rebuilding postconflict societies*» y el de Allan Gerson, «*Peace building: The private sector s role*».

IV. INFORMACIÓN

1. CONVOCATORIA DEL PREMIO «JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDEO» 2005, DEL MINISTERIO DE DEFENSA

En el Boletín Oficial del Estado del día 26 de noviembre de 2004 se publicó la Convocatoria de los Premios Defensa 2005, entre los que se encuentra el Premio «*José Francisco de Querol y Lombardero*» que se concede anualmente a los artículos o estudios de investigación sobre aspectos jurídicos relacionados con el ámbito de la Defensa o de la Jurisdicción Militar, el Derecho Militar, los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

El premio consiste en una figura de bronce de Miguel de Cervantes y cinco mil quinientos euros.

El premio fue creado en el año 2003, a iniciativa del Consejo de Redacción y Consejo Editorial de la Revista Española de Derecho Militar para recordar la memoria del General Consejero Togado y Magistrado del Tribunal Supremo J.F. de Querol y Lombardero, quien, tras una trayectoria ejemplar, falleció en atentado terrorista.

El pasado año fue concedido el Premio al Profesor Doctor D. Jorge Pueyo Losa, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela por su trabajo «Derechos Humanos, crímenes de guerra y globalización de la Justicia», que fue publicado posteriormente en el número 83 de nuestra Revista.

Es de esperar que los trabajos que se presenten a esta segunda edición del Premio, sobre diversas materias jurídicas, reúnan la calidad científica y relevante aportación doctrinal de los concurrentes a la edición anterior, algunos de los cuales se publican en el presente número de nuestra revista.

2. INGRESO DEL GENERAL AUDITOR ROJAS CARO EN LA REAL ACADEMIA SEVILLANA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Con gran satisfacción damos cuenta del ingreso del General Auditor Doctor D. José Rojas Caro, miembro del Consejo de Redacción de la Revista Española de Derecho Militar, en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia. El General Rojas Caro, como afirmó en su discurso de contestación en la Academia el también académico D. Mariano Monzón y de Aragón, realizó una relevante carrera en el Cuerpo Jurídico Militar que culminó desempeñando el cargo de Vocal Togado del Tribunal Militar Central. Por otra parte son bien conocidos sus destacadas aportaciones al Derecho Militar, como sus libros «Derecho Disciplinario Militar» y «Derecho Penal y Procesal Militar», sus numerosos artículos monográficos publicados en los «Comentarios a la Legislación Penal», en los «Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas», en los Cuadernos de Derecho Judicial o en numerosas revistas jurídicas, entre las que se encuentra la Revista Española de Derecho Militar.

El día 14 de noviembre de 2004, el nuevo académico leyó en Sevilla su Discurso de recepción pública sobre «*La Corte Penal Internacional. Su configuración jurídica, principios inspiradores y riesgos que amenazan a la institución*».

Desde estas páginas queremos felicitar al nuevo académico y la propia Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia por el acierto de haber incorporado a un jurista de reconocido prestigio y ejemplar trayectoria humana y profesional.

3. EDICIÓN DE LA «REVISTA JURÍDICA MILITAR. REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO MILITAR»

En el mes de octubre del año 2004 se publicó el número 1 de la «*Revista Jurídica Militar*, Revista electrónica de Derecho Militar para profesionales, que ya alcanzado en estos momentos el número 5, por su secuencia mensual. Dirigida por el Magistrado José Alberto Fernández Rodera, procedente del Cuerpo Jurídico de la Armada y elaborada por un equipo de especialistas muy cualificados (muchos de ellos miembros del Cuerpo Jurídico Militar) pretende abordar la «*poliédrica naturaleza del Derecho Militar con la agilidad inherente a la red y sin descuidar las aportaciones doctrinales que pudieran ser de interés*».

A este bien conseguido propósito obedece la distribución de las diversas secciones de la Revista, donde se da cuenta y se comentan con la brevedad requerida por el medio electrónico la legislación que interesa al Ministerio de Defensa o a la Guardia Civil, la jurisprudencia militar (Sala Quinta del Tribunal Supremo, Tribunal Militar Central o Tribunales Militares Territoriales), civil, contencioso-administrativa, constitucional o laboral, los instrumentos convencionales de derecho Internacional o noticias internacionales relacionadas con las operaciones de paz, las decisiones de las instituciones europeas publicadas en el DOCE (Diario Oficial de las Comunidades Europeas), la legislación y jurisprudencia marítima y aeronáutica, la materia específica de la contratación pública en el ámbito del Ministerio de Defensa, la bibliografía (que comprende libros y revistas profesionales), la convocatoria de los Premios de Defensa, los instrumentos de cooperación con Estados extranjeros, o incluso determinadas noticias de prensa que se juzgan de interés para los suscriptores. Se cuida asimismo la información relativa

a los Países iberoamericanos en relación con los temas de defensa e interior.

Al dar la bienvenida a esta revista periódica, celebramos el nacimiento de una moderna publicación destinada a colmar un vacío evidente en la bibliografía jurídica especializada y deseamos a sus redactores que se cumpla su objetivo de servir como útil instrumento a los profesionales del Derecho Militar.

4. REUNIÓN EN MADRID DE LA ASOCIACIÓN DE JUSTICIAS MILITARES

Entre los días 22 y 25 de noviembre de 2004, tuvo lugar en la Sede del Tribunal Militar Central, la reunión del Consejo de Administración de la Asociación Internacional de Justicias Militares (AIJM).

Esta Asociación fue creada el 2 de diciembre de 2003 en Brasil, concretamente en la ciudad de Florianópolis, Estado de Santa Catarina. En el acto fundacional participaron dos representantes españoles, concretamente el General Consejero Togado Don Ángel García Belda, presidente del Tribunal Militar Central y el General Auditor Don Francisco Javier Mata Tejada, Vocal Togado del citado Tribunal. Además de la representación española, en el acto fundacional participaron destacados representantes de la Justicia Militar en Uruguay, Chile, África del Sur, Estados Unidos, Francia y Angola, además de numerosos representantes de Brasil, país anfitrión y promotor de la idea, siendo elegido presidente por unanimidad el Juez Auditor del Estado de Santa Catarina D. Getúlio Correa. El origen de la Asociación hay que buscarlo en el primer encuentro internacional de Derecho Humanitario y Derecho Militar celebrado en Brasilia en el año 2000. Fruto de aquel encuentro en el que participaron 11 países fue el propósito de crear una Asociación Internacional de Justicias Militares, cuyo principal objetivo, según se desprende de sus Estatutos, es el desarrollo de actividades destinadas al estudio del Derecho Penal Militar, Derecho Procesal o Judicial Militar Comparado de los países participantes en la AIJM.

Hasta ahora la Asociación Internacional de Justicias Militares, ha concretado sus objetivos en la publicación del primer número, en noviembre de 2004, de la Revista *Humanitas et Militaris*, de periodicidad anual, redactada en inglés, portugués y español. En este primer número a cargo

de reconocidos expertos nacionales, se ofrece una síntesis general de los distintos sistemas de Justicia Militar en Sudáfrica, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Eslovaquia, España, Estados Unidos, Francia, Hungría y Uruguay. En la reunión del Consejo de Administración celebrada en Madrid, se definió un programa para la difusión de la Asociación a nuevos países y la captación de socios, así como las primeras actuaciones para la celebración de un próximo congreso que probablemente, a falta de confirmación, tendrá lugar en Chile o Sudáfrica. Todos aquellos que estén interesados en una información adicional, en hacerse miembros de la asociación o suscribirse a la Revista, podrían dirigirse al General Auditor Don Francisco Javier Mata Tejada, Vocal Togado del Tribunal Militar Central, que por otra parte ejerce el cargo de Consejero financiero de la Asociación.

Carlos Eymar Alonso

5. INFORMACION DE LA ESCUELA MILITAR DE ESTUDIOS JURIDICOS

Durante el segundo semestre del año 2004, la actividad docente de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos se desarrolló conforme a la programación previamente aprobada con la única excepción del Curso sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común cuya celebración estaba prevista para la tercera semana del mes de noviembre y que hubo de suspenderse por falta de presupuesto.

De entre los distintos Cursos impartidos en dicho periodo (Derecho Disciplinario para Suboficiales, Cursos de especialización en Derecho Penal Militar, Derecho Internacional Militar y Derecho Administrativo Militar, Curso de Capacitación para ascenso a Comandante Auditor y Jornadas de Contratación Pública en el ámbito de la Administración Militar) son de resaltar las Jornadas que acaban de citarse y los Diplomas del Cuerpo.

En lo que concierne a las Jornadas sobre Contratación Administrativa en el ámbito militar, promovidas por el Asesor Jurídico General, han sido éstas las primeras celebradas en la Escuela, con la finalidad de que los concurrentes, prioritariamente personal destinado en las Asesorías Jurídicas que habitualmente despachen asuntos de contratación o presten asesoramiento a órganos de contratación de la Administración Militar, puedan profundizar y actualizar conocimientos e intercambiar experiencias en el ejercicio de su respectiva función asesora en el indicado ámbito, así como delimitar y analizar aquellas cuestiones sobre las que se planteen dudas de cual haya de ser su adecuado tratamiento, e incluso mas, seleccionar los temas que están siendo objeto de diferente consideración e informe por las distintas Asesorías a fin de que la Asesoría General pueda examinar dete-

nidamente estas cuestiones y determinar la actuación a seguir en cada caso con unidad de criterio.

La participación de los concurrentes en los debates que se abrieron a raíz de las exposiciones de las diferentes Ponencias, fue plural e intensísima, lo que permitió extraer unas interesantes conclusiones, primero particulares sobre cada tema abordado y luego las generales de las Jornadas que fueron adelantadas en el propio acto de clausura al Asesor General, para, con posterioridad, ser formalmente trasladadas a éste.

La opinión común ha sido que la experiencia ha resultado muy fructífera por lo que la repetición de las Jornadas de mérito está prevista en la Programación de los Cursos del año 2005.

Y por lo que respecta a los Diplomas, ha de resaltarse el gran interés que su obtención ha despertado entre los miembros del Cuerpo y que ha podido constatarse con el notable incremento del número de peticionarios para la realización de los oportunos Cursos de especialización, siendo igualmente reseñable el elevado nivel de preparación del temario correspondiente que han demostrado los concurrentes al examen según sentir explícito de los Tribunales designados para la selección de los aspirantes, lo que redundará en beneficio y prestigio de los Diplomas en cuestión, y, en suma, del propio Cuerpo Jurídico Militar.

6. XXXIII JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO AERONÁUTICO Y DEL ESPACIO Y DE LA AVIACIÓN COMERCIAL (Lima 20, 21 y 22, octubre, 2004)

En la ciudad de Lima, República de Perú, con el irresistible atractivo de Machu-Picchu, tuvieron su sede las XXXIII Jornadas, que, con su reunión del Consejo Directivo y Asamblea General, celebró el Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, asociación de expertos aeronáuticos, (técnicos, pilotos y mayoritariamente juristas) que obtuvo el calificativo de Organo Consultivo de Naciones Unidas.

Hace 20 años vuelve Perú a acoger al Instituto que realizó en Lima, también, sus XV Jornadas.

Las Jornadas, amén de los actos sociales oportunos, tuvieron lugar en la céntrica Pontificia Universidad Católica de Perú, y organizadas por la Comisión peruana del Instituto, encabezada por nuestro asociado Julio Ferradas Platas, asistido de otros eficaces asociados peruanos, con la consideración de los siguientes temas:

Primera sesión de trabajo:

«Problemas actuales de seguridad de las aeronaves en vuelo: Agentes de seguridad a bordo e indisciplina de pasajeros»

Ponencia de los doctores Sigfredo D. Blauzwirn y Aníbal Horacio Mutti.

Inició su exposición el Dr. Mutti (Argentina) generalizando ya que el hombre no es apto para volar no se puede volar sin riesgo, de ahí que la seguridad en la aviación constituya su esencia y el objetivo principal del

derecho aeronáutico. Se trata de volar con el menor riesgo posible (aeronave, aeropuertos, rutas, pilotos, etc.) y prever, prevenir y evitar los riesgos exógenos a la propia actividad aeronáutica (interferencia ilícita, piratería aérea, terrorismo, ...).

En la legítima defensa estatal para asegurar la seguridad aérea encuadra las facultades del comandante de la aeronave para reforzarla en determinados aspectos; la intervención de agentes de seguridad a bordo; la restricción a los derechos de los pasajeros; las medidas a adoptar en el traslado de delincuentes, etc.

Concluyó exponiendo las instrucciones de OACI al respecto y a imposición USA de agentes de seguridad a bordo de aeronaves.

El Dr. Blauzwrin (Argentina) se extendió en una exposición doctrinal sobre el delito, y el delito aeronáutico, con abundante cita de los más afamados penalistas, al igual que acerca de los criterios y competencias de los Estados, según los diversos tratados internacionales en materia penal aeronáutica.

Detalló casos de gamberrismo a bordo de aeronaves, peleas entre pasajeros, enfrentamientos entre pasajeros y tripulantes, así como las medidas adoptadas por diversas compañías de aviación.

Comunicaciones, que por razón de espacio no puedo ni siquiera resumir, fueron presentadas por las Doctoras Presto y Gaggero (Uruguay), Alba Marina Indrigo (Argentina), Marilyn Flórez (Perú), Marina Donato (Argentina), Mercedes Esquivel (Argentina) y los Doctores Jorge Alarcón (Perú), Miguel Angel Cejas (Argentina), Noel N. Rodríguez Senese (Argentina) y Barceló (España).

Intervenciones, muy interesantes, de los Doctores Mapelli (España), Cosentino (Argentina), Doctora Capaldo (Argentina), Doctor Ferrer (Argentina) y el Comandante Piloto Barsen García-López (España).

Segunda sesión de trabajo:

«Aspectos jurídicos y económicos de la privatización de aeropuertos».

Ponencia de los doctores Julio Ferradas Platas y Patricia Siles Alvarez. Panel: Doctor Eduardo Flores del Castillo y Señor Alejandro Chang Chiang.

Nuevamente se trata en este Foro (lo fue en las Jornadas que tuvieron lugar en Málaga) el tema de la privatización de aeropuertos, que centró magistralmente el Ponente Doctor Ferradas Platas (Perú), con su amplia

experiencia iberoamericana y pleno conocedor de la situación peruana actual.

Ciertos aspectos detallados de las incidencias económicas, en general, en la situación del aeropuerto estatal y en la pretendida privatización, es expuesta con altos conocimientos por la Doctora Siles (Perú).

La intervención, no incluida en el Panel, de Doña Elda Bravo (Perú) los aspectos económicos del tema, del que demostró su excelencia de conocimientos.

Don Alejandro Chang (Perú) y el Doctor Flores (Perú) nos mostraron no una opinión oficial u oficialista, sino los criterios empresariales y de usuarios al respecto.

Comunicaciones. No se presentaron.

Intervenciones de múltiples miembros del Instituto Iberoamericano: Doctores Blauzwirn (Argentina), Regales (España), Rosovsky (México), Mutti (Argentina), Barsen García-López (España), Mapelli (España), Palacín (Perú), González Castro (Honduras) y nuestro Presidente, Aparicio (España).

Tercera sesión de trabajo:

«Valor como prueba de los mapas digitales obtenidos por satélites de observación de la tierra».

Ponente: Doctora María del Angel Iglesias de la Universidad Complutense de Madrid.

La Dra. Iglesias (España), brillante Profesora universitaria, de pujante actividad científica, expuso el tema, de inusitada novedad y en conexión más con el Derecho Espacial que con el Derecho Aeronáutico.

Con una explicación sencilla y plenamente inteligible de los mecanismos técnicos de la tecnología de la obtención de mapas desde satélites, desgranó el tratamiento jurídico-procesal del mapa obtenido vía satélite.

Comunicaciones, se efectuaron por Doña Adela Rodríguez (Uruguay), Dr. Miguel A. Cejas (Argentina), Dr. Carlos López (España), Dr. Francisco Marín Castán (España) y Luis B. Alvarez Roldán (España).

Intervenciones, los imperativos horarios y tal vez la claridad del tema expuesto, hicieron éstas breves y escasas.

La conclusión de la parte de trabajo doctrinal se efectuó seguidamente, aprobándose las siguientes

CONCLUSIONES

Primera sesión de trabajo

«Problemas actuales de seguridad de las aeronaves en vuelo: Agentes de seguridad a bordo e indisciplina de pasajeros»

Ponentes: Doctores Sigfredo A. Blauzwrn y Aníbal Horacio Mutti (Argentina)

CONCLUSIONES

AGENTES DE SEGURIDAD A BORDO

Primera.—La utilización de agentes de seguridad a bordo de aeronaves civiles debe ser objeto de una regulación que garantice su capacitación y eficiencia, de manera tal que contribuya a preservar la seguridad a bordo de aeronaves civiles.

Segunda.—En los vuelos internacionales, la presencia a bordo de agentes de seguridad solo puede ser autorizada mediante acuerdo previo entre los Estados vinculados a dichas operaciones.

Tercera.—La introducción de armas en aeronaves civiles, ya sea en forma legal o ilegal, constituye un grave riesgo a la operación aérea y debiera ser evitada.

PASAJEROS INDISCIPLINADOS. PERTURBADORES.

Primera.—Debería asegurarse la aplicación de la Ley del Estado de pabellón o del Estado del explotador en los casos de delitos o contravenciones que han tenido lugar en aeronaves civiles que cumplen servicios internacionales

Segunda.—Para el caso de delitos deberá tenerse en cuenta las reglas del Convenio de Tokio de 1963 y los principios consuetudinarios del Derecho Penal (nulla poena sine lege) Ley anterior al hecho, en vigencia: irretroactividad de la Ley Penal y la debida subsunción de los hechos en el tipo penal pertinente

Tercera.—En el caso de contravenciones ocurridas a bordo se deberá propiciar que los Estados puedan establecer, mediante acuerdos internacionales, la prorrogación de su competencia a favor de otro Estado, a fin de preservar la jurisdicción para poder sancionar al pasajero indisciplinado.

Cuarta.—Con el propósito de brindar adecuada certeza jurídica al problema, sería conveniente revisar las disposiciones del artículo 17 del Convenio de Montreal de 1999, (idem art. 17 del Convenio de Varsovia 1929), definiendo el hecho señalado en el texto como «accidente», a fin de contar con un elemento esencial para resolver las cuestiones de responsabili-

dad del transportista aeronáutico. Con objeto de evitar equívocos con el concepto «accidente» del Anexo 13 del Convenio de Chicago, sería conveniente cambiar esta palabra en los convenios referidos anteriormente.

Segunda sesión de trabajo

«Aspectos jurídicos y económicos de la privatización de aeropuertos»

Ponentes Doctores Julio Ferradas Platas y Patricia Siles Alvarez (Perú).

CONCLUSIONES

Primera.—Es importante la promoción de la inversión privada en los aeropuertos bajo el esquema de «participaciones público privadas» (P.P.P.) entre el Estado y operadores de primer nivel internacional.

Segunda.—Los Estados deben preocuparse de revisar permanentemente los contratos de concesión de los aeropuertos, de forma tal que se mantenga primordialmente la infraestructura aeronáutica y la seguridad más adecuada a los factores económico-financieros.

Tercera sesión de trabajo

«Valor como prueba de los mapas digitales obtenidos por satélite de observación de la tierra»

Ponente: Doctora María del Angel Iglesias (España)

CONCLUSIONES

Primera.—La necesidad por parte del jurista del recurso al experto, al científico o técnico, para la interpretación de los mapas digitales satelitales, a fin de llegar a una conclusión sobre su valor como prueba eficaz en los procesos, tanto internacionales como nacionales.

Segunda.—Las imágenes satelitales poseen una naturaleza que no se ajusta a los medios de prueba clásicos: no es ni documental propiamente dicha, ni pericial en la dimensión que conocemos.. Tendría en todo caso una naturaleza mixta, documental-pericial, en definitiva un «tertium genus».

Tercera.—El mapa digitalizado reproducido en papel u otro medio, soporte informático o diapositiva, ha de ir acompañado de un Informe anexo que se muestra indispensable para el buen conocimiento por el juez

de los hechos alegados que debe contener como elementos mínimos: a) Datos «extrínsecos», tales como fecha, modo de reproducción, autor del mismo: por quién, cómo y cuándo se ha realizado; b) Datos «intrínsecos»: explicación de los hechos a probar evitando tecnicismos de difícil comprensión, información suficiente, breve, concreta, objetiva y detallada de los mismos.

Cuarta.—Para coadyuvar a la comprensión de los datos técnicos aportados al proceso ha de ponerse a disposición de la Corte una relación de expertos especialmente cualificados que, pudiendo realizar labores periciales y ofreciendo garantías de independencia y seriedad, a fin de abundar en la idea de neutralidad, sean de nacionalidades diversas.

Quinta.—El juzgador, aún moviéndose dentro de los parámetros axiológicos usuales, ha de prestar la adecuada atención a las conclusiones que expresen estos dictámenes y pruebas científicas, pero respetándose, como no puede ser de otro modo, su libertad a la hora de valorar el conjunto de las pruebas aportadas al litigio; en definitiva haciendo valer el fundamental principio procesal de la libre valoración de la prueba.

L.B.A.R.