

**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

87 *ENERO
JUNIO
2006*

MADRID

Edita:



NIPO: 076-06-110-7

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares

Fecha de cierre: junio 2006

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

NIPO: 076-06-109-4 (edición en línea)



**ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 87
ENERO-JUNIO 2006**

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

- Resumen de contenidos. Table of contents 13
- Fernando López Ramón, «La evolución democrática de la Defensa nacional», Premio «J. F. de Querol y Lombardero» del Ministerio de Defensa 17
- Alicia Gil Gil, «Jurisdicción de los Tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra», Premio «J. F. de Querol y Lombardero del Ministerio de Defensa 55
- Eduardo Montull Lavilla, «Hacia la independencia, jurídicamente garantizada, del Ministerio Fiscal en el cumplimiento de las misiones y funciones que le encomienda la Constitución de 1978» 89
- Ramón Ferrer Barquero, «Los delitos contra la Administración de la Justicia Militar. Reflexiones sobre el bien jurídico y problemas concursales» 117

2. NOTAS

- Juan Pozo Vilches, «La nueva regulación de los convenios de colaboración interadministrativos» 163
- José María Magán Perales, «El reservista voluntario. Una nueva (y oportuna) figura jurídica para permitir la ósmosis entre el ejército y la sociedad civil» 177
- «Breve reseña histórica del Derecho Penal Militar Mexicano». Renato de J. Bermúdez F. 231

II. TEXTOS

1. LEGISLACIÓN

- Por María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera 261

2. JURISPRUDENCIA

- Constitucional. Por Luis B. Álvarez Roldán 267
- Contencioso-administrativa. Por Eva Bru Peral 289

3. DOCUMENTACIÓN

- Dictamen de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas 315
- Doctrina Legal del Consejo de Estado. Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz 235
- Estados Partes en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario. Por el Centro de Estudios de DIH de la Cruz Roja Española 335

III. BIBLIOGRAFÍA

1. RECENSIÓN DE LIBROS

- Fabio Pascua Mateo, «Fuerzas Armadas y derechos políticos», por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto 351
- Carmen Quesada Alcalá, «La Corte Penal Internacional y la soberanía del Estado» por M. I. Lirola Delgado y M. Martín Martínez 357
- Fabián Raimondo, «Corte Internacional de Justicia, derecho internacional humanitario y crimen internacional de genocidio», por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto 361
- F. J. de Ahumada Ramos, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: Lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos», por Juan Carlos González Barral 363

2. NOTICIA DE LIBROS

- Por Emilio Fernández Piñeyro y Hernández 371

3. RECENSIÓN DE REVISTAS

- Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz 377

IV. INFORMACIÓN

— 1. Premios «José F. de Querol y Lombardero», 2006	381
— 2. XXIX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 20 y 21 de junio de 2006	383
— 3. Primer Certamen de Investigación ISFAS 2006/7	385
— 4. Nota sobre el XVII Congreso Internacional de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra	387
— 5. Información de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos	393

NOTA DE LA REDACCIÓN. Por Acuerdo del Consejo de Redacción de la Revista se comunica que quienes presenten trabajos (Estudios o Notas) para su publicación en la REDEM deberán acompañar a los mismos un resumen en idioma español y un *abstract* (en idioma inglés), con una extensión máxima de diez líneas.

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

RESUMEN DE CONTENIDOS. TABLE OF CONTENTS

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN. THE DEMOCRATIC DEVELOPMENT (EVOLUTION) OF THE NATIONAL DEFENCE

The aim of this study is to identify the changes suffered by the National Defence regulation in Spain under the constitutional system of 1978 in order to achieve a better comprehension of the applicable rules concerning this issue. The sources of study are legal texts, parliamentary discussions and legal doctrine. To this end it is necessary to highlight the context and the general meaning of the rules that have been followed throughout time, the extension of the context of the National Defence, the national mobilization system, the new functions of the Armed Forces, the different types of National Defence political organization, the parliamentary control mechanisms and the applicability of the «Royal Regulations of the Armed Forces».

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN. LA EVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA DE LA DEFENSA NACIONAL

El objeto de este estudio consiste en identificar los cambios experimentados en la regulación de la Defensa Nacional en España bajo el sistema constitucional de 1978, para permitir una mejor comprensión del régimen vigente en la materia. Fuentes del estudio son los textos legales, los debates parlamentarios y la doctrina jurídica. A tal fin se ponen de relieve el contexto y el significado general de las normas sucedidas en el tiempo, la ampliación del ámbito de la Defensa Nacional, el sistema de movilización nacional, las nuevas funciones de las Fuerzas Armadas, los diversos modelos de organización política de la Defensa Nacional, los mecanismos de control parlamentario y la vigencia de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

ALICIA GIL GIL. JURISDICTION OF THE SPANISH COURTS WITH RESPECT TO (OVER) THE CRIME OF GENOCIDE, CRIMES AGAINST HUMANITY AND WAR CRIMES»

The object of the article is to study the criteria of jurisdictional allocation of the Spanish Courts, civil or military, for the prosecution of international crimes. In the first part, puts forward the trajectory and current situation of commenced trials with respect to international crimes in our country is put forward. The second part, studies the principles of application of the Spanish law in general, its legal regulation and the limits fixed in relation to the principle of universal justice, stating, immediately after, which of them are applicable to international crimes. At the end, it analyzes other limitations that derive from the penal or procedural nature of the rules on jurisdiction or the principle of opportunity.

ALICIA GIL GIL. JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES SOBRE GENOCIDIO, CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y CRÍMENES DE GUERRA

El artículo tiene por objeto el estudio de los criterios de asignación de jurisdicción de los tribunales españoles, civiles y militares, para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. En la primera parte se expone la trayectoria y situación actual de los juicios iniciados en nuestro país por crímenes internacionales. En la segunda parte se estudian los principios de aplicación de la ley penal española en general, su regulación legal y los límites establecidos en relación con el principio de justicia universal, para seguidamente pronunciarse sobre cuáles resultan aplicables a los crímenes internacionales. Por último se analizan otras limitaciones derivadas de la naturaleza penal o procesal de las normas sobre jurisdicción o el principio de oportunidad.

EDUARDO MONTULL LAVILLA. «TOWARDS THE INDEPENDENCE, LEGALLY (JURIDICALLY) GUARANTEED, OF THE OFFICE OF THE PROSECUTOR IN THE PERFORMANCE OF THE FUNCTIONS AND IN THE EXERCISE OF THE DUTIES ASSIGNED (CONFERRED) BY THE SPANISH CONSTITUTION

The study begins with an introduction that is useful to place the matter in its current legal, socio-political and economic aspects, placing the issue within its constitutional framework. After that, a doctrinal thesis on the legal cataloguing of the Office of the Prosecutor is presented, and its

legal inclusion into one or the other of the State's capacities or functions. Specifically, inside the judiciary (court system), in the executive, positions of mixed nature or opinion of parliamentary groups or national bodies. It also includes the study from the Office of the Prosecutor in the context of the «State agreement for the amendment of Justice», eventually reaching an argument that the author considers the most appropriate, and in objective terms, in relation to the current legal system. For that, it analyzes divergences and coincidences between the Prosecutor's Career and the Judicial Career that lead to conclusions, followed by extensive final considerations.

EDUARDO MONTULL LAVILLA, «HACIA LA INDEPENDENCIA, JURÍDICAMENTE GARANTIZADA, DEL MINISTERIO FISCAL EN EL CUMPLIMIENTO DE LA MISIÓN Y EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES QUE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA LE ASIGNA»

El estudio comienza con una introducción que sirve para insertar la materia en la actual problemática legal, sociopolítica y económica, planteando la cuestión dentro de su enmarque constitucional. Seguidamente, se exponen las tesis doctrinales sobre la catalogación jurídica del Ministerio Fiscal y su incardinación legal en uno u otro de los poderes o funciones del Estado. En concreto, dentro del poder judicial, en el poder ejecutivo, posiciones de carácter mixto o parecer de Grupos Parlamentarios y órganos estatales. Se añade el estudio del Ministerio Fiscal en el «Pacto de Estado para la reforma de la Justicia» hasta llegar al criterio que el autor considera más acorde, en términos objetivos, con el Derecho positivo vigente. Para ello se analizan las divergencias y coincidencias entre las Carreras Fiscal y Judicial que conducen a las conclusiones del trabajo, seguidas de unas extensas consideraciones finales.

RAMÓN FERRER BARQUERO. «CRIMES AGAINST THE MILITARY JUSTICE ADMINISTRATION. REFLECTIONS ON LEGAL RIGHT AND CONCURRENCE PROBLEMS»

The author describes the concept of Military Justice Administration as subject of protection against these crimes and criticizes the lack of some criminal categories, categorising defects included in Military criminal law and also defends the removal of others. Therefore, a new definition of military crimes is proposed, along with a coordination job between the Criminal Code and the Military criminal law, by eliminating crimes against the

Military Justice Administration from its special part. In order to do that, it would be enough, in the author's opinion, to modify article 16 of the Organic Law of Competence and Organization of the Military Jurisdiction in order to confer them jurisdictional authority to judge crimes against Military Justice Administration.

RAMÓN FERRER BARQUERO. «LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR. REFLEXIONES SOBRE EL BIEN JURÍDICO Y PROBLEMAS CONCURSALES»

Concreta el autor el concepto de Administración de Justicia Militar como objeto de tutela en estos delitos y critica la falta de algunas figuras delictivas, los efectos de tipicidad en algunas de las contenidas en el Código Penal Militar y propugna la supresión de otras. En consecuencia, se propone una definición novedosa de los delitos militares, junto a una labor de coordinación entre el Código Penal y el Código Penal Militar, eliminando de su parte especial –entre otros– los Delitos contra la Administración de Justicia Militar. Para ello bastaría, en opinión del autor, la modificación del artículo 16 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar para atribuirle la competencia para enjuiciar los citados delitos contra la Administración de la Justicia Militar

(TRADUCCIÓN: ÁFRICA HERRERA ALONSO)

LA EVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA DE LA DEFENSA NACIONAL*

Fernando López Ramón
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO

1.- Significado general de las sucesivas leyes de la defensa nacional. 2.- La ampliación del ámbito de la defensa nacional. 3.- Las incógnitas en materia de movilización nacional. 4.- Las nuevas misiones de las Fuerzas Armadas. 5.- La organización política de la defensa nacional. 6.- El control parlamentario en materia de defensa nacional. 7.- La problemática continuidad de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

El objeto de este trabajo consiste en identificar los cambios experimentados en la regulación de la defensa nacional en España bajo el sistema constitucional de 1978, a fin de permitir una mejor comprensión del régimen vigente en la materia. Fuentes del estudio son los textos legales, los debates parlamentarios y la doctrina jurídica.

A tal fin, interesa, en primer lugar, poner de relieve el contexto y significado general de las normas sucedidas en el tiempo, como punto de partida para la identificación de las cuestiones que parecen más problemáticas en materia de defensa nacional; en segundo término, relacionar los datos que demuestran la ampliación del ámbito de la defensa nacional a lo largo de este período; tercero, un especial estudio sobre la delicada cues-

* Premio «José Francisco de Querol y Lombardero» 2006.

ción de la viabilidad del sistema de movilización nacional a la luz de los parámetros constitucionales; en cuarto lugar, analizar el alcance de las nuevas funciones de las Fuerzas Armadas; quinto, comparar los diversos modelos de organización política de la defensa nacional generados en el período propuesto; en sexto lugar, identificar el alcance de los mecanismos de control parlamentario en materia de defensa nacional; y, por último, en séptimo lugar, exponer los problemas que suscita la vigencia de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. Comenzamos.

1. SIGNIFICADO GENERAL DE LAS SUCESIVAS LEYES DE LA DEFENSA NACIONAL

Tres regulaciones ha merecido la defensa nacional después de la Constitución de 1978. La primera se contuvo en la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, que ha de ubicarse entre las iniciales reformas democráticas de la organización militar. La segunda se produjo por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, que reformó los preceptos de la Ley anterior referidos a la organización política y militar de la defensa a fin de reforzar el control del ejecutivo sobre las Fuerzas Armadas. La tercera se ha llevado a cabo en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, que deroga completamente las anteriores y establece un nuevo régimen de la materia, incorporando la realización de nuevas funciones por las Fuerzas Armadas.

En realidad, ha de resaltarse que los contenidos de esas tres leyes no difieren excesivamente entre sí, observándose una clara continuidad normativa. Afortunadamente, pues todas las políticas públicas, incluida la de defensa, resisten mal los cambios radicales de sus fundamentos. Al igual que sucede en los grandes edificios, cualquier intervención sobre los cimientos y pilares se muestra problemática. Las novedades de la reforma de 1984 y de la Ley de 2005 continúan, así, las líneas maestras de la Ley de 1980, introduciendo modificaciones que en ningún caso alteran las bases del sistema democrático de la defensa nacional iniciado por la Constitución de 1978.

La defensa nacional es objeto de un acabado diseño constitucional, a través de una serie de principios que pueden ser identificados partiendo de las referencias a las Fuerzas Armadas, metodología justificada por el esencial papel que a éstas corresponde en la defensa nacional. El punto de partida lógico se encuentra en el principio del ejército permanente esta-

tal, concebido como una organización necesaria vinculada al monopolio estatal de la violencia, según demuestran los artículos 8.1 y 149.1.4.^a de la Constitución. Después, el principio de separación entre las autoridades civiles y militares propugna la distinción entre la organización civil y la militar, como cabe deducir de los artículos 8.2 y 97 de la Constitución. En inmediata conexión, surge el principio de subordinación de la autoridad militar a la civil, reflejado en el citado artículo 97 de la Constitución y cuya más acabada recepción se encuentra en la caracterización de las Fuerzas Armadas como parte de la Administración del Estado. Sobre la base firme que representan los anteriores principios para la identificación de un verdadero Estado de Derecho, se desarrollan en la misma Constitución el principio de dependencia del ejecutivo (artículos 62.h y 97), el principio defensivo (artículo 8.1), el principio de juridicidad (artículos 8.2 y 117.5) y el principio de la estricta disciplina militar (artículos 25.3, 26, 28.1 y 29.2), que completan la arquitectura constitucional de la defensa nacional (1).

Dentro, pues, de esa permanencia de los principios constitucionales y aun de bastantes fórmulas legales, cabe identificar, decimos, las diferencias entre las tres regulaciones de la defensa nacional de 1980, 1984 y 2005. A continuación, se expondrán los contextos normativos, problemas reales y comportamientos políticos que han acompañado a cada una de las tres leyes citadas.

La primera Ley de Defensa Nacional se situó al final de las iniciales reformas militares de la democracia impulsadas por el Presidente Suárez (centrista). En 1977, antes de aprobarse la Constitución, en plena transición política, se consideró preciso, entre otras medidas, establecer el régimen de actividades políticas y sindicales de los militares, crear la Junta de Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos y constituir el Ministerio de Defensa (2). En 1978, al mismo tiempo que se elaboraba el texto constitucional,

(1) Para un desarrollo del fundamento y contenido de estos principios, me permito remitir a Fernando LÓPEZ RAMÓN, «Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, tomo III, páginas 2547-2597. Con referencia comparada a los Estados de Derecho, véanse también las especificaciones del principio de subordinación del poder militar al poder civil que establece Giuseppe DE VERGOTTINI, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1983, páginas 293-301.

(2) Véanse los cinco Reales Decretos-Leyes 7 a 11/1977, de 8 de febrero, sobre distintos aspectos de la organización y el régimen militar y el Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio, de reestructuración ministerial. Sobre estas reformas, véase en la doctrina el estudio de Miguel DOMÍNGUEZ-BERRUETA y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Madrid, Pons, 1997, páginas 33 y siguientes.

hubieron de aprobarse la Ley reguladora de las funciones de los órganos superiores del Estado en relación con la defensa nacional (Ley 83/1978, de 28 de diciembre) y las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978, de 28 de diciembre) (3). La primera de estas dos leyes constituye antecedente directo de buena parte de los contenidos de la Ley Orgánica de Defensa Nacional de 1980, en cuya elaboración y tramitación parlamentaria dominó el espíritu de consenso, que venía de la transición política y que tanto peso tuvo en la forja del texto constitucional (4). La Ley continuó, así, las reformas militares, aunque sin llegar a culminarlas, pues diversas cuestiones quedaron pendientes de nuevas regulaciones (5).

La segunda redacción de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional se produjo como consecuencia de las modificaciones introducidas en la misma en 1984, durante el primer Gobierno socialista. La reforma se situaba en un contexto político que cabría calificar de relativamente armonioso, aunque por razones diferentes de las que habían determinado el consenso constitucional. Sobre las conductas políticas pesaba el recuerdo de la cercana rebelión militar del 23 de febrero de 1981, cuya completa sanción penal hubo de asumir en vía de casación la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sentencia de 22 de abril de 1983). No es de extrañar, por tanto, que se buscara reforzar los poderes militares del ejecutivo y acen-

(3) Véase Domínguez-Berrueta y otros, obra citada, página 48.

(4) En la votación final de conjunto en el Congreso, el proyecto de la Ley Orgánica 6/1980 obtuvo nada menos que 291 votos a favor, de un total de 295 votos emitidos (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 79, sesión plenaria de 10 de abril de 1980, página 5368). Entre las diversas muestras de satisfacción por la conducta política seguida en los debates parlamentarios, cabe citar el reconocimiento por el portavoz comunista (Sánchez Montero) de que el trabajo había sido «grande y positivo», destacando «el espíritu abierto de diálogo, tanto del Gobierno como de UCD» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 77, sesión plenaria de 27 de marzo de 1980, página 5206).

(5) Conforme a las remisiones contenidas en la Ley Orgánica 6/1980, se preveían nuevas regulaciones en las siguientes materias: movilización nacional (artículo 14), industrias de interés para la defensa (artículo 17), estados de excepción (artículo 20), protección civil (artículo 22), enseñanza militar (artículo 27), organización territorial militar (artículo 32), servicio militar y objeción de conciencia (artículo 37), organización de la Guardia Civil (artículo 38) y Jurisdicción Militar (artículo 40).

El propio Ministro de Defensa (Rodríguez Sahagún) aseguró en los debates parlamentarios que «tras esta ley orgánica vendrán a esta cámara otra serie de leyes contenidas y enumeradas en este texto y otras que, aunque aquí no aparecen, han sido ya anunciadas por el Gobierno» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 79, sesión plenaria de 10 de abril de 1980, página 5377).

Sin embargo, dentro de la I Legislatura constitucional, únicamente fue posible aprobar una reforma parcial, aunque importante, de la justicia militar (Ley Orgánica 9/1980, de 6 de diciembre) y el régimen de los estados de alarma, excepción o sitio (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio).

tuar los medios de coordinación de los tres ejércitos (6). Y tampoco produce sorpresa que la reforma obtuviera un amplio respaldo parlamentario, lejos, no obstante, de la casi unanimidad que se había logrado cuatro años antes (7). En todo caso, la nueva regulación de la defensa nacional marcó el inicio de las reformas militares promovidas por el Presidente González, que sirvieron especialmente para reestructurar por completo la justicia militar (8).

La Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1980-1984 pudo ser aplicada sin mayores problemas ni tensiones, no solo durante las legislaturas de dominio socialista, sino también a lo largo de buena parte de las legislaturas de mayoría popular. No obstante, a raíz de la importante decisión

(6) En la presentación de la reforma de la Ley, el Ministro de Defensa (Serra) aseguraba que «la estructura de los órganos superiores de la defensa en España dista mucho de garantizar la eficacia en la programación y la unidad de actuación que han logrado ya las democracias occidentales», puesto que «la unidad de esfuerzo en materia de defensa no se logra por la superposición de los órganos que la pretenden, sino por su conjunción, y esta conjunción no se alcanza sin la creación de un Ministerio de Defensa potente y sin garantizar la perfecta articulación con las decisiones del Gobierno» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 79, sesión plenaria de 29 de noviembre de 1983, página 3826).

(7) En la votación final de conjunto en el Congreso, el proyecto de la Ley Orgánica 1/1984 obtuvo 205 votos a favor, de un total de 280 votos emitidos (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 80, sesión plenaria de 30 de noviembre de 1983, página 3879). Se opuso al proyecto de ley el Grupo Popular, mostrando, así, sus discrepancias con la tramitación por procedimiento de urgencia del proyecto de ley y otras cuestiones, según puso de relieve su portavoz (Manglano de Mas) en el turno de explicación de voto (*Diario*, páginas 3879-3880). No obstante, el portavoz socialista (Muñoz García) destacó «el notable esfuerzo de explicación, comprensión y cooperación habido entre todos los grupos parlamentarios en el transcurso de los trabajos del debate de este proyecto de Ley, sobre todo en Ponencia» (*Diario*, página 3880).

(8) En la II Legislatura constitucional se aprobó el nuevo régimen sancionador militar, integrado por el Código Penal Militar (Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre) y la primera Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre); en esta Legislatura también se aprobaron las Leyes reguladoras de la objeción de conciencia (Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre y Ley 48/1984, de 26 de diciembre). En la III Legislatura, persistiendo la mayoría parlamentaria socialista, se aprobó el régimen orgánico y procesal militar, mediante la Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio), la Ley de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar (Ley 44/1988, de 15 de diciembre) y la Ley Procesal Militar (Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril). Por fin, en la IV Legislatura, asimismo con mayoría socialista, se aprobó la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio), completándose, de esta forma, la derogación del Código de Justicia Militar de 1945; también se aprobó una nueva regulación completa del servicio militar (Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre). El proceso está bien descrito por Antonio MILLÁN GARRIDO, «La reforma de la justicia militar en el Derecho español», en la recopilación legislativa por el mismo dirigida, *Justicia militar*, 3.^a edición, Barcelona, Ariel, 2003, páginas 19-80.

de profesionalizar al personal militar, se encomendó al Gobierno la elaboración de «los proyectos de ley necesarios para adaptar el ordenamiento legal de la defensa nacional y el régimen de derechos y deberes de los militares al modelo de Fuerzas Armadas profesionales» (disposición final séptima de la Ley 17/1999) (9).

Acontecimientos posteriores incidieron, sin duda, tanto en la oportunidad de cumplir ese encargo, como en el alcance que habría de darse al mismo. En efecto, el atentado contra las torres gemelas de Nueva York (11 de septiembre de 2001) modificó de manera significativa la política de seguridad de los Estados Unidos y, después, la de los restantes países desarrollados, incluida España. Las alarmas se dispararon, poniéndose de relieve las carencias de los sistemas de seguridad nacionales, europeo e internacional. Fruto de esas inquietudes fue la elaboración por el último Gobierno del Presidente Aznar de la Revisión Estratégica de la Defensa (2003), donde se planteaba la existencia de importantes problemas interrelacionados de seguridad interior y exterior y la aparición de nuevas amenazas, proponiendo, a fin de afrontar todo ello, la aprobación de otra Ley de Defensa Nacional, entre diversas medidas que contaron con amplio respaldo parlamentario (10). La natural evolución del proceso fue impedida por las fuertes tensiones políticas derivadas de la implicación de nuestro país en la invasión de Irak (20 de marzo de 2003), así como por la reacción de la opinión pública en contra del Gobierno tras el atentado de la estación de Atocha en Madrid (11 de marzo de 2004), en vísperas de las elecciones generales.

Como consecuencia de esas graves tensiones políticas, la tercera Ley de la Defensa Nacional (Ley Orgánica 5/2005), promovida por el Gobier-

(9) En la VI Legislatura, de ejecutivo popular, se aprobaron la nueva Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, que derogó la Ley Orgánica 12/1985), la Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (Ley 17/1999, de 18 de mayo) y la Ley de Régimen del Personal de la Guardia Civil (Ley 42/1999, de 25 de noviembre).

Ya en la VII Legislatura, con mayoría parlamentaria popular, se aprobaron el Libro Blanco de la Defensa (2000) y la Directiva de Defensa Nacional del Presidente del Gobierno 1/2000, de 1 de diciembre, documentos en los que se preveían las consecuencias del sistema de ejército profesional.

(10) Véanse: MINISTERIO DE DEFENSA, *Revisión Estratégica de la Defensa*, Madrid, 2002, en especial el anejo G, «Consecuencias normativas y organizativas», en páginas 323-343 y MINISTERIO DE DEFENSA, *Revisión Estratégica de la Defensa. Comparecencia del Ministro de Defensa Federico Trillo-Figueroa ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados (18 de diciembre de 2002)*, Madrid, 2003. Entre los fundamentos doctrinales de estos documentos, cabe citar los estudios reunidos en MINISTERIO DE DEFENSA, *Revisión de la defensa nacional*, Madrid, 2002.

no del Presidente Rodríguez Zapatero (socialista), no puede considerarse fruto del consenso, aunque sus puntos de partida no contengan variantes significativas con respecto a las iniciativas anteriores (11). El cuadro político general de enfrentamientos constantes y descalificaciones absolutas ha quedado sobradamente reflejado en los correspondientes debates parlamentarios (12).

No dejan de existir diferencias, por supuesto, en cuestiones que no cabe considerar menores, entre las diversas versiones normativas de la defensa nacional. Los epígrafes siguientes van encaminados precisamente a poner de relieve las novedades introducidas, con especial atención a las que parecen más problemáticas. Dada esta óptica del estudio, conviene insistir aquí, nuevamente, en la continuidad de las regulaciones que, más allá de los concretos enfrentamientos políticos del momento, obedecen a una común visión democrática de la defensa nacional.

Una última cuestión general: la relativa al carácter y a la denominación de las leyes que estudiamos. Se trata de leyes orgánicas, aunque no todo su contenido puede considerarse incluido en la reserva constitucional de ley orgánica implicada, que es la relativa a «las bases de la organización militar» (Constitución: artículo 8.2). La organización militar, en realidad, es una parte del régimen jurídico de la defensa nacional, por lo cual, única-

(11) La permanencia de los planteamientos generales se comprueba en la Directiva de Defensa Nacional del Presidente del Gobierno 1/2004, de 30 de diciembre, donde se propone la elaboración de una nueva Ley Orgánica de la Defensa Nacional sin que se modifiquen las pautas establecidas sobre la misma en la Revisión Estratégica de la Defensa de 2002.

(12) En la votación final de conjunto en el Congreso de los Diputados, el proyecto de la Ley Orgánica 5/2005 arrojó 183 votos a favor, 135 en contra y 11 abstenciones (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 110, sesión plenaria de 15 de septiembre de 2005, página 5547).

En esa sesión, el Ministro de Defensa (Bono Martínez) había empezado dirigiendo a la oposición popular «la petición de que se sumen al consenso» (página 5522). Propuesta que fue rechazada por el portavoz popular (López-Amor), a pesar de «entender la necesidad de una nueva ley», por considerar el proyecto «acarreo de artículos inconexos, que no tiene un corpus doctrinal y que no responde más que al deseo de satisfacer a un sector de las Fuerzas Armadas» (página 5531), advirtiendo que su grupo «cuando se den las condiciones hará otra ley de defensa» (página 5532) y acusando al Gobierno de haber «roto el consenso de veinticinco años democráticos en materia de seguridad y defensa» (página 5533). A continuación, el portavoz de los convergentes catalanes (Maldonado i Gili) se lamentó de «la ausencia de consenso político unánime», haciendo una llamada a los populares «para que se suban al carro del sí» (página 5534). Tono conciliador que fue abandonado por el portavoz socialista (Cuadrado Bausela), cuando empezó su intervención preguntándose «¿qué le pasa al Partido Popular que nadie le entiende?», para, a continuación, reprochar a la oposición que no hubiera «acertado a señalar ni un solo artículo para explicar que es una mala ley» (página 5535), suponiendo que le molesta «que el Partido Socialista sea capaz de llegar a acuerdos con todos» (página 5536).

mente los contenidos legales que pudieran considerarse bases de la organización militar habrían de incluirse en la reserva de ley orgánica. No obstante, es ciertamente difícil establecer una nítida diferenciación entre ambas materias. Así, en la inicial redacción de 1980, el mismo título de la norma manifestaba la amplitud de su contenido, al hacer referencia a «los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar», si bien el texto de la ley no precisaba qué preceptos se correspondían con la reserva de ley orgánica. La última regulación, en cambio, aunque va exclusivamente rotulada como Ley de la Defensa Nacional, asume su carácter de ley parcialmente orgánica, incluyendo la identificación legal de los preceptos que, por considerarse bases de la organización militar, se comprenden en la reserva de ley orgánica (Ley 5/2005: disposición final 2.^a2).

2. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE LA DEFENSA NACIONAL

El ámbito de la defensa nacional ha experimentado un notable incremento, como consecuencia del impulso procedente de las nuevas necesidades, que reclaman una mayor implicación entre las diversas facetas de la seguridad, tendiéndose a superar la tradicional rígida división entre seguridad interior y exterior (13). Curiosamente, sin embargo, la ampliación del ámbito de la defensa nacional no se corresponde con un mayor detalle en el tratamiento normativo de las cuestiones conceptuales. Al contrario, se ha pasado de una completa exposición en la Ley de 1980, que comprendía el concepto de la defensa nacional, su finalidad, características, componentes y efectos (aspectos que no fueron alterados en la reforma de 1984), a una referencia más breve en la Ley de 2005, limitada a expresar la finalidad de la defensa nacional.

En la Ley de 1980, el tratamiento general de la defensa nacional resultaba, en efecto, bastante completo. Comenzaba definiéndose ésta, en términos muy amplios, como «la disposición, integración y acción coordina-

(13) En ese sentido, reclama contemplar la seguridad desde una perspectiva unitaria Luis ORTEGA, «Hacia un concepto integral de seguridad europea», en el volumen dirigido por el mismo, *La seguridad integral europea*, Valladolid, Lex Nova, 2005, página 28, afirmando que «lo determinante es asegurar que la seguridad concreta de cada ciudadano no se ve afectada por intervenciones externas indeseables y a tal efecto y desde tal perspectiva es irrelevante que la amenaza se produzca en el seno de la Unión Europea o que esté originada más allá de sus fronteras, o si esta amenaza está provocada por el terrorismo, por la delincuencia organizada o por el riesgo ambiental o sanitario». Bajo la óptica de la seguridad nacional, véanse el conjunto de estudios reunidos en MINISTERIO DE DEFENSA, *La cooperación Fuerzas de Seguridad-Fuerzas Armadas frente a los riesgos emergentes*, Madrid, 2001.

da de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la nación, ante cualquier forma de agresión» (artículo 2). En el mismo precepto, se establecía la finalidad de tal función pública, empleando para ello la lista de misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas en el artículo 8.1 de la Constitución con algún aditamento («garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución»). A continuación, la defensa nacional era caracterizada como «un conjunto armónico» en todas sus fases («tanto en su preparación y organización como en su ejecución»), que había de proporcionar «una efectiva seguridad nacional» (artículo 3). Por fin, se diferenciaba la general política de defensa, que «determina los objetivos de la defensa nacional y los recursos y acciones necesarios para obtenerlos», de la estricta política militar, que, dentro de la anterior, «determina la organización, preparación y actualización del potencial militar» (artículo 4) (14).

La Ley de 2005, en cambio, es mucho más parca en relación con las cuestiones conceptuales. No se encuentra en ella una directa definición de la defensa nacional ni de sus componentes, a pesar de la insistencia parlamentaria de la oposición por incluir tales conceptos (15). Solo se contiene una larga referencia a la «finalidad de la política de defensa», introducida en el debate parlamentario de la norma (16). Se trata del artículo 2 de Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005:

«La política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, del

(14) Una parte significativa de estas definiciones legales procedía de la Ley reguladora de las funciones de los órganos superiores del Estado en relación con la defensa nacional (Ley 83/1978, de 28 de diciembre: artículos 2, 3.1 y 4.1).

(15) Véase la defensa de las enmiendas del Grupo Popular en la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados por parte del diputado Atención Robledo, reclamando «la necesidad de recoger en el articulado de la ley la definición de lo que representa la defensa nacional, porque este proyecto de ley ni siquiera la define» y pretendiendo incluir «la finalidad fundamental de la política de seguridad y defensa», así como consolidar el «nuevo concepto de seguridad y defensa» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones*, número 332, sesión de la Comisión de Defensa de 28 de junio de 2005, página 15).

(16) La modificación del proyecto de Ley en este punto se produjo en la Ponencia, a partir de la enmienda número 4 del Grupo de Izquierda Unida (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, serie A, número 31-5, de 18 de mayo de 2005, página 18), que dio lugar a una enmienda transaccional aceptada por la Ponencia (*Boletín*, número 31-7, de 28 de junio de 2005, página 108),

Estado Social y Democrático de Derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España.»

Aunque la enumeración de fines resulta en buena medida coincidente con la anterior regulación de 1980, no deja de llamar la atención la prioridad concedida a los valores constitucionales, reiteradamente aludidos en la Ley de 2005. Las diferencias parecen ser no solo de tipo conceptual o sistemático, pues pudieran llegar a afectar al mismo alcance del sistema de la defensa nacional, como veremos en el epígrafe siguiente en relación con la problemática de la movilización nacional.

En todo caso, la nueva Ley refleja la clara voluntad de expandir el ámbito de la defensa nacional. Así lo prueba la enfática referencia legal al objetivo de «contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales». Ése es justamente el elemento que ha cambiado de 1980 a 2005, como se dice en el preámbulo de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005:

«El escenario estratégico ha visto desaparecer la política de bloques que protagonizó la guerra fría y emerger la globalización y un nuevo marco en las relaciones internacionales. Al mismo tiempo, junto a los riesgos y amenazas tradicionales para la paz, la estabilidad y la seguridad, surgen otros como el terrorismo transnacional con disposición y capacidad de infligir daño indiscriminadamente.

Disminuyen las guerras de tipo convencional, pero proliferan conflictos armados que, tanto por sus causas como por sus efectos, tienen implicaciones notables más allá del lugar en donde se producen.

En el ámbito de la seguridad y la defensa, la interdependencia entre los Estados es considerable, por lo que éstos se agrupan en organizaciones que fomentan, desarrollan e incrementan los niveles de estabilidad, como la Organización de las Naciones Unidas y la Organización para la Seguridad y Cooperación Europea. Desde 1980 España se ha incorporado a la Organización del Tratado del Atlántico Norte y a la Unión Europea Occidental. Además, la Constitución Europea, ratificada recientemente en referéndum por nuestro país, establece las bases para construir una auténtica política de seguridad y defensa común en el marco de la Unión Europea. Nuestra estrate-

gia debe fundamentarse en un sistema multilateral de acciones e iniciativas, basado en el reconocimiento de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tiene la responsabilidad fundamental en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.»

El largo párrafo que acaba de transcribirse es notablemente expresivo de la modificación de circunstancias acaecida. Variación que ha afectado no solo a los elementos exteriores, sino también a las propias condiciones políticas del país. Recuérdese en tal sentido el complicado proceso seguido para llegar a la plena integración de España en la Organización del Tratado del Atlántico Norte (17). Ni el mundo ni el país de 2005 son los de 1980.

Sin embargo, no parece adecuado considerar que el cambio de condiciones es de tal magnitud que sea preciso dudar de la pertinencia de seguir refiriendo el ámbito básico de la defensa a lo nacional y lo militar. En términos legales, la continuidad de la política de defensa vinculada a los intereses nacionales y articulada fundamentalmente a través de la política militar resulta algo obvio, a la vista del contenido de las sucesivas leyes de defensa nacional. En la última de ellas, permanece tal carácter nacional y armado de la defensa, y aunque ésta se amplía, incluyendo el objetivo de preservación de la paz y seguridad internacionales, ello es únicamente «en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España» (Ley Orgánica 5/2005: artículo 2) y manteniendo a las Fuerzas Armadas como «el elemento esencial de la defensa» (Ley Orgánica 5/2005: artículo 10.1). Adicionalmente, conviene tener en cuenta que ninguno de los compromisos internacionales de carácter militar afecta a la subsistencia de las políticas estatales de defensa nacional (18).

(17) La integración de España en la OTAN fue acordada en 1981, tras ser incluida en el programa de gobierno del Presidente Calvo Sotelo (centrista). Fue suspendida al año siguiente por el ejecutivo del Presidente González (socialista), que en 1986 sometió a referéndum la permanencia en la Organización. Hasta 1996, con el Presidente Aznar (popular), no se produjo la autorización parlamentaria para negociar el ingreso de España en la estructura militar de dicha Organización, cuya efectiva incorporación tuvo lugar en 1999. Sobre el proceso, véase Fernando RODRIGO, «La inserción de España en la política de seguridad occidental», en Richard GILLESPIE y otros (editores), *Las relaciones exteriores de la España democrática*, Madrid, Alianza, 1999, páginas 77-103.

(18) Se confirma este aspecto incluso en relación con los servicios de inteligencia, como demuestra la experiencia europea, al preferir los mecanismos tendentes a compartir la información generada por los servicios estatales, en lugar de centralizar su producción en un servicio europeo, según indica Nuria GARRIDO CUENCA, «Seguridad y servicios de inteligencia en Europa», en Luis ORTEGA (director), *La seguridad integral europea*, Valladolid, Lex Nova, 2005, páginas 150-151.

La existencia de múltiples facetas de los problemas de seguridad, que pueden tener orígenes y efectos ambientales, sanitarios, económicos o sociales, no justificaría la integración de las correspondientes políticas públicas en la defensa nacional. Como explica Chantebout, una significación tan amplia de la defensa nacional privaría de operatividad al concepto: «si la defensa nacional está por todas partes, corre el riesgo de no estar en ninguna»; la noción amplia resulta inservible, pues se confunde con la política general del Gobierno y, además, resulta peligrosa para las libertades públicas; de ahí que el autor proponga una noción restringida, conforme a la cual la defensa nacional sería «el conjunto de actividades que tienen por objeto principal el aumento de la potencia militar de una nación o de su capacidad de resistencia a una acción armada dirigida contra ella»; teniendo por objeto la organización de la defensa nacional, desde tal concepción, determinar los órganos políticos y administrativos encargados de llevar a cabo los fines de la acción militar (19).

3. LAS INCÓGNITAS EN MATERIA DE MOVILIZACIÓN NACIONAL

Una de las cuestiones más importantes que plantean los sistemas de defensa nacional es el grado de militarización de la sociedad que se prevé en los mismos. La experiencia española, como es sabido, resulta fuertemente traumática en este sentido, al presentar una amplia acogida histórica de diversas manifestaciones de militarismo (20). Entre ellas, interesa ahora referirse a la denominada movilización nacional, objeto de una por-

(19) Cabe remitir ampliamente al gran estudio de Bernard CHANTEBOUT, *L'organisation générale de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, Librairie Générale de Droit et Législation, 1967, páginas 6-28 (en página 28 está la definición de la defensa nacional). Sobre el peligro para las libertades públicas de todas las diversas formas de guerra aceptadas comúnmente (guerra psicológica, guerra económica, etc.), escribe el autor en página 26: «si la producción industrial es una necesidad de defensa nacional, el ejercicio del derecho de huelga perjudica a los intereses vitales del país y la actividad sindical introduce en la empresa un estado de espíritu perjudicial para la producción; incluso, si se admite que la cohesión nacional es uno de los factores de nuestra defensa, se estará tentado de limitar los medios de expresión de los que dispone la oposición no oficial».

(20) Entre la literatura referida al militarismo español, pueden destacarse las siguientes obras: Stanley G. PAYNE, *Ejército y sociedad en la España liberal (1808-1936)*, Madrid, Akal, 1977; Manuel BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza, 1983; Carlos SECO SERRANO, *Militarismo y civilismo en la España contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1984.

menorizada regulación en el año 1969, que sorprendentemente todavía pudiera considerarse en vigor, parcialmente al menos, al amparo de la legislación de la defensa nacional.

La llamada Ley Básica de Movilización Nacional (Ley 50/1969, de 26 de abril) regulaba la movilización como una técnica de militarización con la finalidad primordial de mantener el orden público interno. En esa Ley, propia de un régimen autoritario, todos los «recursos nacionales» podían «ser movilizados para su empleo en las necesidades de la defensa nacional o cuando circunstancias excepcionales lo exijan» (artículo 1). Entre los «recursos nacionales» se incluían los militares, humanos, económicos, sanitarios, de investigación, de transportes, comunicaciones y medios de información, pudiendo afectar la movilización a cualesquiera personas físicas y jurídicas, así como a todo tipo de bienes, derechos y prestaciones (artículo 2). El exacto alcance de la movilización se determinaba por la autoridad competente para decretarla, calidad que, si normalmente se atribuía al Consejo de Ministros, en zonas incomunicadas correspondía a «la autoridad militar de mayor empleo o antigüedad de cualquiera de los ejércitos que tenga mando superior de las fuerzas en el territorio de que se trate» (artículo 4). En todo caso, la vinculación del sistema de movilización a las Fuerzas Armadas era claramente deducible de la organización prevista y del estatuto aplicable a las personas afectadas, al establecerse, de una parte, la constitución del Servicio Central de Movilización en el Alto Estado Mayor (artículo 6) y, de otra parte, la aplicación al personal movilizado de «los derechos y obligaciones señalados en los reglamentos de los respectivos ejércitos» (artículo 11), con sujeción a la justicia militar (artículo 18). La Ley de Movilización Nacional fue utilizada en diversos momentos para colocar bajo el mando de las autoridades militares a grupos de trabajadores inmersos en situaciones laborales conflictivas (21).

(21) Véanse: Manuel GONZÁLEZ GARCÍA, «Las Fuerzas Armadas: pariente pobre del régimen de Franco», en Paul PRESTON (director), *España en crisis. Evolución y decadencia del régimen de Franco*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, páginas 70-71, quien pone como ejemplos de aplicación de la Ley de Movilización Nacional las huelgas del Metro de Madrid en 1970 y de Astilleros Bazán en 1972; Vicenç FISAS ARMENGOL, *El poder militar en España*, Barcelona, Laia, 1979, páginas 134-140, quien califica a la Ley de Movilización Nacional como «una de las leyes más anacrónicas y medievales inventadas por el aparato represivo del Estado» (página 134), analizando el sistema de la norma y dando cuenta de sus aplicaciones, entre las que incluye, además de los casos citados, los conflictos laborales de RENFE, Correos, policía municipal y bomberos de Barcelona y transportes urbanos de Zaragoza en 1976, policía municipal de Madrid en 1977 y ENDESA en 1978 (página 140).

La mayor parte de las previsiones de esa Ley de Movilización Nacional de 1969 resultan de imposible engarce en el sistema constitucional. La militarización dentro del territorio español exigiría ineludiblemente la previa declaración del estado de sitio. Sólo en tal supuesto, que corresponde acordar al Congreso de los Diputados, el Gobierno podría designar, de acuerdo con los términos previstos en la correspondiente declaración, «la autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan», conforme se establece en la Ley de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio: artículo 33.2) (22). Sin embargo, la legislación relativa a la defensa nacional no ha terminado de aclarar esta importante cuestión.

En la Ley de 1980, los primeros artículos llegaban a configurar la defensa nacional con tan gran amplitud, según ya hemos visto, que podían ser interpretados como una suerte de justificación ideológica de la movilización nacional en su versión autoritaria de 1969. En todo caso, el problema sobre la vigencia de la Ley de Movilización Nacional de 1969 derivaba directamente del artículo 14.1 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional de 1980:

«Todos los recursos humanos y materiales y todas las actividades, cualquiera que sea su naturaleza, podrán ser movilizados por el Gobierno para satisfacer las necesidades de la defensa nacional o las planteadas por circunstancias excepcionales, en los términos que establezca la Ley de Movilización Nacional.»

Quizá sean comprensibles esas ambigüedades legales al producirse en 1980, cuando aún no se había regulado el estado de sitio conforme a la exigencia de la Constitución de 1978 (artículo 116). Pero una vez establecida la estricta vinculación entre la militarización y el estado de sitio en la Ley Orgánica 4/1981, debe estar claro que ninguna movilización que produzca la militarización en el territorio nacional es posible al margen de lo previsto en dicha Ley. El Gobierno (y por supuesto cualquier autoridad militar) carece de facultades para decretar una movilización de las caracterís-

(22) Véanse: Pedro CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984; Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «La participación militar en el estado de sitio y el modelo de régimen democrático», en *Revista de Derecho Público* números 96-97 (1984), páginas 479-539; y Carlos GARRIDO LÓPEZ, «El estado de sitio como recurso extraordinario del Estado ante amenazas y agresiones armadas», en Javier FERNÁNDEZ LÓPEZ (coordinador), *25 años de Constitución y Fuerzas Armadas*, Zaragoza, Pórtico, 2003, páginas 95-126.

ticas previstas en la Ley de 1969 sin la previa declaración del estado de sitio (hecha por el Congreso de los Diputados, a propuesta del Gobierno: artículo 116.4 de la Constitución). Por ello, había que entender que las facultades de movilización nacional del Gobierno, previstas en el citado artículo 14.1 de la Ley de Defensa Nacional de 1980, sólo podían llevarse a cabo tras la correspondiente declaración del estado de sitio y de conformidad con el contenido de la misma (23).

La descoordinación legal derivada de la prioridad temporal en la regulación de la defensa nacional se manifestó en la falta de sintonía con la posterior normativa del estado de sitio. Así, la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1980 se refería, en caso de estado de sitio, a «la autoridad militar que haya de hacerse cargo del mando en el territorio», previendo que tal autoridad «asumirá automáticamente las facultades que corresponden a la civil en los estados de alarma y excepción» (Ley Orgánica 6/1980: artículo 22.2). En cambio, la Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio de 1981 prevé, como ya nos consta, que, declarado el estado de sitio por el Congreso de los Diputados, es el Gobierno quien asumirá «todas las facultades extraordinarias», correspondiendo precisamente al Gobierno designar «la autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan» (Ley Orgánica 4/1981: artículo 33.2). No puede haber duda de que, como consecuencia de esta última regulación, ninguna autoridad militar puede asumir «automáticamente» en el estado de sitio ninguna facultad sin previa designación expresa por el Gobierno.

Hubiera sido deseable aclarar las anteriores cuestiones en la reforma de 1984 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional. Pero nada se hizo, manteniéndose la misma redacción de 1980 en los preceptos concernidos (artículos 14.1 y 22.2). No obstante, la Ley de Movilización Nacional de 1969, en sus escasos preceptos no incompatibles con el régimen constitucional del estado de sitio, parecía haber quedado, cuando menos, obsoleta.

De asombrosa ha de calificarse, en consecuencia, la reviviscencia experimentada por la Ley de Movilización Nacional de 1969 con ocasión del nuevo régimen de personal de las Fuerzas Armadas en 1999. Se estableció entonces que «la Ley 50/1969, de 26 de abril, Básica de Movilización Nacional, continuará en vigor con carácter reglamentario en lo que no se oponga a lo previsto en la presente Ley» (Ley 17/1999, de 18 de mayo: disposición derogatoria única, apartado 2). La justificación de esa extra-

(23) Considera, en cambio, que la movilización es constitucionalmente viable, al margen del estado de sitio, Manuel BALADO RUIZ-GALLEGOS, *Industria y defensa nacional. Estudio jurídico-administrativo*, Madrid, Ministerio de Defensa, 1989, página 413.

vagante previsión parece haya de encontrarse en la figura de los reservistas, que la misma Ley previó pudieran incorporarse a las Fuerzas Armadas «cuando las necesidades de la defensa nacional no puedan ser atendidas por los efectivos de militares profesionales» (Ley 17/1999: artículo 4.2). Junto a los reservistas temporales y voluntarios, los reservistas obligatorios vinieron, así, a constituir un contrapeso legal, hasta ahora nunca utilizado, de la suspensión del servicio militar obligatorio establecida en dicha norma (Ley 17/1999: disposición adicional 13.^a).

Sin embargo, la llamada a los reservistas obligatorios no puede considerarse equivalente a las medidas de militarización social previstas en la Ley de Movilización Nacional de 1969. Por tanto, a fin de circunscribir adecuadamente el posible ámbito de desenvolvimiento de dicha Ley de 1969, importa destacar que la declaración de reservistas obligatorios corresponde exclusivamente al Gobierno, quien precisa de la autorización del Congreso de los Diputados (Ley 17/1999: artículos 4.2 y 178.1). Por otra parte, se admite legalmente, como no podía dejar de ser, a la vista del artículo 30.2 de la Constitución, la objeción de conciencia de los reservistas obligatorios (Ley 17/1999: artículo 180). Asimismo, se excluye la aplicación del régimen militar a los reservistas incorporados a las denominadas «organizaciones de interés general» (Ley 17/1999: artículo 183.2). No parece que quede espacio, por tanto, para la aplicación, ni tan siquiera parcial, de la normativa de movilización nacional de 1969, cuyo mantenimiento en 1999, siquiera sea con rango reglamentario, resulta equívoco.

Lamentablemente, no se ha aprovechado la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005 para solucionar la cuestión, y ello a pesar de que ésta fue explícitamente planteada en el debate parlamentario (24). En todo caso, se confirma la impresión de que el espacio dejado a la eventual aplicación de la degradada Ley de Movilización Nacional resulta escasísimo. Así, la aportación de recursos humanos a la defensa nacional se canaliza expresamente a través del citado sistema de reservistas (Ley Orgánica 5/2005: artículo 29.a). Es más, la genérica referencia legal a la contribución de los recursos materiales a las necesidades de la defensa nacional

(24) La derogación de la Ley de Movilización Nacional de 1969 fue propuesta en la enmienda número 182, del Grupo de Coalición Canaria, que consideraba la norma «de imposible aplicación», «obsoleto contenido» y «efecto esperpéntico» (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, serie A, número 31-5, de 18 de mayo de 2005, página 80). Sin embargo, la defensa de la enmienda en Comisión por el diputado canario Mardones Sevilla fue rechazada por el portavoz socialista (Cuadrado Bausela), quien, «a pesar de estar de acuerdo con el sentido de su enmienda», consideró necesario mantener la Ley de 1969 hasta tanto se aprobara un nuevo régimen de la movilización nacional (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones*, número 332, sesión de la Comisión de Defensa de 28 de junio de 2005, páginas 4 y 18).

(Ley Orgánica 5/2005: artículo 29.b) no parece pueda entenderse hecha al margen del régimen legal de las expropiaciones y requisas militares (Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954: artículos 100 a 107). No obstante, hubiera sido conveniente derogar expresamente la Ley de Movilización Nacional de 1969, poniendo fin de manera definitiva e inequívoca a las formas de militarización social en ella previstas.

Una última cuestión conviene plantear. En la nueva Ley Orgánica de la Defensa Nacional diversos preceptos del título V («Contribución a la defensa») establecen amplios poderes de coordinación del Consejo de Defensa Nacional «en tiempo de conflicto armado (o bélico) y durante la vigencia del estado de sitio». Dichos poderes alcanzan a los siguientes ámbitos: «el sistema de responsabilidad permanente de recursos» (Ley Orgánica 5/2005: artículo 22.2), «las actuaciones de la Guardia Civil» (artículo 25), «el Cuerpo Nacional de Policía» (artículo 27) y «las actuaciones del sistema de cooperación en materia de protección civil» (artículo 28). Pues bien, parece preciso indicar que el «tiempo de conflicto armado (o bélico)», al que se refieren los citados preceptos, no podría ser otro que el de guerra declarada conforme a lo previsto en el artículo 63.3 de la Constitución. Solo en ese supuesto, que en la Constitución parece exigir un enemigo exterior, y en el de declaración del estado de sitio, parece posible admitir una militarización social como la que deriva de tan amplias facultades de coordinación del Consejo de Defensa Nacional. Y requisito ineludible del tiempo de guerra (o de conflicto armado o bélico, por tanto), al igual que del estado de sitio, es la intervención parlamentaria (de las Cortes Generales en el primer caso y solo del Congreso de los Diputados en el segundo), en la que se determine el alcance temporal, territorial y funcional de la intervención militar. En definitiva, solo en el contexto delimitado por esas intervenciones parlamentarias cabe admitir los mismos poderes de coordinación del Consejo de Defensa Nacional (25).

(25) En el debate parlamentario de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005, el Grupo Vasco propuso en la enmienda número 41 suprimir todo el título V del proyecto de Ley, alegando en su justificación, de un lado, que la referencia al «tiempo de conflicto bélico» producía inseguridad y, de otro lado, que los preceptos en cuestión «adelantan de una manera ilegítima e inconstitucional un contenido que sólo sería posible concretar cuando se conocieran las circunstancias de uso de la fuerza que caracterizan al supuesto de un estado de sitio» (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, serie A, número 31-5, de 18 de mayo de 2005, página 29). La enmienda fue defendida sin éxito en la Comisión de Defensa (intervención de la diputada Uria Etxebarria, en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones*, número 332, sesión de la Comisión de Defensa de 28 de junio de 2005, página 7) y en el Pleno del Congreso de los Diputados (intervención del diputado Txueka Isasti, en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 110, sesión plenaria de 15 de septiembre de 2005, página 5530).

4. LAS NUEVAS MISIONES DE LAS FUERZAS ARMADAS

La identificación normativa de las denominadas «misiones» de las Fuerzas Armadas tiene gran interés, puesto que sirve para establecer las actuaciones características de las mismas. Dichas misiones han experimentado ampliaciones, en relación con las previstas en materia de defensa exterior e interior en la Constitución (artículo 8.1), lo cual resulta coherente con las aperturas del ámbito de la defensa nacional anteriormente descritas, aunque ésta no pueda llegar a incluir la movilización nacional, como acabamos de ver.

En tal sentido, la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1980 preveía la colaboración de las Fuerzas Armadas en «casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad u otra necesidad pública de naturaleza análoga» (artículo 22.1). Después, la Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas de 1999 consideró tarea propia de las Fuerzas Armadas contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales (artículo 165). Siguiendo con la ampliación de las funciones de las Fuerzas Armadas, la nueva Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005 incluye la ejecución de los compromisos militares internacionales y la evacuación de residentes españoles en peligro en el extranjero (artículo 15); además, efectúa una relación de las operaciones militares que cabría desempeñar en cumplimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas (artículo 16).

Todas estas nuevas misiones de las Fuerzas Armadas parecen admisibles a quienes consideran ya superada la primera postura doctrinal, que, tras la Constitución de 1978 y de forma prácticamente unánime, consideraba necesaria la previa declaración de guerra o del estado de sitio para todo empleo de las Fuerzas Armadas. Se afirma, así, que la indiscutible realidad de intervenciones militares al margen de tales supuestos ha llevado a admitir la viabilidad constitucional de las mismas (26). No obstante, la necesidad de la declaración de guerra para la participación del Estado español en conflictos armados exteriores, salvo en supuestos de legítima defensa y de participación en misiones internacionales de paz, ha sido planteada con renovada energía recientemente (27). Aquí nos limitaremos

(26) Véanse Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 70 (2004), página 195; y con algunos matices también Lorenzo COTINO HUESO, *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, páginas 120 y 197.

(27) Véase Eduardo MELERO ALONSO, *La declaración de guerra en el ordenamiento jurídico español (Un mecanismo para el control jurídico de la participación del Estado español en conflictos armados)*, Madrid, Dykinson, 2006, en especial, páginas 65-117.

a caracterizar brevemente las grandes misiones constitucional o legalmente atribuidas a las Fuerzas Armadas.

a) La defensa exterior del Estado es, sin duda, la más típica misión de las Fuerzas Armadas, manifestada directamente en la referencia constitucional a «garantizar la soberanía e independencia de España» (Constitución: artículo 8.1). El campo de desenvolvimiento propio de esta misión se encuentra en el rechazo de las agresiones armadas provenientes del exterior. La finalidad de cualquier intervención armada, en el sistema constitucional español, debe ser defensiva, tanto por el sentido literal de las expresiones constitucionales transcritas, como por la pauta interpretativa que se deduce de la voluntad de la nación española, proclamada en el preámbulo de la Constitución, de «colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra». Por añadidura, el Derecho Internacional General, con su inequívoca calificación de la agresión armada como crimen internacional, vincula también a los órganos constitucionalmente legitimados para decidir el empleo de las Fuerzas Armadas (28). En la enumeración de las operaciones militares más típicas, que se lleva a cabo en el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005, cabe identificar con esta misión de defensa exterior: la vigilancia de espacios marítimos y aéreos (artículo 16.a) y «la respuesta militar contra agresiones que se realicen utilizando aeronaves con fines terroristas» (artículo 16.d). En los términos legales, el carácter defensivo de las mismas no ha de relacionarse con una actuación militar circunscrita a la «respuesta a la agresión», pues en el citado artículo 16 se admiten «acciones de prevención de conflictos o disuasión» (29).

b) La segunda misión de las Fuerzas Armadas es defender la integridad territorial de España (Constitución: artículo 8.1). En buena medida, se trata de una especificación de la misión anterior, debiendo considerarse, por tanto, que es una función defensiva en los términos ya vistos. No obstante, cabe admitir aquí que la agresión armada determinante del empleo de las Fuerzas Armadas pudiera provenir del interior, determinando el lógico desencadenamiento de las operaciones militares.

(28) Sobre la agresión armada como crimen internacional, véase Antonio BLANC ALTEMIR, *La violación de los derechos humanos como crimen internacional*, Barcelona, Bosch, 1990.

(29) En contra de esta posibilidad legal, MELERO ALONSO, *La declaración de guerra en el ordenamiento jurídico español*, obra citada, páginas 107-109, considera que la llamada «legítima defensa preventiva» es un acto de agresión incompatible con el Derecho Internacional General.

c) La tercera misión de las Fuerzas Armadas, «defender el ordenamiento constitucional» (Constitución: artículo 8.1), está relacionada con la función de defensa interior del Estado ante situaciones de peligro del ordenamiento, es decir, del conjunto formado por el sistema institucional y normativo de la democracia. En todo caso, ha de evitarse implicar a las Fuerzas Armadas en las funciones de mantenimiento ordinario de la seguridad dentro del territorio nacional, dada la reserva constitucional de las mismas en favor de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Constitución: artículo 104.1). Límite este que no parece se contradiga con la inclusión, entre las operaciones militares enumeradas en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional de 2005, de la relativa al «apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra el terrorismo» (artículo 16.d), habida cuenta de las dimensiones que los atentados terroristas pueden alcanzar (30).

d) La cuarta misión se refiere a las intervenciones internacionales, al preverse que las Fuerzas Armadas «contribuyen militarmente a la seguridad y defensa de España y de sus aliados, en el marco de las organizaciones internacionales de las que España forma parte, así como al mantenimiento de la paz, la estabilidad y la ayuda humanitaria» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 15.2). La traducción operativa de esta misión puede consistir en «la colaboración en operaciones de mantenimiento de la paz y estabilización internacional en aquellas zonas donde se vean afectadas, la reconstrucción de la seguridad y la administración, así como la rehabilitación de un país, región o zona determinada, conforme a los tratados y compromisos establecidos» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 16.b) (31).

(30) Véanse, no obstante, las interesantes consideraciones y cautelas que lleva a cabo, en relación con el empleo de las Fuerzas Armadas en la lucha antiterrorista, Luis ARROYO JIMÉNEZ, «Nuevas tareas para las Fuerzas Armadas», en Luis ORTEGA (director), *La seguridad integral europea*, Valladolid, Lex Nova, 2005, páginas 215-216; el autor realiza un completo análisis de las nuevas misiones de las Fuerzas Armadas a partir del proyecto de Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005 (en páginas 195 y siguientes).

(31) Con anterioridad, para permitir el empleo de las Fuerzas Armadas en misiones internacionales, véanse las argumentaciones de José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE, «Problemática del empleo del personal militar en acciones fuera del territorio nacional. La utilización del personal de reemplazo en misiones de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales», en Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (editor), *El servicio militar: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Madrid, Dykinson, 1994, páginas 191-192; Carlos EYMAR ALONSO, «La base constitucional española», en MINISTERIO DE DEFENSA, *Lecciones de derecho operativo*, Madrid, 2001, páginas 97-107; y Agustín CORRALES ELIZONDO, «El marco constitucional de las misiones de las Fuerzas Armadas», en MINISTERIO DE DEFENSA, *El marco jurídico de las misiones de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz*, Madrid, 2002, páginas 16-19.

e) La quinta misión de las Fuerzas Armadas consiste en «preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 15.3) (32). Las operaciones correspondientes son de «colaboración con las diferentes Administraciones Públicas» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 16.e), conforme a lo previsto especialmente en la legislación de protección civil.

f) La sexta misión de las Fuerzas Armadas se refiere a la «evacuación de los residentes españoles en el extranjero, cuando circunstancias de inestabilidad en un país pongan en grave riesgo su vida o sus intereses» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 15.4). Operativamente, puede llevar a las Fuerzas Armadas a «la participación con otros organismos nacionales e internacionales para preservar la seguridad y el bienestar de los ciudadanos españoles en el extranjero» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 16.f).

Como ya hemos indicado, la ampliación legal de las misiones de las Fuerzas Armadas no parece plantear ningún problema constitucional, pues ha de considerarse que la relación contenida en el artículo 8.1 de la Constitución no tiene carácter exclusivo. Por tanto, la adición por las leyes de nuevas funciones de las Fuerzas Armadas parece viable, siempre y cuando no se alteren las misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas en la Constitución, límite respetado incluso de forma explícita en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005 (artículo 15.1).

De cualquier manera, debe estar claro que las propias Fuerzas Armadas carecen de toda autonomía para decidir el cumplimiento concreto de las misiones que les encomiendan la Constitución y las leyes. Y ello, tanto en sentido positivo como negativo. En efecto, las Fuerzas Armadas no pueden negarse a cumplir la voluntad expresada por el órgano político al que corresponde el poder de disposición sobre ellas. Ni siquiera al socaire de una posible distorsión entre el contenido de esa voluntad y las misiones

(32) El proyecto de Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005 (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, serie A, número 31-1, de 31 de marzo de 2005, páginas 1-9) preveía una misión mucho más amplia, al decir que las Fuerzas Armadas «ayudan a preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos» (artículo 14.3). La modificación del proyecto de ley en este punto, circunscribiendo la intervención militar a «los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente», se produjo en la Ponencia, a partir de la enmienda número 17 del Grupo de Izquierda Unida (*Boletín*, número 31-5, de 18 de mayo de 2005, página 22), que dio lugar a una enmienda transaccional aceptada por la Ponencia (*Boletín*, número 31-7, de 28 de junio de 2005, página 108),

constitucionalmente asignadas a las Fuerzas Armadas. Y ello, por la sencilla razón de que, sean cuales sean los medios existentes para controlar la debida adecuación entre tales extremos, es seguro que ninguno está atribuido a la apreciación de las propias Fuerzas Armadas (33). Por otra parte, si ha de rechazarse toda autonomía de las Fuerzas Armadas para incumplir la voluntad del órgano político que dispone de ellas, igualmente debe excluirse que puedan decidir independientemente el concreto cumplimiento de las misiones que se les atribuyen. No hay ningún poder de auto-disposición de los ejércitos (34).

5. LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA DE LA DEFENSA NACIONAL

Las cuestiones organizativas presentan una gran continuidad en las leyes de defensa nacional de 1980 y 2005. Naturalmente, ello es sin perjuicio de modificaciones relativas a la denominación y las atribuciones de las instituciones, así como al equilibrio de relaciones entre las mismas y a su ubicación sistemática en el texto legal. Iremos viendo estas diferencias en relación con los distintos órganos ejecutivos de la defensa nacional, dejando para el siguiente epígrafe el examen de los problemas específicos que suscita el control parlamentario de la defensa nacional.

Con carácter previo, en el aspecto sistemático, cabe destacar que la Ley de 1980, incluso tras su reforma de 1984, regulaba en el mismo título órganos políticos y militares, bajo el rótulo común de «órganos superiores de la

(33) Este planteamiento no queda en ningún modo excepcionado por la conocida previsión del artículo 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978, de 28 de diciembre):

«Cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.»

Obsérvese que este límite al deber de obediencia no está previsto para las Fuerzas Armadas como institución, sino sólo con referencia a sus componentes individuales, cada uno de los cuales asume «la grave responsabilidad de su acción u omisión».

(34) La vieja teoría del estado de necesidad, que justificaría la intervención de las Fuerzas Armadas en casos de máxima gravedad para la nación, resulta rigurosamente inaplicable a las Fuerzas Armadas como colectivo, puesto que carecen de órgano de expresión de voluntad propia. En efecto, el órgano constitucionalmente capacitado para manifestar toda posible «voluntad» de las Fuerzas Armadas es precisamente el órgano político al que se atribuye el poder de disposición sobre las mismas. Sobre esta cuestión, véase ampliamente Fernando LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, páginas 216 y siguientes (para los planteamientos tradicionales) y páginas 326-328 (para el análisis constitucional).

defensa nacional» (título I, artículos 5 a 13). En cambio, la Ley de 2005 no incluye órganos propiamente militares en la enumeración de los órganos de la defensa nacional, que se identifican como «poderes del Estado»: el Rey, las Cortes Generales, el Gobierno, el Presidente del Gobierno, el Ministro de Defensa y el Consejo de Defensa Nacional (título I, artículos 3 a 8). Aquí, nos limitaremos al examen de la evolución experimentada en relación con esos órganos políticos, sin entrar en la organización propiamente militar de la defensa nacional, cuyo pleno carácter administrativo queda reforzado, al establecerse legalmente que «en el Ministerio de Defensa se integran las Fuerzas Armadas» (Ley Orgánica de Defensa Nacional de 2005: artículo 9.2) (35).

a) La regulación relativa al *Rey* en las sucesivas Leyes Orgánicas de la Defensa Nacional viene limitándose a atribuirle los poderes que le corresponden conforme a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (Ley de 1980: artículo 5; Ley de 2005: artículo 3). Como es sabido, la doctrina sostiene que el mando supremo de las Fuerzas Armadas, atribuido al Rey en el artículo 62.h) de la Constitución, es de carácter simbólico, representativo u honorífico, expresión de una autoridad moral o eminente. Los poderes implicados y las responsabilidades subsiguientes corresponden exclusivamente al ejecutivo, según demuestra la exigencia constitucional de refrendo de los actos regios (Constitución: artículo 64) (36).

b) De manera similar a lo que sucede en relación con el monarca, la referencia legal a las atribuciones del *Gobierno* en esta materia reproduce las facultades constitucionales del mismo (Constitución: artículo 97). Por tanto, le corresponde «determinar la política de defensa y asegurar su ejecución, así como dirigir la Administración militar» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 5; precepto que reitera la regulación de la Ley de 1980: artículo 7).

Al igual que sucede en todos los Estados de Derecho, en nuestro ordenamiento, la evolución relativa a la organización de la defensa nacional tiende a concentrar mayores poderes en el ejecutivo. La genérica subordinación de las autoridades militares a las civiles se concreta en el principio de la estricta dependencia de las Fuerzas Armadas con respecto al Gobier-

(35) Sobre la integración de las Fuerzas Armadas en la Administración del Estado y las consecuencias que de ahí derivan, he de remitir a las tesis mantenidas en LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, obra citada, en especial, páginas 354-381; también Juan-Cruz ALLI TURRILLAS, *La profesión militar*, Madrid, INAP, 2000, páginas 46-50.

(36) Por todos, véanse: José María LAFUENTE BALLE, *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, Madrid, Edersa, 1987, páginas 6 y 355-360; Ignacio DE OTTO, «El mando supremo de las Fuerzas Armadas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 23 (1988), páginas 11-43; y Javier FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Rey, refrendo y 23-F», en el libro por el mismo dirigido, *25 años de Constitución y Fuerzas Armadas*, Zaragoza, Pórtico, 2003, páginas 21-38.

no. Y dentro del poder ejecutivo, a su vez, la pauta comparada, también observada en la legislación española, consiste en promover las facultades de órganos políticos unipersonales y de órganos colegiados de composición mixta político-militar (37). No obstante, sin abandonar esa general línea evolutiva, en el caso español cabe observar alguna alteración de la misma, s o rprendentemente encaminada a incrementar las facultades del legislativo.

En efecto, en la última regulación, se ha añadido la facultad del Gobierno de «acordar la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 5). Se trata de una nueva competencia legal expresa del Gobierno, que no reproduce ninguna atribución constitucional del mismo tenor. Sin embargo, lo que a primera vista pudiera parecer una ampliación de las facultades del ejecutivo, termina siendo lo contrario. Conviene recordar, en efecto, que, en el sistema de 1980, acordar toda actuación de las Fuerzas Armadas, dentro o fuera del territorio nacional, se entendía que era una facultad incluida en la competencia ejecutiva general del Gobierno, sin perjuicio de que su ejercicio hubiera de someterse a previa autorización parlamentaria cuando implicara una situación de guerra o de estado de sitio. En realidad, como veremos en el siguiente epígrafe, la misma solución general parece haya de ser establecida en el sistema de 2005, con la salvedad de las operaciones militares en cumplimiento de misiones internacionales. De manera que la limitación de las facultades del Gobierno introducida en la Ley de 2005 se refiere precisamente a la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional, cuando estén relacionadas con el cumplimiento de compromisos internacionales, como enseguida vamos a exponer.

c) La posición del *Presidente del Gobierno*, en cambio, ha experimentado un constante proceso de robustecimiento. Aunque también cabría pensar que las fórmulas legales se han ido paulatinamente complicando, mediante el empleo de matices lingüísticos que no siempre es seguro puedan resultar adecuados para afrontar las graves cuestiones de la defensa nacional, especialmente en situaciones de crisis.

Ciertamente, el punto de partida de la evolución legislativa podía resultar algo escueto, pues, conforme a la Ley de 1980, el Presidente del Gobierno se limitaba a dirigir y coordinar la acción del Gobierno en materia de defensa y a «ejercer la dirección de la guerra» (Ley Orgánica de la

(37) Véase Giuseppe DE VERGOTTINI, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1971, páginas 237-400, donde expone ampliamente las tendencias a la centralización y a la concentración de los poderes defensivos en el ejecutivo y, dentro de éste, en órganos unipersonales o integrados por miembros del propio Gobierno y jefes militares.

Defensa Nacional de 1980: artículo 8). Pero enseguida se puso remedio a ese ahorro de palabras y, tras la reforma de 1984, al Presidente del Gobierno le correspondía ya «la dirección de la política de defensa», especificándose legalmente que, «en consecuencia, ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1980-1984: artículo 8.1); además de la dirección de la guerra, se le atribuía «la formulación de las directivas para las negociaciones exteriores y la definición de los grandes planteamientos, tanto estratégicos como de la política militar» (artículo 8.2); asimismo, se establecía que el Presidente del Gobierno «define los grandes objetivos estratégicos, aprueba los planes que se derivan de esta definición, la distribución general de las fuerzas y las medidas destinadas a proveer las necesidades de los ejércitos» (artículo 8.3).

Siguiendo la anterior tendencia, en la Ley de 2005, junto a las atribuciones incluidas en las Leyes de 1980 y 1984, se especifica que la competencia del Presidente del Gobierno para dirigir la política de defensa comprende la «determinación de sus objetivos» y que le corresponde «la gestión de las situaciones de crisis que afecten a la defensa y la dirección estratégica de las operaciones militares en caso de uso de la fuerza» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 6.1); también se establece que la autoridad del Presidente del Gobierno en relación con las Fuerzas Armadas alcanza a «disponer su empleo» (artículo 6.2); por fin, se enumeran las competencias del Presidente del Gobierno «en el marco de la política de defensa», entre las que se incluyen las siguientes novedades legales: «formular la Directiva de Defensa nacional, en la que se establecerán las líneas generales de defensa y las directrices para su desarrollo» (artículo 6.3.a), «determinar la aplicación de los objetivos y las líneas básicas de actuación de las Fuerzas Armadas, tanto en el ámbito nacional como en el de la participación en las organizaciones internacionales de las que España forma parte» (artículo 6.3.c) y «ordenar las misiones de las Fuerzas Armadas» (artículo 6.3.d).

Como ya hemos dicho, no hace falta ponderar lo difícil que podría resultar diferenciar entre sí las anteriores expresiones legales, de manera que den lugar a funciones singularizadas del Presidente del Gobierno, tal como parece sugerir su empleo diferenciado en la Ley. Así, la «dirección estratégica de las operaciones militares» habría de ser algo diverso de «dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas» y también en relación con las Fuerzas Armadas, «disponer su empleo» no tendría que coincidir con «ordenar las misiones» de las mismas. Afortunadamente, tratándose de competencias propias del mismo órgano, las eventuales reiteraciones legales carecen de excesivas consecuencias prácticas.

d) Las atribuciones del *Ministro de Defensa* no han experimentado un paralelo proceso de constante ampliación legal. La Ley de 1980 resultaba más bien parca, al atribuirle «la ordenación y coordinación inmediatas de la política de defensa y la ejecución de la política militar correspondiente» y permitirle ejercer «todas las funciones de dirección de la política de defensa, que no se reserve o ejercite directamente el Presidente del Gobierno o que éste no delegue expresamente en un Vicepresidente» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1980: artículo 10). En cambio, la reforma de 1984 probablemente detalló en exceso las competencias del Ministro de Defensa, hasta el extremo de que algunas de ellas parecían condicionar el ejercicio de las facultades del Gobierno, como las relativas a «proponer al Gobierno» los objetivos de la política de defensa, el Plan Estratégico Conjunto y el Objetivo de Fuerza Conjunto o los programas económicos y financieros de la defensa nacional (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1980-1984: artículo 10) (38).

La Ley de 2005 ha aligerado el tratamiento de estas cuestiones, atribuyendo al Ministro de Defensa «el desarrollo y la ejecución de la política de defensa» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 7.1). La anterior fórmula genérica va acompañada de un listado de competencias específicas del Ministro de Defensa, donde se pone de relieve el carácter preferente de las correspondientes al Presidente y a su Gobierno, como no puede menos de ser (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 6.2).

e) El *Consejo de Defensa Nacional* es la nueva denominación de la Junta de Defensa Nacional. Se trata de un órgano colegiado, de composición político-militar, que desempeña funciones coordinadoras y consultivas. En la evolución de su régimen legal, se advierten posibles tensiones relativas al peso del elemento militar. Cabe, en todo caso, recordar que el nombramiento (y el cese) de los militares implicados siempre ha correspondido al Gobierno, de manera que la supremacía civil no se encuentra directamente en entredicho. No obstante, sin riesgo de caer en la arbitrariedad, podemos diferenciar los cargos reservados a militares de los cargos correspondientes a políticos, a fin de comprobar de qué lado se inclina la balanza del equilibrio entre elementos civiles y militares en este órgano.

(38) Conviene, no obstante, aclarar que alguna de las especificaciones introducidas en la reforma de 1984 como competencias del Ministro de Defensa se justifica al pertenecer anteriormente a órganos militares, por lo que, en ese aspecto, cabe apreciar un significativo avance del poder civil. Así, en 1980, era competencia de la Junta de Jefes de Estado Mayor «formular y proponer, para su aprobación por el Gobierno, el Plan Estratégico Conjunto, determinando, dentro de él, el Objetivo de Fuerza Conjunto» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1980: artículo 11.4.b).

Los militares integrados en la Junta o Consejo de Defensa Nacional siempre han sido cuatro (los tres jefes de los estados mayores de los ejércitos y el Jefe o Presidente de la Junta de Jefes de Estado Mayor). Pese a ello, el peso militar no es invariable, dados los cambios que se han experimentado en el número de miembros políticos y, por tanto, en el equilibrio de fuerzas.

En 1980, el proyecto de Ley remitido por el Gobierno había optado por la preponderancia militar en la Junta de Defensa Nacional, al garantizar únicamente la presencia de tres políticos (39). Sin embargo, a raíz de una modificación parlamentaria, finalmente la Ley estableció un mínimo de diez miembros del Gobierno en dicha Junta, incluyendo a los titulares de diversos ministerios sectoriales (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1980: artículo 9.1) (40). De esta manera, si bien quedaba asegurada una clara mayoría civil, se produjo el riesgo de generar un órgano de difícil manejo por el excesivo número de componentes y los diferentes intereses públicos que los mismos representaban.

En 1984, manteniéndose la supremacía civil, se redujo la representación política en la Junta de Defensa Nacional, al referirla específicamente al Presidente del Gobierno, los Vicepresidentes y los Ministros de Defensa, Asuntos Exteriores e Interior, aunque con la facultad del Presidente del Gobierno de incluir a aquellos otros ministros que «considerare oportuno» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1980-1984: artículo 9.1). En la práctica, ésta ha sido la composición de la Junta de Defensa Nacional que durante más tiempo ha estado vigente (de 1984 a 2005).

(39) El proyecto de Ley daba clara mayoría a los cuatro miembros militares, al garantizar la integración en ella de los siguientes políticos: el Presidente del Gobierno, los Vicepresidentes si los hubiere y el Ministro de Defensa (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, serie A, de 21 de septiembre de 1979, número 72-I, artículo 8).

(40) Junto al Presidente del Gobierno, los Vicepresidentes y el Ministro de Defensa, formaban parte de la Junta de Defensa Nacional siete ministros, los competentes en las áreas de asuntos exteriores, economía, hacienda, interior, industria y energía, sanidad y seguridad social y transportes y comunicaciones. La inclusión de esta larga lista de ministros fue debida a la aceptación parcial por la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados de la enmienda número 40 del Grupo Comunista al proyecto de la Ley Orgánica de Defensa Nacional de 1980 (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, serie A, de 8 de marzo de 1980, número 72-II, artículo 9).

La historia se repetía. El proyecto de la Ley de funciones de los órganos superiores del Estado en relación con la defensa nacional de 1978 no preveía la composición de la Junta de Defensa Nacional (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, de 15 de septiembre de 1978, número 148, páginas 3177-3181). En la tramitación parlamentaria, se integraron en ella, además del Presidente del Gobierno, el Ministro de Defensa y los cuatro jefes militares, los siete ministros citados, tal como figura en el correspondiente Dictamen de la Comisión de Defensa (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, de 18 de diciembre de 1978, número 206, páginas 4427-4430, artículo 8.2), accediendo, así, al texto definitivo de la norma (Ley 83/1978, de 28 de diciembre: artículo 8.2).

En 2005, el número de representantes políticos en el Consejo de Defensa Nacional ha vuelto a aumentar hasta ocho, incluyendo, junto al Presidente y Vicepresidentes, a los Ministros de Defensa, Interior, Asuntos Exteriores y Economía y Hacienda y también a los Directores del Centro Nacional de Inteligencia y del Gabinete de la Presidencia del Gobierno (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 8.5) (41). Por añadidura, ha de destacarse que se permite que el Presidente del Gobierno convoque al Consejo de Defensa Nacional al «resto de los miembros del Gobierno» (artículo 8.7) y a «otras autoridades o cargos de la Administración General del Estado», previéndose incluso que «las autoridades o cargos de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía deberán (*sic*) ser convocados cuando se estime oportuno» y que «igualmente podrán ser convocadas autoridades de los gobiernos locales o aquellas personas cuya contribución se considere relevante» (artículo 8.8) (42).

(41) En los debates parlamentarios de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional no llegaron aceptarse las enmiendas al proyecto que proponían incluir en el Consejo de Defensa Nacional a las siguientes autoridades: el Ministro de Fomento (enmienda número 11, de Izquierda Unida), el Secretario de Estado de Seguridad (enmiendas números 12 y 13 de Izquierda Unida, 122 del Partido Nacionalista Vasco y 153 de Coalición Canaria), «un representante de cada una de las nacionalidades, elegido por sus respectivos parlamentos» (enmienda número 75 de Esquerra Republicana), un «representante» de la Agencia Española de Cooperación Internacional (enmienda número 76 de Esquerra Republicana) y el Director General de la Guardia Civil (enmienda número 151 de Coalición Canaria); enmiendas que pueden consultarse en *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, serie A, de 18 de mayo de 2005, número 31-5. La enmienda número 153, relativa a la inclusión del Secretario de Estado de Seguridad, llegó al Pleno del Congreso, donde fue defendida sin éxito por el diputado canario Mardones Sevilla (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 110, sesión plenaria de 15 de septiembre de 2005, página 5526).

(42) Desde el punto de vista de la sintaxis, no parece acertado establecer que las autoridades autonómicas «deberán ser convocadas cuando se estime oportuno». La ambigüedad legal en este punto se produjo a raíz de la enmienda número 224 del Grupo Catalán, que proponía incluir el siguiente texto en el artículo 7.8 del proyecto de ley: «Los máximos representantes de las Comunidades Autónomas que cuenten con policía autonómica deberán a su vez ser convocados cuando sus respectivos territorios puedan verse de algún modo afectados por los asuntos de los que se ocupe el Consejo de Defensa Nacional» (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, serie A, de 18 de mayo de 2005, número 31-5, página 95). La Ponencia aceptó una enmienda transaccional donde se aprecia el citado matiz contradictorio del artículo 8.8 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005 (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, serie A, de 28 de junio de 2005, número 31-7, páginas 108 y 111). En la Comisión de Defensa, el diputado catalán Maldonado i Gili, tras advertir que «estamos aquí para defender aquello que representamos, que es el nacionalismo catalán», manifestó su satisfacción con la fórmula de la citada enmienda transaccional, advirtiendo que la preocupación determinante de su propuesta había sido «que en situaciones de peligro por un momento de crisis en el territorio los presidentes de las comunidades autónomas no formaran parte de aquellas entidades o entes que han de debatir actuaciones en él» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones*, número 332, sesión de la Comisión de Defensa de 28 de junio de 2005, página 10).

De esta forma, el Consejo de Defensa Nacional parece haber alcanzado una composición indeterminada e insólita. La posible inclusión en el mismo de todos los ministros carece ya de trascendencia específica, habida cuenta de la eventual participación de cualesquiera autoridades estatales, autonómicas y locales por la exclusiva voluntad del Presidente del Gobierno. Cabría incluso pensar que se está pretendiendo configurar un órgano que integre todas las vertientes de la seguridad interior y exterior, especialmente a la vista de la composición del Consejo Ejecutivo de dicho Consejo de Defensa Nacional, donde, junto a seis políticos, solo figura un militar (artículo 8.6).

Quizá se oriente en esa misma línea la atribución legal de carácter «coordinador» al Consejo de Defensa Nacional (artículo 8.1) y la creación de la Comisión Interministerial de Defensa, «como órgano de trabajo permanente» del mismo Consejo (artículo 8.9) (43). Según ya hemos visto, en la misma Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005, los poderes de coordinación del Consejo de Defensa Nacional en tiempo de guerra comprenden la generación de los recursos pertinentes, además de la Guardia Civil, el Cuerpo Nacional de Policía y la protección civil (artículos 22.2, 25, 27 y 28). En todo caso, la función asesora y consultiva del órgano en materia de defensa nacional ha evolucionado, pasando de referirse al Gobierno en la Ley de 1980 (no modificada en este aspecto en 1984), a referirse únicamente al Presidente del Gobierno en la Ley de 2005 (artículo 8.1). El cambio puede parecer lógico, aunque, un tanto contradictoriamente, se advierte que, entre las atribuciones del Consejo de Defensa Nacional, en el debate parlamentario, se incluyó «ofrecer *al Gobierno* propuestas sobre asuntos relacionados con la defensa que, afectando a varios Ministerios, exijan una propuesta conjunta» (artículo 8.4).

El conjunto de datos relacionado permite, en todo caso, concluir que el Consejo de Defensa Nacional es un órgano atípico, dentro de la Administración del Estado. Ya no parece pueda ser identificado como una de las comisiones delegadas del Gobierno reguladas con carácter general en la Ley del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre: artículo 6) (44). Incluso, a la vista de las incógnitas que, tanto orgánica como funcionalmente, suscita la nueva regulación del Consejo de Defensa Nacional, cabe

(43) En cambio, en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1980-1984, no se preveía ningún «órgano de trabajo» de la Junta de Defensa Nacional.

(44) Anteriormente, la Junta de Defensa Nacional creada por la Ley de 8 de agosto de 1939 (artículo 5) había asumido el carácter de Comisión Delegada del Gobierno por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (Texto Refundido, aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957: artículo 6).

plantearse si ello es producto de un proceso evolutivo o simple manifestación de las tensiones parlamentarias. En el primer supuesto, habría de esperarse, tras el perfeccionamiento de la regulación relativa al nuevo órgano, el definitivo arrinconamiento del modelo histórico de la Junta de Defensa Nacional, el cual, en el segundo caso, estaría, en cambio, llamado a pervivir, pese a las alteraciones introducidas en su denominación, composición y funciones.

6. EL CONTROL PARLAMENTARIO EN MATERIA DE DEFENSA NACIONAL

En 1980, la inclusión de las Cortes Generales en la organización política de la defensa nacional establecida legalmente hubo de ser promovida en los debates parlamentarios (45). En 2005, las mismas atribuciones parlamentarias han sido reproducidas, con algunas variantes (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 4.1) y una importante adición (artículo 4.2)

En realidad, las consecuencias prácticas de la enumeración de 1980, reproducida en 2005, parecen escasas, puesto que buena parte de las atribuciones puede considerarse simple concreción de las genéricas funciones parlamentarias (aprobar leyes y créditos presupuestarios y controlar la acción del Gobierno) o reproducción de competencias parlamentarias específicas ya previstas constitucionalmente (otorgar la autorización prevista en el artículo 63.3 de la Constitución, para que el Rey pueda declarar la guerra y hacer la paz, y otorgar las autorizaciones previstas en materia internacional en el artículo 94 de la Constitución). No obstante, cabe pensar que con esas referencias legales se proporciona seguridad en el ejercicio de las atribuciones parlamentarias constitucionalizadas e incluso que se garantiza cierta ampliación de las mismas en el ámbito de la defensa nacional.

Pero en la comparación de las atribuciones parlamentarias de 1980 y 2005 hay, como ya se ha dicho, algunas diferencias. La primera Ley, además de las atribuciones constitucionales citadas, imponía el debate en las Cortes Generales de «los programas de armamentos con las correspon-

(45) Véase el Informe de la Ponencia, que relata la aceptación de una enmienda del Grupo de Coalición Democrática (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, serie A, número 72-I 2, de 19 de febrero de 1980, página 356/8), que terminó siendo el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1980.

dientes inversiones a corto, medio y largo plazo» y también establecía reservas de ley, sobrepasando las estrictas obligaciones de previsión presupuestaria de los gastos militares, de manera que «los efectivos totales de las Fuerzas Armadas y sus plantillas se ajustarán a las previsiones determinadas en las leyes especiales de dotación y a la Ley de Presupuestos, sin sobrepasar los límites que en ellas se fijen» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1980: artículo 6.2). La segunda Ley no menciona las competencias parlamentarias que acaban de citarse y, en cambio, prevé el debate en las Cortes Generales de «las líneas generales de la política de defensa», con la obligación del Gobierno de presentar «las iniciativas correspondientes, singularmente los planes de reclutamiento y modernización» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 4.1.c).

Junto a las anteriores divergencias, ha de destacarse el establecimiento en la misma Ley de 2005 de una importante nueva atribución, al exigirse la autorización parlamentaria de ciertas misiones militares en el extranjero, cuestión que merece atención específica. Una vez más, el contenido de la nueva Ley ha sido consecuencia directa de los debates parlamentarios, que han llevado a establecer la atribución del Congreso de los Diputados de «autorizar, con carácter previo, la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional, de acuerdo con lo establecido en esta Ley» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 4.2) (46). Se trata de una competencia exclusiva del Congreso y no de las Cortes Generales, integradas también por el Senado. Una competencia importante, como ya hemos dicho, aunque su alcance pudiera parecer a primera vista algo más amplio de lo que legalmente es.

El supuesto de hecho determinante de tal competencia no viene referido, como inicialmente cabía pensar, a toda operación militar que se desenvuelva fuera del territorio nacional, sino solo a determinadas de estas operaciones, pues la atribución se realiza «de acuerdo con lo establecido en esta Ley», remisión que tiene indudables efectos limitativos. En la misma Ley se aclara la cuestión, al establecerse, primero, con carácter general, que al Gobierno corresponde «acordar la participación de las

(46) El proyecto de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005 solo atribuía al Congreso de los Diputados «examinar, con carácter previo, la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional, de acuerdo con lo establecido en esta Ley» (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, serie A, de 31 de marzo de 2005, número 31-1, artículo 3.2b). La correspondiente enmienda transaccional se aprobó en el Pleno del Congreso de los Diputados y fue objeto de trabajo por parte del Gobierno con los grupos de Esquerra Republicana de Catalunya e Izquierda Unida, según indicó el Ministro de Defensa (Bono Martínez) en su intervención parlamentaria (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 110, sesión plenaria de 15 de septiembre de 2005, página 5521).

Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 5) y, segundo, específicamente, que el mismo Gobierno solo ha de pedir la autorización del Congreso de los Diputados «para ordenar operaciones en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 17.1) (47). Se identifican, en consecuencia, como objeto de la autorización parlamentaria, las «misiones en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional», misiones que se circunscriben estrictamente a aquellas en las que concurran las siguientes condiciones legales (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 19):

«a) Que se realicen por petición expresa del Gobierno del Estado en cuyo territorio se desarrollen o estén autorizadas en resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o acordadas, en su caso, por organizaciones internacionales de las que España forme parte, particularmente la Unión Europea o la Organización del Tratado Atlántico Norte, en el marco de sus respectivas competencias.

b) Que cumplan con los fines defensivos, humanitarios, de estabilización o de mantenimiento y preservación de la paz, previstos y ordenados por las mencionadas organizaciones.

c) Que sean conformes con la Carta de las Naciones Unidas y que no se contradigan o vulneren los principios del Derecho internacional convencional que España ha incorporado a su ordenamiento, de conformidad con el artículo 96.1 de la Constitución.»

Los citados requisitos legales se exigen cumulativamente. De esta manera, un tanto inesperadamente, se abren vías para el control judicial de las actuaciones del ejecutivo en la materia. Sin duda, el rechazo a la parti-

Sobre la problemática general de la participación de las Fuerzas Armadas en misiones internacionales, con el telón de fondo de la intervención de España en la Guerra de Irak, véase Yolanda GAMARRO CHOPO, «La cuestión de la constitucionalidad de la participación de las Fuerzas Armadas españolas en misiones internacionales y su control político», en Javier FERNÁNDEZ LÓPEZ (coordinador), *25 años de Constitución y Fuerzas Armadas*, Zaragoza, Pórtico, 2003, páginas 127-164.

(47) En este sentido, conviene citar la declaración expresa del Ministro de Defensa (Bono Martínez): «Obviamente, no se precisa del control previo del parlamento para responder en legítima defensa a una agresión contra España o sus intereses nacionales» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 110, sesión plenaria de 15 de septiembre de 2005, página 5521).

cipación de España en la Guerra de Irak ha determinado ese estricto condicionamiento a lo que venía considerándose ámbito de decisión exclusivo del Gobierno. A partir de la Ley de 2005, el Gobierno únicamente podrá decidir por sí solo las operaciones militares en el exterior relacionadas con la defensa de España o del interés nacional.

Conviene aclarar, no obstante, que el carácter defensivo de las operaciones militares que puede acordar el propio Gobierno no circunscribe las mismas a operaciones de «respuesta a la agresión», al admitirse legalmente que las operaciones de las Fuerzas Armadas «pueden conducir a acciones de prevención de conflictos o disuasión» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 16) (48). Por añadidura, en relación con las operaciones militares en el exterior que precisen de autorización del Congreso de los Diputados, por no estar directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional, debe indicarse que dicha autorización admite legalmente las modalidades «de urgencia», cuando las misiones «requieran una respuesta rápida o inmediata a determinadas situaciones» (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 17.2), e incluso «de máxima urgencia», cuando «no fuera posible realizar la consulta previa», supuesto en el que «el Gobierno someterá al Congreso de los Diputados lo antes posible la decisión que haya adoptado para la ratificación, en su caso» (artículo 17.3).

Pese a las anteriores aclaraciones, debe insistirse en que se ha producido una importante reducción de las competencias que venían reconociéndose al ejecutivo. Incluso, en relación con todo tipo de operaciones militares en el exterior, se exige al Gobierno que informe periódicamente («en un plazo en ningún caso superior al año») sobre el desarrollo de las mismas al Congreso de los Diputados (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: artículo 18).

7. LA PROBLEMÁTICA CONTINUIDAD DE LAS REALES ORDENANZAS DE LAS FUERZAS ARMADAS

Como última cuestión, dentro de este repaso de los principales elementos de la evolución democrática de la defensa nacional, merece la pena detenerse en los problemas que suscita la continuidad de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978, de 28 de diciembre). El tra-

(48) En contra de esa posibilidad legal, como ya nos consta, véase MELERO ALONSO, *La declaración de guerra en el ordenamiento jurídico español*, obra citada, páginas 107-109.

tamiento de la cuestión en las leyes de la defensa nacional ha experimentado un notable cambio, pues mientras, en 1980, se acogía sin reservas la plena vigencia de las Reales Ordenanzas, en 2005, parece darse por supuesta la pronta derogación de las mismas.

Antes de entrar en esa cuestión, cabe indicar que, desde el punto de vista jurídico, algunos de los contenidos de las Reales Ordenanzas pueden suscitar extrañeza. En ellas, se definen extremos como la misma actitud de los componentes de los ejércitos en el combate, destacando, por ejemplo, «el valor, la acometividad, la serenidad y el espíritu de lucha» del «buen combatiente» (artículo 122), el cumplimiento de las misiones «con plena entrega, sacrificio y energía» (artículo 123) o el «ánimo resuelto para conseguir el éxito» (artículo 125), etcétera, etcétera. Quizá por ello, las propias Reales Ordenanzas se autodefinen como «regla moral de la institución militar» (artículo 1).

No obstante, ha de advertirse que en las Reales Ordenanzas se incluyen asimismo precisas obligaciones y prohibiciones, como las que limitan el ejercicio de ciertos derechos fundamentales de los militares: libertad de expresión (artículo 178), asociación sindical y política (artículos 181 y 182), entre otras. En estos casos no se producen dudas sobre el carácter jurídico de las normas correspondientes. Por eso, las mismas Reales Ordenanzas aseguran contener también «el marco que define las obligaciones y derechos» de los militares (artículo 1).

Entre la moral y el derecho, pues, se desenvuelven los contenidos de las Reales Ordenanzas, aunque es muy posible que las reglas de la moral militar, como consecuencia de su inclusión en una norma jurídica (las propias Reales Ordenanzas), ya no puedan dejar de ser calificadas como reglas de derecho. Así se pone especialmente de relieve cuando su incumplimiento lleva acarreada una sanción, como sucede con las infracciones tipificadas en la legislación penal y disciplinaria militar por referencia al incumplimiento de genéricos «deberes militares» (49).

De cualquier manera, el doble carácter, al menos en origen, de los contenidos de las Reales Ordenanzas, fue plenamente asumido, como ya se ha adelantado, en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1980 (inaltera-

(49) Eso parece suceder, por ejemplo, en el caso del militar «que se excusare de cumplir los deberes militares produciéndose o simulando alguna enfermedad o lesión, o empleando cualquier otro engaño», que es castigado como autor de un delito de deslealtad (Ley Orgánica 13/1995, de 9 de diciembre, Código Penal Militar: artículo 117) o con la tipificación como falta grave de la conducta del militar consistente en «incumplir un deber militar por temor a un riesgo personal» (Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas: artículo 8.3).

da en este punto en la reforma de 1984). En el artículo 26.1 de la misma, se estableció lo siguiente:

«Las obligaciones, normas de conducta, deberes y derechos específicos de los miembros de las Fuerzas Armadas, así como el régimen de vida y disciplina de las unidades, se determinan en las Reales Ordenanzas, regla moral de la institución militar.»

Las Reales Ordenanzas han sido cuestionadas también bajo otro punto de vista, por entender que infringen la reserva de ley orgánica relativa al «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» (Constitución: artículo 81.1). Y es que formalmente se trata, en efecto, de una ley publicada tras la entrada en vigor de la Constitución, por lo que habría de considerarse sujeta a la indicada reserva de ley orgánica. No obstante, concurren en la misma especiales circunstancias, como bien se preocupa de matizar Blanco Valdés (50):

«Las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas constituyen un caso peculiar, toda vez que estamos en presencia de una norma elaborada parlamentariamente de forma paralela a la Constitución, pero *posterior* a ella desde el punto de vista jurídico formal: es posterior su fecha de aprobación parlamentaria (31 de octubre y 20 de diciembre, respectivamente), su fecha de sanción (27 y 28 de diciembre), su fecha de publicación (28 de diciembre de 1978 y 12 de enero de 1979) y, final y consecuentemente, su fecha de entrada en vigor. En coherencia con ello, entendemos que en el momento en que se produce la entrada en vigor de las Reales Ordenanzas es ya de aplicación lo determinado en el artículo 81.1 de la Constitución, por lo cual, dado que las Reales Ordenanzas contienen en su título V (tratado III) un desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, y en la medida en que esa norma se aprueba mediante ley ordinaria y no a través de ley orgánica, habría que llegar a la

(50) Roberto BLANCO VALDÉS, *La ordenación constitucional de la defensa*, Madrid, Tecnos, 1988, página 92. Entre los autores que postulan la inconstitucionalidad de los preceptos de las Reales Ordenanzas que incluyen desarrollos de derechos fundamentales de los militares, cabe citar: Rafael MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «Las Reales Ordenanzas, ¿una norma inconstitucional?», en Manuel RAMÍREZ JIMÉNEZ (editor), *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Madrid, Trotta, 1995, páginas 501-511; y Eva SÁENZ ROYO, «Fuerzas Armadas y derechos fundamentales», en Javier FERNÁNDEZ LÓPEZ (coordinador), *25 años de Constitución y Fuerzas Armadas*, Zaragoza, Pórtico, 2003, página 61.

conclusión de que las Reales Ordenanzas, en la parte que afecta a la regulación de los derechos y libertades de los militares, son inconstitucionales.»

Conviene resaltar que, a pesar de la anterior denuncia doctrinal, llevamos casi treinta años aplicando las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. Con ello, no cabe significar, de ninguna manera, que el transcurso del tiempo haya podido producir la subsanación de sus eventuales vicios de inconstitucionalidad, pero tal circunstancia sí permite, al menos, reclamar prudencia en la estimación de unas consecuencias jurídicas que, por ahora, no han accedido a la jurisprudencia constitucional (51).

Ni siquiera podría asegurarse que estemos en presencia de una violación evidente de la reserva de ley orgánica. En efecto, tanto en la fecha de aprobación parlamentaria de las Reales Ordenanzas, como en la de su sanción y promulgación regias, la Constitución aún no se encontraba en vigor. Era imposible, en consecuencia, exigir de ninguna manera la observancia de una formalidad no vigente: nadie en el Parlamento, cuando aún no era aplicable la figura de la ley orgánica, podía imponer la observancia de sus formas; tampoco el Rey podía dejar de sancionar una ley que había seguido correctamente el *iter* parlamentario en vigor (52). Añádase que la misma figura constitucional de la ley orgánica, al imponer una mayoría reforzada para la aprobación de ciertas leyes, constituye un supuesto excepcional, cuyo alcance debe ser objeto de interpretación restringida, según ha puesto de relieve la jurisprudencia constitucional (desde la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero).

(51) Véase, en este mismo sentido, Agustín CORRALES ELIZONDO, «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», en *III Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2001, páginas 22-23.

Una cuestión distinta, que sí se ha planteado en la jurisprudencia constitucional, ha sido la posible vulneración material por las Reales Ordenanzas (artículo 181) de la regulación del derecho fundamental de asociación contenida en la Constitución (artículo 22), aunque sin llegar a admitirse tal vulneración, al haber prevalecido una interpretación conforme a la Constitución de la regulación contenida en las Reales Ordenanzas (Sentencia del Tribunal Constitucional 219/2001, de 31 de octubre). En relación con esa doctrina constitucional, Izquierda Unida presentó una proposición de Ley orgánica reguladora del derecho de asociación profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, serie B, de 28 de mayo de 2004, número 80-1), retirada posteriormente (*Boletín*, de 6 de mayo de 2005, número 80-2), coincidiendo con el inicio de los debates relativos al proyecto de Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005.

(52) Véase, en igual sentido, Joaquín María PEÑARRUBIA IZA, *Presupuestos constitucionales de la función militar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, páginas 147-148.

Por último, aunque concurriera la denunciada infracción de la reserva de ley orgánica, ésta podría afectar únicamente a algunos de los preceptos contenidos entre los artículos 168 y 185 de las Reales Ordenanzas, siempre que los mismos no hubieran de considerarse sustituidos por las referencias a los militares contenidas en las leyes orgánicas posteriores que han regulado con carácter general diferentes derechos fundamentales (53). Incluso ha de tenerse en cuenta que la eventual inconstitucionalidad de tales preceptos de las Reales Ordenanzas, por la citada infracción formal, podría determinar la recuperación de vigencia de la similar regulación anteriormente en vigor, contenida en el Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero, sobre ejercicio de actividades políticas y sindicales por componentes de las Fuerzas Armadas.

En conclusión, los problemas relativos al carácter propiamente jurídico y a la observancia de la reserva de ley orgánica no parece debieran producir, por sí solos, demasiadas inquietudes en torno a la vigencia general de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, sin perjuicio, naturalmente, de que el Gobierno y las Cortes Generales puedan asumir la conveniencia de modificar, total o parcialmente, el contenido material de las mismas. Tal parece ser la orientación adoptada en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005, en cuyo artículo 20 se establece lo siguiente:

«1. Mediante ley, de acuerdo con la Constitución, se establecerán las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares, en especial la disciplina, la jerarquía, los límites de la obediencia, así como el ejercicio del mando militar.

2. El Gobierno, mediante Real Decreto, procederá asimismo a desarrollar estas reglas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.»

El precepto viene a recoger los restos de una regulación más compleja y ponderada de la materia, que figuraba en el proyecto de ley. En efecto, dicho proyecto incluía un título IV, dedicado al «código de conducta de las Fuerzas Armadas», donde se establecían precisamente «las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares», cuya regulación, en cambio, el texto legal definitivo ha remitido a una futura ley. Esas reglas esenciales del proyecto de ley suponían, en parte, una condensación de los

(53) Véase, en tal sentido, Pedro T. NEVADO MORENO, *La función pública militar. Régimen jurídico del personal militar profesional*, Madrid, Pons, 1997, página 50 y nota correspondiente.

principios contenidos en las Reales Ordenanzas, de donde derivaba una coherente derogación de los correspondientes preceptos de éstas. Paralelamente, en el mismo proyecto de ley, se rebajaban a rango reglamentario los restantes preceptos de las Reales Ordenanzas (los no afectados por las «reglas esenciales») y se remitía al Gobierno la aprobación de unas nuevas Reales Ordenanzas que desarrollaran el código de conducta legalmente adoptado (54). De todo este armazón proyectado, casi nada ha quedado en la Ley de 2005, habida cuenta de la acción combinada, en la tramitación parlamentaria, de las exigencias de los diversos grupos que podían colaborar en la aprobación de la misma (55).

En definitiva, este último episodio abona la constatación, formulada al comienzo del trabajo, de la fuerte incidencia de las tensiones políticas en la más reciente regulación de la defensa nacional. A las dificultades de origen histórico, ideológico, económico o propiamente militar, que tradicionalmente han rodeado todo intento de regular jurídicamente la defensa nacional, en la Ley de 2005 se han unido inconvenientes coyunturales, que han terminado ejerciendo notable influjo en el texto legal. Desde el limitadísimo alcance de lo que intenta ser un tratamiento técnico-jurídico, no puede dejar de auspiciarse la recuperación del consenso político en materia de tan grave trascendencia.

(54) Proyecto de Ley Orgánica de la Defensa Nacional, artículos 19 a 23 («código de conducta de las Fuerzas Armadas»), disposición transitoria única (rango reglamentario de una lista de artículos de las Reales Ordenanzas) y disposición derogatoria 1.c (derogación de algunos artículos de las Reales Ordenanzas), en *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, serie A, de 31 de marzo de 2005, número 31-I, páginas 1-9.

(55) La completa reforma del título IV del proyecto de ley se produjo en la Ponencia (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, serie A, de 28 de junio de 2005, número 31-7, páginas 108 y siguientes) y la supresión de la rebaja normativa y derogación parcial de las Reales Ordenanzas en la Comisión de Defensa del Congreso (*Boletín*, de 7 de julio de 2005, número 31-8, páginas 119 y siguientes). Los debates en la citada Comisión estuvieron particularmente centrados en la enmienda número 229 del Grupo de Convergencia y Unión (defendida en la Comisión por el diputado Maldonado i Gili, en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones*, de 28 de junio de 2005, páginas 10-11), tendente a la creación del «Observatorio de la vida militar», que, finalmente, habrá de crearse mediante el proyecto de ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales, que el Gobierno hubiera debido remitir al Congreso de los Diputados en el plazo de tres meses (Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005: disposición final tercera).

JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES SOBRE GENOCIDIO, CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y CRÍMENES DE GUERRA^{*,**}

Alicia Gil Gil
Profesora titular de Derecho penal

I. LOS PROCESOS POR CRÍMENES INTERNACIONALES CELEBRADOS EN ESPAÑA

1. SUMARIO CHILE-ARGENTINA

Los primeros procesos abiertos en nuestro país por crímenes internacionales han sido los procesos judiciales por genocidio, terrorismo y torturas iniciados en los Juzgados Centrales de Instrucción n.º 5 y 6 de la Audiencia Nacional (AN) en los sumarios abiertos a raíz de los hechos cometidos durante las dictaduras argentina y chilena (1). El pleno de la Sala de lo Penal de AN los días 4 y 5 de noviembre de 1998 dicta sendos autos en los que reconoce la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile. La decisión interpretó que el art. 6 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no excluye la existencia de jurisdicciones distintas de las del territorio en el que se cometió el delito o

* Premio «José Francisco de Querol y Lombardero», 2006.

** Este artículo está dedicado a mi maestro el profesor José Cerezo Mir.

(1) *Comas de Arguémir*, La aplicación judicial del principio de justicia universal en España, en *El principio de justicia universal*, 2001, p. 174; *Gil Gil*, «Informe sobre España», en *Eser, Sieber, Kreicker* (eds.) *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, vol. 4, Berlin, 2005, pp. 181 y ss.

de un tribunal internacional. Para evitar la impunidad de quien lo comete, y por considerarlo crimen horrendo de Derecho internacional, la Audiencia estimó que la interpretación del delito de genocidio se debía hacer de manera que la expresión «grupo nacional» no significase «grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación», sino, simplemente, «grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor». Aunque con menor argumentación aceptó también la competencia para juzgar a *Pinochet* por los delitos de terrorismo y torturas. Personalmente no estoy de acuerdo con la calificación jurídica de los hechos que en mi opinión no constituían genocidio o terrorismo sino crímenes contra la humanidad (2), y por otro lado la competencia por el delito de torturas es sumamente cuestionable, como veremos.

Como es sabido, el Ministro del Interior británico decidió finalmente, el 2 de marzo de 2000, denegar la extradición a España de *Pinochet* por encontrarse «gravemente enfermo». Pero el proceso ha seguido su curso respecto de otros acusados. México procedió al cumplimiento de las órdenes internacionales de detención del juez español *Baltasar Garzón* y a la detención, el 24 de agosto de 2000 en Cancún, cuando intentaba volver a Buenos Aires, del oficial argentino *Ricardo Miguel Cavallo* para extraditarlo a España. También fue detenido, esta vez en España, el acusado *Adolfo Scilingo*, que se había presentado voluntariamente a declarar ante el juez *Garzón*. También en relación con el Sumario 19/97, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 dictó auto de fecha 9 de mayo de 2001 por el que admitía a trámite la querrela contra el ciudadano chileno *Hernán Julio Brady Roche* y acordó librar órdenes de busca y captura. Sin embargo, por auto de 31 de mayo de 2002 la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN procedió al archivo de las actuaciones contra *Hernán Julio Brady Roche*. La Sección Tercera apoyó sus argumentos en el auto del TS de 23 de mayo de 2002, en el que se desestima la querrela formulada por el Ministerio Fiscal contra *Arnaldo Otegui Mondragón* (3) y, en este sentido, acordó:

(2) *Gil Gil*, Derecho penal internacional, 1999, pp. 183 y ss. Posteriormente la AN cambió la calificación de los hechos en la sentencia contra *Scilingo* como veremos más adelante. Sobre los argumentos para ello puede verse mi comentario a dicha sentencia publicado en *Jueces para la Democracia*, julio, 2005.

(3) Afirma la Sección Tercera: «(...) la consecuencia más inmediata de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo en la interpretación del artículo 578 del Código Penal es la de excluir el delito de apología del terrorismo de los delitos considerados de terrorismo, y, en consecuencia, la imposibilidad de aplicación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el delito de apología del terrorismo. Esto significa que no le es aplicable al delito en cuestión la posibilidad de ser perseguido por los Tribunales españoles al haber sido cometido fuera del territorio nacional, porque la extraterritorialidad de la ley penal española sólo

«estimar el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Fiscal ... ante la inexistencia de jurisdicción de este Tribunal español para conocer de los hechos objeto de la querrela ... dejándose sin efecto los Autos recurridos y, consiguientemente, también la orden de detención internacional ...»

Sin embargo, la interpretación que la Sección Tercera hizo del caso *Otegui* era absolutamente errónea y el auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN fue objeto de un recurso de nulidad ante el Pleno de la Sala y de casación ante el Tribunal Supremo (TS). El TS resolvió en su sentencia n.º 319/2004, de 8 de marzo de 2004 (caso del Gral. chileno *Hernán Julio Brady Roche*), en la que rechazó la errónea interpretación del auto del caso *Otegui* realizada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN (4), asumió la doctrina sobre la jurisdic-

puede predicarse cuando se trata de perseguir delitos de terrorismo o genocidio. Así, a través de la interpretación de una norma de derecho penal material, se está restringiendo considerablemente la extraterritorialidad de la ley penal española. Estamos, por consiguiente, ante un giro copernicano en la aplicación extraterritorial de la ley penal española, pues la pauta que establece nuestro Tribunal Supremo en su resolución es la limitación de la posibilidad de aplicación extraterritorial de la ley penal interna. Esta nueva pauta interpretativa no existía cuando el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional formuló su interpretación extensiva del principio de aplicación extraterritorial de la ley penal española en su auto de 4 de noviembre de 1998, y, desde luego, debe tener su reflejo en la resolución a dictar en este caso, pues procede de nuestro más alto Tribunal. A esta interpretación restrictiva debe llegarse aplicando criterios de estricta lógica: no puede hacerse aplicación extensiva del principio de extraterritorialidad de la ley penal española para perseguir unos hechos acaecidos en Chile hace más de veinticinco años, cuando el propio Tribunal Supremo nos da una pauta contraria a la hora de enjuiciar hechos sucedidos en Francia el 30 de marzo de este año, consistentes en una de las conductas que más daño están haciendo a la sociedad española... Por consiguiente, el anterior criterio de la aplicación extensiva del principio de extraterritorialidad de la ley penal, debe ser sustituido por el novedosamente mantenido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y esa sustitución ha de llevar a la Sala a la conclusión de negar esa aplicación extraterritorial de la ley penal y, en consecuencia, a apreciar la falta de jurisdicción de este Tribunal para el conocimiento del asunto cuya resolución le ha sido encomendada.»

(4) Fundamento de Derecho segundo d): «Que en el auto dictado por este Tribunal, en el ‘caso Otegui’, no se examinó específicamente el ámbito de la jurisdicción española para conocer de hechos cometidos en el extranjero susceptibles de ser calificados como delitos de terrorismo, genocidio o torturas, por cuanto el fundamento de lo acordado en el mismo –al negar la competencia de los Tribunales españoles para juzgar el hecho imputado al citado parlamentario autonómico vasco– fue que la conducta atribuida al mismo (haber dado el grito: ‘Gora Euskadi ta Atkatasuna’, al terminar su intervención en el frontón Jai Alai, en la ciudad francesa de San Juan de Luz), constituía una apología genérica del terrorismo –un delito de opinión–, y que por tanto no podía considerarse un delito de terrorismo, tal como este delito es configurado en el ámbito internacional por los correspondientes Tratados, que es a los que ha de estar-se a la hora de definir el ámbito propio de la jurisdicción española para conocer de este tipo de delitos cometidos fuera del territorio nacional, sin perjuicio, lógicamente, de la calificación que en el ámbito interno pueda darse a este tipo de conductas en el Código Penal.»

ción española establecida en la sentencia del caso Guatemala (5) y conforme a la misma afirmó:

«... procede estimar los motivos de casación al principio citados, y, consiguientemente, dejar sin efecto el auto recurrido y declarar que los Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos objeto de la querrela criminal interpuesta contra el general chileno Hernán Julio Brady Roche, de acuerdo, lógicamente, con la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la sentencia del ‘Caso Guatemala’, a cuyo efecto debemos poner de manifiesto que, entre los hechos en los que –según la parte querellante– aparece implicado el citado general se encuentran los realizados contra dos sacerdotes españoles y la muerte del Diplomático español Don Carmelo Soria.»

Unos meses después llegó al TS la cuestión de la jurisdicción de los tribunales españoles sobre el caso Scilingo. En su sentencia 1362/2004 de 15 de noviembre el TS confirma la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas imputados a Scilingo. El 19 de abril de 2005 la Audiencia llega a la primera sentencia condenatoria en este sumario en la que se condena a Scilingo a 640 años de prisión por la comisión de delitos de lesa humanidad. La Audiencia ha cambiado la calificación jurídica de los hechos respecto de la que hizo el juez instructor y en lugar de por genocidio, terrorismo y torturas condena aplicando el nuevo artículo 607 bis que introdujo en nuestro ordenamiento los crímenes contra la humanidad en el año 2004. La Audiencia argumenta en su sentencia que ello no implica, sin embargo, una violación del principio de legalidad, pues los crímenes contra la humanidad ya existían en la costumbre internacional en el momento de comisión de los hechos. Además la Audiencia afirma su competencia sobre este delito recién incorporado a nuestro Cp apelando directamente a su carácter internacional, a pesar de que la competencia sobre el mismo por el principio de jurisdicción universal ni viene recogida expresamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) ni viene impuesta por ningún tratado internacional (6).

(5) Sobre el contenido de esta sentencia me extenderé *infra*.

(6) Sobre los fallos que en mi opinión presenta esta sentencia véase mi comentario en *Jueces para la Democracia*, julio, 2005, pp. 7 y ss., también publicado en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 07-r1 (2005). En contra de mis críticas véase *Cas-tresana* «De Nüremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo» en la misma revista, n.º de noviembre 2005, pp. 3 a 11. Sobre el principio de legalidad en Derecho penal internacional *Gil Gil*, Derecho penal internacional, 1999, pp. 66 ss.

2. CASO FIDEL CASTRO

Las decisiones de la AN de 4 y 5 de noviembre animaron a la presentación de otras denuncias y querellas por presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en otros países, principalmente del ámbito latinoamericano. La AN en un auto de 4 de marzo de 1999 rechazó la pretensión de enjuiciar a *Fidel Castro* con el argumento de que al tratarse de un Jefe de Estado en activo gozaba de inmunidad según el Derecho internacional consuetudinario (7). Esta interpretación parece haber sido confirmada por la posterior del Tribunal Internacional de Justicia en el caso *Yerodia* (8), en la que el TIJ afirma la existencia en el Derecho internacional consuetudinario de inmunidades de jurisdicción, si bien exceptúa de la regla de la inmunidad la persecución en el propio país, los casos en que el propio Estado decide levantar la inmunidad, la persecución de actos cometidos a título privado cuando el sujeto ha dejado ya el cargo oficial, y la persecución ante jurisdicciones penales internacionales.

3. CASO GUATEMALA

El caso Guatemala dio lugar al primer pronunciamiento del TS español sobre la competencia de nuestros tribunales en aplicación del principio de justicia universal. El 2 de diciembre de 1999 doña *Rigoberta Menchú Tum* presentó denuncia ante el Juzgado Central de Instrucción de guardia por delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal, imputados conjunta e indistintamente a los Grales. *Efraín Ríos Montt* y *Oscar Humberto Mejías Victores*, que ocuparon sucesivamente la Jefatura del gobierno golpista guatemalteco, al ex presidente *Fernando Romeo Lucas García* y a otros cinco acusados que ostentaron altos cargos en el gobierno, la policía y el ejército. El Ministerio Fiscal solicitó que se archivase las actuaciones argumentando que España no era competente para conocer de los hechos, entre otras razones porque los mismos no eran constitutivos de

(7) En dicho auto la Audiencia afirma: «La jurisdicción penal española no puede atribuirse el conocimiento de los hechos, supuestamente delictivos, (sean o no genocidio, terrorismo y torturas los delitos a que la querrela se refiere) en cuanto a que uno de los querrelados es el Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz que representa, frente a España la soberanía del pueblo cubano (...).

(8) CIJ, Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, 14 février 2002/04, <http://www.icj-cij.org>. Sobre lo criticable de esta doctrina véase *Henzelin*, L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice, *Revue Pénale Suisse* 2002, p. 251 y ss.

genocidio, ya que «de la denuncia interpuesta no se desprende el elemento subjetivo del injusto de destruir a un grupo nacional, étnico o religioso». El juez *Guillermo Ruiz Polanco*, en auto de 27 de marzo de 2000, desestimó la solicitud del Fiscal, y afirmó la competencia de su Juzgado para conocer de los hechos bajo la calificación de genocidio (9) y destacó que

«de la detenida lectura de la extensa e intensa documentación presentada por los denunciantes se infiere con total claridad que los hechos pretendidamente ejecutados por los denunciados se encaminaron al exterminio del pueblo maya en su realidad étnica, racial y social, en su pretextada calidad de favorecedor o encubridor –y aún de originador– de la insurgencia o revolución en Guatemala, así como a la eliminación de todo obstáculo ideológico –encarnado en sujetos individuales o colectivos– que pudiese representar un riesgo de fracaso de la prevalente finalidad genocida» (10).

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma y el juez lo desestima por auto de 27 de abril. El auto fue recurrido en apelación ante la Sala, que en su auto de 13 de diciembre de 2000, rechazó la competencia de los tribunales españoles argumentando que «(...) en el plano legislativo ningún impedimento existe para que la justicia guatemalteca persiga el delito (...)» y que «(...) no se constata ... que los jueces guatemaltecos de hoy se nieguen a actuar (...)» y por ello «el Pleno de la Sala no conceptúa acreditada la necesidad actual de que la jurisdicción española acuda al criterio subsidiario de persecución universal del delito de genocidio, en detrimento del criterio de territorialidad prevalente que proclama el artículo 6 del Convenio sobre Prevención y Sanción del delito de Genocidio, y en consecuencia se estima el recurso de apelación del Ministerio Fiscal». El auto de la Audiencia fue recurrido en casación. El TS admitió a trámite el recurso, y en su sentencia de 25 de febrero de 2003, tras hacer una interpretación restrictiva del art. 23.4 de la LOPJ, concluyó que, al no apreciarse ningún interés nacional español en relación directa con el delito de geno-

(9) No acepta la competencia directa sobre las torturas, sino como integrantes del delito de genocidio, y también a esta calificación reconduce los hechos supuestamente constitutivos de terrorismo (fundamento jurídico segundo).

(10) En mi opinión, al contrario de lo que hizo el Pleno en los autos de 4 y 5 de noviembre, aquí el juez instructor sí que fundamenta la existencia de un delito de genocidio en su sentido auténtico. Se trata de la intención de eliminación de un grupo étnico: los mayas, y no importan las razones que animen a ello (aquí políticas: identificar a dicho grupo con los instigadores o favorecedores de la insurgencia).

cidio, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia, ni se aprecia, la comisión de un delito de genocidio sobre españoles, ni tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes, aunque se hayan visto seriamente afectados por hechos susceptibles de ser calificados como delitos distintos, cometidos en su mismo contexto histórico, los tribunales españoles no tienen competencia con base en este delito. Respecto de la calificación de los hechos, el TS no entró a pronunciarse sobre cuestiones de tipicidad que no son objeto del recurso, pero manejó un concepto estricto de genocidio, como lo había hecho el Juez Instructor (11).

La sentencia del Tribunal Constitucional (TC) de 26 de septiembre de 2005 ha anulado la STS de 25 de febrero de 2003 por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. En esta sentencia el TC rechaza la interpretación restrictiva que el TS hizo del principio de jurisdicción universal, como explico extensamente a continuación. Comunicada la decisión del Constitucional, la Audiencia en un Acuerdo del pleno no jurisdiccional de 3 de noviembre de 2005, celebrado conforme al art. 264 LOPJ con el fin de unificar criterios, decide que en adelante y en cumplimiento de la citada sentencia del TC: examinará de oficio su propia jurisdicción, examinará de oficio la inactividad de los tribunales del territorio y de los tribunales internacionales y aceptará la jurisdicción «salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados (12) y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos» (13). La AN en ejecución de la citada STC 237/2005 ha dictado nueva resolución en el caso Guatemala admitiendo su competencia por Auto 178/2006 de 16 de febrero (14).

(11) Fundamento séptimo: «Solamente a los efectos de esta resolución se admite con carácter provisionalísimo, sin que ello implique perjuicio alguno respecto al fondo, que los hechos denunciados pueden ser constitutivos de un delito de genocidio en cuanto afectan al pueblo maya como grupo étnico.»

(12) En el Auto posterior de 10 de enero de 2006 (caso Tibet) que comento más abajo la Audiencia ha matizado que este requisito se refiere exclusivamente a que no se utilice la jurisdicción de este tribunal en ejercicio abusivo del derecho y no a que los hechos o el país en el que ocurran esté más o menos alejados de nuestro. Obviamente hacer depender la jurisdicción del número de kilómetros que distan entre nuestro país en lugar de comisión del delito hubiera sido un criterio arbitrario y absurdo. Parece por tanto que ha lo que se refiere la Audiencia es a que no se usen los tribunales españoles simplemente con fines políticos para atacar a un determinado gobierno o a un Estado. Se introduce sin embargo esta manera un nuevo límite a la jurisdicción de contornos bastante difusos.

(13) El acuerdo puede verse en la página web de la Universidad de Barcelona: www.ub.edu/dpenal, jurisprudencia, Audiencia Nacional.

(14) El auto puede consultarse en la página web de la Universidad de Barcelona: www.ub.edu/dpenal, jurisprudencia, Audiencia Nacional, salas, caso Rigoberta Menchú.

4. CASO JOSÉ COUSO

En octubre de 2005 se inicia el primer proceso en nuestro país por crímenes de guerra cometidos por ciudadanos norteamericanos en Irak. Por Auto del Juzgado de instrucción n. 1 de la Audiencia Nacional de 19 de octubre de 2005 se dicta orden internacional de busca, captura y detención a efectos de extradición contra tres militares estadounidenses acusados de crímenes de guerra por causar la muerte de dos periodistas, uno de ellos español (José Manuel Couso, de la cadena «Telecinco»), en el ataque al hotel «Palestina» de Bagdá, donde se alojaba la prensa internacional (15). Sin embargo, por Auto de 8 de marzo de 2006 la Sección Segunda de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional archiva las actuaciones argumentando falta de dolo (error en la identificación del enemigo), lo que excluye la calificación de crimen de guerra según los Convenios de Ginebra y con ello la jurisdicción de los tribunales españoles bajo el art. 23.4 h) LOPJ (16).

5. CASO TIBET

Muy recientemente, por Auto de 10 de enero de 2006, la Audiencia Nacional, siguiendo la reciente decisión del TC que acabo de comentar más arriba, ha afirmado su jurisdicción para conocer del delito de genocidio contra la población tibetana imputado a ex-autoridades chinas, revocando el auto del Juzgado de Instrucción n. 2 de la Audiencia Nacional de 5 de septiembre que basándose en la anterior jurisprudencia del TS corregida posteriormente por el TC había negado su competencia (17). En este Auto la Audiencia, siguiendo el Acuerdo de 3 de noviembre de 2005 comentado más arriba argumenta la inactividad de la jurisdicción china en la persecución del delito, estudia la imposibilidad de intervención de la Corte penal internacional por ser los hechos anteriores a la entrada en vigor del Estatuto y no ser ni China ni Tibet parte en el mismo y rechaza el exceso o abuso de derecho. Por tanto se abre un nuevo proceso por crímenes internacionales ante la Jurisdicción española.

(15) El auto puede consultarse en la página web de la Universidad de Barcelona: www.ub.edu/dpenal, apartado de jurisprudencia, Audiencia Nacional, Juzgados de Instrucción, caso José Couso.

(16) El auto puede consultarse en la página web de la Universidad de Barcelona: www.ub.edu/dpenal, jurisprudencia, Audiencia Nacional, salas, caso José Couso.

(17) El Auto puede verse en la página web de la Universidad de Barcelona: www.ub.edu/dpenal, jurisprudencia, Audiencia Nacional, Salas.

II. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA. REGULACIÓN Y LÍMITES

1. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA EN GENERAL

Los tribunales españoles sólo aplican la ley penal española, por lo que el ámbito de la jurisdicción española coincide con el de aplicación de la ley penal española. Las reglas de aplicación de la ley en el espacio y de jurisdicción de los tribunales penales españoles están recogidas en el art. 23 de la LOPJ de 1 de julio de 1985 y en el Código civil.

El CC, en su art. 8 n.º 1 establece:

«Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español».

El art. 23 LOPJ lo completa:

«1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

2. Asimismo, conocerán de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurieren los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado Internacional o de un acto normativo de una Organización Internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles.

c) Que el delincuente no hay sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean

susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c) Rebelión y sedición.
- d) Falsificación de la firma o estampillas reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- e) Falsificación de moneda española y su expedición.
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración pública española.
- i) Los relativos al control de cambios.

4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.

Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España

5. En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo».

En relación con la aplicación de la Ley penal militar, el art. 7 Código Penal Militar establece:

Los preceptos de esta Ley son aplicables a todos los hechos previstos en la misma con independencia del lugar de comisión, salvo lo establecido por Tratados y Convenios internacionales (18).

El principio básico de aplicación de la ley penal española es el principio de territorialidad (19), regulado en los arts. 8.1 CC y 23.1 LOPJ. Junto a este principio reconoce nuestra legislación como principios complementarios el de personalidad activa (20), regulado en el art. 23.2 LOPJ, el principio real o de protección de intereses (21), regulado en el art. 23.3 LOPJ y en el art. 7 del CPM (22) y el principio de justicia universal (23) recogido en el art. 23.4 LOPJ. En cambio, el ordenamiento español no recoge el principio de personalidad pasiva como tal, ni el de justicia penal substitutiva, aunque los mismos pueden tener entrada a través de la cláusula del art. 23.4.h) cuando España se haya comprometido convencionalmente a perseguir algún delito conforme a alguno de estos criterios, como, por ejemplo, la tortura, según opinión, que personalmente no comparto, del TS (24).

La LOPJ no establece ninguna limitación al principio de territorialidad. En cambio, para la aplicación extraterritorial de la ley penal española por los tribunales españoles se establecen determinados requisitos: En

(18) Es condición necesaria para ser sujeto activo de los delitos contenidos en el CPM ser militar. El art. 8 CPM da una definición de militar a los efectos de este Código. *Fernández Flores*, en *Blecua Fraga / Rodríguez-Villasante* (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, 1988, pp. 818 y 819 entiende que debe incluirse tanto el militar español como el extranjero, lo cual es conforme con el principio de represión universal que establecen los Convenios de Ginebra –arts. 49 del I, 50 del II, 129 del III y 146 del IV– y el art. 23.4.g) de nuestra LOPJ. De la misma opinión *Higuera Guimerá*, *Curso de Derecho penal militar español*, 1990, pp. 223 y 224. Véase sobre el concepto de militar *Jiménez y Jiménez*, *Introducción al Derecho Penal Militar*, pp. 150 a 152; *Martínez-Cardos Ruiz*, *Definición de militares*, en *Blecua Fraga / Rodríguez-Villasante* (coords.) *Comentarios al Código Penal Militar*, 1988, pp. 215 a 244; *Higuera Guimerá*, *Curso de Derecho penal militar español*, 1990, pp. 209 a 227. Sin embargo la Audiencia Nacional en el caso José Couso no invocó el CPM sino el CP común, véase el Auto del Juzgado de instrucción n. 1 de la Audiencia Nacional de 19 de octubre de 2005 y el Auto de 8 de marzo de 2006 la Sección Segunda de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional (supra notas 70 y 71).

(19) Sobre este principio y sobre el concepto de territorio español, véase por todos *Cerezo Mir*, *Curso de Derecho penal español*, I, 2004, pp. 239 y ss.

(20) Véase por todos *Cerezo Mir*, *Curso de Derecho penal español*, I, 2004, pp. 248 y ss.

(21) Véase por todos *Cerezo Mir*, *Curso de Derecho penal español*, I, 2004, pp. 252 y ss.

(22) Así *Cerezo Mir*, *Curso de Derecho penal español*, I, 2004, p. 253.

(23) Véase por todos *Cerezo Mir*, *Curso de Derecho penal español*, I, 2004, pp. 253 y ss.

(24) STS de 25 de febrero de 2003, caso Guatemala, fundamento duodécimo. En contra, *Rodríguez Ramos*, *Límites de la jurisdicción penal universal española* (A propósito de los casos *Pinochet* y *Guatemala*), *La Ley*, año XXIV, n.º 5788, 26 de mayo de 2003, pp. 2 y ss.

relación con el principio de personalidad activa se exige la punibilidad en el lugar de comisión (salvo que quede exceptuado por el Derecho internacional) y que el sujeto no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena; y en relación con los principios de protección de intereses y de justicia universal el único requisito es que el sujeto no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. La AN hizo una interpretación estricta de este requisito que le permitió no tener en cuenta las leyes argentinas de punto final y de obediencia debida con el argumento de que dichas leyes no establecían indultos (25) sino que despenalizaban conductas (26) –es preciso recordar que el Derecho espa-

(25) La amnistía consiste en una «derogación transitoria de la Ley» mediante la que a través de una ley general que beneficia a una pluralidad de sujetos, se cancelan los antecedentes penales, se suspenden los procesos judiciales en curso y se impide la iniciación de otros nuevos por los hechos que caen en la órbita de la amnistía, mientras que mediante el indulto, que puede ser individual o general, se concede al penado una remisión total o parcial de la pena impuesta, y presupone, por tanto, a diferencia de lo que sucede en la amnistía, una sentencia firme y la no cancelación de los antecedentes penales –*Gracia Martín*, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español, 2000, pp. 281 a 282.

(26) Auto AN (Sala de lo Penal, Sección 3.ª), de 4 noviembre 1998, Recurso de Apelación núm. 84/1998 (ARP 1998\5943). Fundamento jurídico «OCTAVO. Cosa juzgada. Las Leyes argentinas 23492 y 23521, de Punto Final y de Obediencia Debida. Las Leyes argentinas 23492 y 23521, de Punto Final y Obediencia Debida, han sido derogadas, si bien del documento presentado en el Juzgado por el recurrente Adolfo Francisco S., junto con escrito de fecha 17 de julio de este año (consistente en Resolución núm. 5/1998, del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas de Argentina, de fecha 2 julio 1998, obrante a los folios 18.559 y siguientes del sumario, por la que se declaran extinguidas las acciones que pudieran corresponder contra dicho recurrente por su presunta participación en los delitos del art. 10 de la Ley 23049), resulta que dichas Leyes de Punto Final y Obediencia Debida son aplicadas y determinan la exención de responsabilidad que se declara, argumentándose que, aunque derogadas, esas Leyes ya han operado sus efectos y mantienen virtualidad por el principio de la ultractividad de la Ley penal más benigna o favorable.» Y continúa el fundamento: «Con independencia de que dichas Leyes puedan tenerse por contrarias al ‘ius cogens’ internacional y hubiesen contravenido tratados internacionales que Argentina tenía suscritos, las indicadas Leyes vienen a ser normas despenalizadoras, en razón de no ejercicio de acción penal a partir de un determinado tiempo o en razón de la condición de sometido a jerarquía militar o funcional del sujeto activo. Vienen a despenalizar conductas, de modo que su aplicación no sería encuadrable en el supuesto de imputado absuelto o indultado en el extranjero [letra c) del apartado 2 del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial], sino en el caso de conducta no punible –a virtud de norma despenalizadora posterior– en el país de ejecución del delito [letra a) del mismo apartado 2 del art. 23 de la Ley citada], lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación del principio de protección o de persecución universal, visto lo dispuesto en el apartado 5 del tan aludido art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.»

ñol no menciona la amnistía (27) y prohíbe expresamente los indultos generales (art. 62 CE)–.

En general no se exige ni la punibilidad en el lugar de ejecución ni la presencia del delincuente en territorio español (28) (salvo en el nuevo apartado el apartado g) en el que se extiende la competencia universal a la persecución de la mutilación genital femenina, con la condición de que el culpable se encuentre en suelo español) (29), pudiendo obtenerse ésta última mediante una orden internacional de detención y la petición de extradición.

La LOPJ no exige ningún otro requisito o condición, pero las restricciones han sido introducidas recientemente por la jurisprudencia y por la LO de Cooperación con la CPI. El TS en su sentencia en el caso Guatemala hizo una interpretación restrictiva de este principio que exige una conexión con intereses españoles (30). En un principio la AN, en su auto de 13 de diciembre de 2000, había denegado la competencia de los tribunales españoles para conocer del genocidio cometido en Guatemala (31), argumentando que al no haber leyes en Guatemala que sancionen la impunidad existe la posibilidad de que los tribunales guatemaltecos juzguen los

(27) Nada se dice en la Constitución sobre la misma y la doctrina se encuentra dividida en relación con su admisibilidad. Una parte entiende que su ejercicio no está prohibido y deberá ser regulado por la ley que la conceda, véanse *Aguado Renedo*, Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia, 2001, pp. 82 y ss. y *Gracia Martín*, Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español, 2000, p. 283, con ulteriores citas. Otros autores, en cambio, han llegado a afirmar que la amnistía está prohibida en nuestro Derecho –véanse los autores citados por *Aguado* en la nota 97, p. 78.

(28) Lo mismo ocurre en las legislaciones de otros países, véase *Blanco Cordero, I.*, La Ley, 23 de marzo de 2004, p. 4.

(29) Este nuevo apartado g) ha sido introducido por LO 3 / 2005 de 8 de julio. Particularmente no veo ningún sentido a la extensión de la jurisdicción universal a una modalidad de lesiones comunes. Hubiera hecho mejor el legislador en extender este tipo de competencia a la persecución de los crímenes contra la humanidad.

(30) STS n.º 327/2003, de 25 de febrero de 2003.

(31) El Juzgado de Instrucción n.º 1 de la AN, en auto de 27 de marzo de 2000, había declarado su competencia para el conocimiento de los hechos, desestimando la solicitud de archivo formulada por el Ministerio Fiscal. El auto del Juzgado de Instrucción defiende que de la documentación presentada por los demandantes se infiere que los hechos se encaminaron al exterminio del pueblo maya en su realidad étnica, racial y social y declara su competencia para conocer del delito de genocidio con base en el art. 23.4.a) LOPJ. En cambio, respecto de los delitos de terrorismo y torturas dice que quedan integrados en el de genocidio, y en relación con las torturas afirma el juez instructor *Guillermo Ruiz Polanco* que en su opinión la misma no es perseguible de forma autónoma «toda vez que la ausencia de pronunciamiento de la Ley Orgánica del Poder Judicial al respecto no puede llenarse con el contenido del art. 5.2 de la Convención de 1984, pues en el caso examinado no se da el concreto alcance jurisdiccional extraterritorial al que dicho precepto internacional se refiere».

hechos (32). Concebía con ello la AN la competencia por el principio de justicia universal de forma subsidiaria. Esta interpretación carecía de base legal y, en mi opinión, respondía únicamente al deseo de frenar una posible avalancha de querellas ante la AN. La legislación española no contiene ninguna disposición de la que pueda deducirse la subsidiariedad del principio de justicia mundial y dicha consideración tampoco existe en el

(32) Auto de 13 de diciembre de 2000, Pleno de la Sala de lo Penal, Razonamiento jurídico segundo. «Ciertamente es que el art. 23.4.a) de la LOPJ atribuye un mandato a la Sala de lo Penal de la AN, que es la competente a tenor de los arts. 65 y 88 de la misma Ley, para la persecución del delito de genocidio que se haya cometido fuera del territorio español, pero también lo es que España es parte contratante del Convenio sobre el Genocidio de 09.12.1948 en virtud del Instrumento de Adhesión de 13.09.1968, y en consecuencia, al no haber hecho reserva alguna al art. 6 del Convenio, se debe cohonestar el principio de persecución universal del delito de genocidio, que nos impone el art. 23.4.a) de la LOPJ, con los criterios de atribución jurisdiccional del art. 6 del Convenio, que también es un mandato que tenemos por cuanto forma parte de nuestra legislación interna (art. 96 de la CE y art. 1.5 del CC), y así mismo, el principio general de subsidiariedad, que entendemos forma parte del *ius cogens* internacional y que ha cristalizado en el propio art. 6 del mentado Convenio, y más recientemente en los arts. 17 y ss. del Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado el 17.07.1998 y firmado por España el 18.07.1998, y con respecto al que se ha autorizado su ratificación por las Cortes Generales por LO 6/2000 (BOE nº 239, 5.10.2000).» A continuación recuerda que en sus autos de 4 y 5 de noviembre de 1998 (casos Chile y Argentina) había mantenido que el art. 6 de la Convención no impide la jurisdicción de otros Estados distintos de aquel en cuyo territorio se cometieron los hechos o de un tribunal internacional, pero destaca también de aquellos autos la siguiente frase: «Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el Derecho interno (art. 96 de la CE y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969), es que el art. 6 del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional.» Y concluye que «La postura del Pleno fue por tanto la siguiente: Subsidiariedad de la jurisdicción penal española para el delito de genocidio cuando los hechos son extraterritoriales». Que este criterio se desprenda del art. 6 de la Convención me parece bastante discutible, pero en todo caso el criterio de no asumir la competencia cuando otro tribunal de competencia «preferente» ya está conociendo de los hechos me parece bastante juicioso. Lo malo es que la Audiencia da un salto lógico a partir de aquí, pues en los autos de Chile y Argentina se refirió claramente a que los «hechos estuviesen siendo enjuiciados» mientras que en el caso de Guatemala se conforma con la posibilidad de que vayan a serlo en un futuro, lo que es algo muy distinto. El Pleno de la Audiencia afirma, no que el delito esté siendo perseguido en el Estado del territorio, lo que evidentemente no sucede, sino que «... en el plano legislativo ningún impedimento existe para que la justicia guatemalteca persiga el delito ...» (fundamento jurídico tercero) y que «... no se constata ... que los jueces guatemaltecos de hoy se nieguen a actuar ...» (fundamento jurídico cuarto). Por lo que concluye que «el Pleno de la Sala no conceptúa acreditada la necesidad actual de que la jurisdicción española acuda al criterio subsidiario de persecución universal del delito de genocidio, en detrimento del criterio de territorialidad prevalente que proclama el art. 6 del Convenio sobre Prevención y Sanción del delito de Genocidio, y en consecuencia se estima el recurso de apelación del Ministerio Fiscal» (fundamento jurídico quinto).

Derecho internacional consuetudinario (33). El auto fue recurrido en casación y el TS rechazó esta interpretación subsidiaria del principio con el siguiente argumento:

«el criterio de la subsidiariedad, además de no estar consagrado expresa o implícitamente en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, no resulta satisfactorio en la forma en que ha sido aplicado por el Tribunal de instancia. Determinar cuando procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad, real o aparente, de la jurisdicción del lugar, implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado soberano (...) una declaración de esta clase, que puede tener extraordinaria importancia en el ámbito de las relaciones internacionales, no corresponde a los Tribunales del Estado.» (34).

Con posterioridad se ha impuesto una versión mucho más razonable del «carácter subsidiario» del principio de justicia universal sustituyéndolo por el principio de «conurrencia» que entiende que se debe ceder la competencia a una jurisdicción preferente, como la del territorio, cuando esta efectivamente haya comenzado la persecución del delito (35).

Pero una vez rechazada aquella limitación la sentencia del TS en el caso Guatemala incluyó otra consistente en la necesidad de un punto de conexión directo con intereses nacionales. Tras admitir que el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no establece expresamente la jurisdicción universal, pero tampoco la prohíbe, afirma que el hecho de que el art. 23.4 de la LOPJ no establezca ninguna particularidad respecto al régimen de la persecución extraterritorial «no puede ser interpretado de manera que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a los que se refie-

(33) Véase, en contra de la interpretación de la AN, *Slepoy Prada*, El principio de justicia universal y su regulación en España, en *El principio de justicia universal*, 2001, pp. 140 y ss.

(34) STS n.º 327/2003, de 25 de febrero de 2003, fundamento sexto.

(35) Así el TS en el caso Perú –STS de 20 de mayo de 2003 (ponente *Conde-Pumpido*)–, argumentó que «el cambio político acontecido en el Perú ha determinado la iniciación de procesos penales contra varios de los querrelados». Esta comprensión del principio de justicia universal se ve confirmada en la STS en el caso *Scilingo*, de 15 de noviembre de 2004, fundamento jurídico sexto, y por la sentencia del TC de 26 de septiembre de 2006.

re». En opinión del TS, cuando la extensión extraterritorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, en tanto que afecte a bienes jurídicos de los que es titular la Comunidad internacional, se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de Derecho internacional público (el principio de no intervención en asuntos de otros Estados) (36), en los casos en que su proclamación no procede de una fuente reconocida en Derecho internacional, sino que ha sido asumida únicamente por el Derecho interno, como es el caso del genocidio (37). Además, «la conexión deberá aparecer en relación directa con el delito que se utiliza como base para afirmar la atribución de jurisdicción y no de otros delitos, aunque aparezcan relacionados con él... la existencia de una conexión en relación con un delito o delitos determinados no autoriza a extender la jurisdicción a otros diferentes en los que tal conexión no se aprecie». La decisión del caso Guatemala, a pesar de contar con el voto en contra de un amplio número de magistrados fue acogida en otras sentencias posteriores: el caso contra el Gral. chileno *Hernán Julio Brady Roche*, STS de 8 de marzo de 2004 (38), y el caso Scilingo, STS de 15 de noviembre de 2004 (39), con lo que puede decirse que ya había creado jurisprudencia, aunque lo cierto es que ambas sentencias relajaron algo la estricta interpretación de la sentencia Guatemala.

Las sentencias mencionadas resumen de la siguiente manera la doctrina establecida por el TS en el caso Guatemala (40):

(36) Los límites a este principio en lo referente a hechos que afectan a derechos humanos sólo operarían, según el TS, cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad internacional, y la posibilidad de intervención acordada en el Convenio contra el genocidio no es la jurisdicción universal sino el recurso a los órganos competentes de Naciones Unidas.

(37) El TS quiere fundamentar estos límites en la costumbre internacional, y para ello cita una serie de resoluciones de otros países y del TIJ, ninguna de las cuales, sin embargo, aborda el tema de la legalidad o los límites en Derecho internacional del ejercicio del principio de justicia universal. En concreto se refiere, por ejemplo, al caso *Sharon* ante la Corte de Casación belga y al caso *Yerodia*, en el que el TIJ no entró en la cuestión de la competencia universal sino que se limitó a analizar el tema de la inmunidad, como bien señala el voto particular en el mismo sentido *Henzelin*, La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l'arrêt Yerodia, *Revue Générale de Droit International Public* 2002, p. 820. Como también destaca el voto particular, la sentencia desconoce otras muchas resoluciones de tribunales nacionales y del propio TIJ que han reconocido el principio de justicia universal sin estas limitaciones y que contradicen la pretendida costumbre alegada por el voto mayoritario.

(38) STS núm. 319/2004.

(39) N.º: 1362/2004

(40) Citamos los fundamentos jurídicos de la STS de 8 de marzo de 2004, pero la STS en el caso Scilingo es una copia exacta de este resumen.

«Las líneas básicas de la citada resolución, en cuanto se refiere a la competencia de la jurisdicción española para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional, presuntamente constitutivos de determinados tipos delictivos objeto de tratados o convenios internacionales (art. 23.4 LOPJ [RCL 1985, 1578 y 2635]), resumidamente expuestas son:

1.^a) Que «hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción» (FJ 9.º).

2.^a) Que, en el artículo VIII del Convenio contra el genocidio, se establece que cada parte contratante puede «recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y represión de actos de genocidio», como ha ocurrido con la creación de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda (FJ 9.º).

3.^a) Que «el principio de no intervención en asuntos de otros Estados (artículo 27 de la Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones sólo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad Internacional»; y, a este respecto, se cita expresamente lo dispuesto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (FJ 9.º). Y,

4.^a) Que, en los Tratados Internacionales relativos a estas materias, «se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiéndose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado» (FJ 9.º).

En esta misma línea, se destaca también en dicha sentencia que, según se establece en el art. 23 4, g) (41) de la LOPI, la jurisdicción española será competente para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional, tipificados penalmente, cuando «según los tratados o convenios internacionales, deba(n) ser perseguido(s) en España» (FJ 10.º). Y, a este respecto, se hace expresa mención del artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, en el que se dispone que lo acordado en ellos «no puede ser alterado ni dejado de cumplir sobre la base de disposiciones de la legislación interna de cada Estado» (FJ 10.º).

Como corroboración de estos principios, la sentencia del Pleno de esta Sala hace una particular referencia –sin propósito exhaustivo– a lo dispuesto al efecto por los siguientes tratados y convenios: a) La Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, de 14 de diciembre de 1973 (BOE de 7 de febrero de 1986); b) el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970 (BOE de 15 de enero de 1973); c) el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, de 23 de septiembre de 1971 (BOE de 10 de enero de 1974); d) La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984 (BOE de 9 de noviembre de 1987); e) la Convención contra la toma de rehenes, de 17 de diciembre de 1979 (BOE de 7 de julio de 1984); f) el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 21 de enero de 1977 (BOE de 28 de octubre de 1980); g) el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999 (BOE de 23 de mayo de 2002); y, h) la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988 (BOE de 10 de noviembre de 1990) (FJ 10.º).

A la vista de todo ello, la sentencia subraya que «aunque los criterios de atribución utilizados (en los tratados y convenios internacionales citados) presentan ciertas variaciones en función de las características y naturaleza del delito, en ninguno de estos Tratados se establece de forma expresa la jurisdicción universal» (FJ 10.º).

«Cuando se va más allá de los efectos de los principios de territorialidad, real o de defensa y de personalidad activa o pasiva –se

(41) En la actualidad es el apartado h).

afirma en dicha sentencia—, se establece como fórmula de colaboración de cada uno de los Estados en la persecución de los delitos objeto de cada Tratado, la obligación de juzgar a los presuntos culpables cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por alguno de los otros Estados a los que el respectivo Convenio haya obligado a instituir su jurisdicción» (FJ 10.º).

Finalmente, como complemento de los anteriores principios, la sentencia citada reconoce que «una parte de la doctrina y algunos Tribunales nacionales se han inclinado por reconocer la relevancia que a estos efectos pudiera tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención» (FJ 10.º). En este contexto, el Pleno de este Tribunal estimó, en la referida resolución, que «en los casos de los sacerdotes españoles..., así como en el caso del asalto a la Embajada Española en Guatemala, respecto de las víctimas de nacionalidad española, una vez comprobados debidamente los extremos que requiere el artículo 5 del Convenio contra la Tortura, los Tribunales españoles tienen jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos culpables» (FJ 11.º).

Pero a pesar de repetir la doctrina anterior, a la hora de concluir conforme a la misma en el caso concreto que les ocupa, las mencionadas sentencias operan una relajación de todos los requisitos que acaban de mencionar. Relajación que unas veces es, en mi opinión, aplaudible, y otras, en cambio, censurable. Así, el TS en el caso Scilingo afirma que aunque ni el Convenio internacional contra el genocidio, ni el Convenio Europeo contra el terrorismo, ni la Convención contra la tortura establecen el principio de justicia universal...

„... surge, sin embargo, la obligación de juzgar a los presuntos culpables cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por alguno de los otros Estados a los que el respectivo Convenio haya obligado a instituir su jurisdicción. Finalmente, como complemento de los anteriores principios, la jurisprudencia de esta Sala, antes mencionada, reconoce la relevancia que a estos efectos pudiera tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a cri-

terios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención. Y ciertamente, en el caso a que se contrae la excepción de jurisdicción que examinamos, es aplicable el artículo 23.4 en cuanto establece que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse según la ley penal española, como delitos de genocidio, terrorismo, entre otras figuras delictivas y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España, extensión de jurisdicción, que por lo antes expuesto, en este caso y respecto a los delitos de los que se acusa al recurrente, es compatible con las exigencias derivadas del orden internacional, ya que los delitos de genocidio, torturas y terrorismo afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la Comunidad Internacional, y si a ello añadimos que el presunto culpable se haya en territorio español, que existe un punto de conexión directo con intereses nacionales en cuanto aparecen víctimas de nacionalidad española y que no consta que se encuentre encausado por estos mismos hechos en Argentina, siendo de reiterar las razones que se expresan en el auto recurrido, por lo que no puede hablarse de litis pendencia ni de «non bis in idem» en cuanto los concretos graves crímenes objeto de acusación, según las actuaciones, no están siendo perseguidos por la jurisdicción territorial».

Es decir, por una parte parece convertir la presencia del acusado en territorio español en fundamento para la jurisdicción, y se le olvida el dato fundamental de que ello exigiría que se diese la premisa, que no concurre en ninguno de los casos analizados, de que se hubiese solicitado la extradición a España del presunto responsable y ésta hubiese sido denegada (42), lo que me parece rechazable. Por otro, no es cierto que siga la doctrina de la sentencia Guatemala en cuanto a la exigencia de conexión con intereses españoles, ya que aquella sentencia limitaba la competencia a los casos de víctimas españolas, rechazando además el genocidio del grupo nacional de los españoles o que un posible delito de terrorismo afectara a intereses españoles, mientras que aquí se conforma el tribunal para afirmar

(42) El principio *aut dedere aut punire* está pensado para evitar la impunidad a la que llevan algunas limitaciones a la extradición como por ej. la nacionalidad del autor, pero no otorga competencia sobre un delito por la mera presencia del acusado en el territorio. Sobre las diferencias entre este principio y el de Justicia mundial *Blanco Cordero*, La Ley, 5980, 22 marzo 2004, p. 3; *Martín Martínez*, University of Miami International and Comparative Law Review, 9, 2000/2001, p. 185.

la conexión con la existencia en el contexto enjuicado de víctimas españolas que al parecer legitimaría la competencia sobre todos los demás casos en los que no se puede probar una víctima española (43). Esta ampliación no me parece tan censurable dado que lo rechazable era aquella exigencia, aunque sí rechazo la interpretación amplia de genocidio a la que de nuevo parece apuntarse.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 ha anulado la STS de 25 de febrero de 2003, y con ello la jurisprudencia posterior basada en ella, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. En esta sentencia el Tribunal Constitucional refuta con gran acierto la jurisprudencia del TS en materia de persecución de crímenes internacionales bajo el principio de jurisdicción universal. Se rechaza el principio de subsidiariedad que manejó la AN en el caso Guatemala y repitió en el caso Scilingo, sustituyéndose por el de concurrencia, según el cual se debe ceder la competencia a una jurisdicción concurrente preferente como la del territorio, pero ello no implica en ningún caso la obligación de que el denunciante acredite plenamente la imposibilidad legal o la prolongada inactividad judicial, como pretendía la AN. Rechaza también el TC la existencia en Derecho internacional consuetudinario de límites al ejercicio unilateral (no dispuesto en un Convenio internacional) del principio de jurisdicción universal que argumentó el TS, y en especial rechaza la exigencia de un punto de conexión como la nacionalidad de la víctima, vínculos con intereses españoles o la presencia del acusado en territorio español. Todos ellos son, según el TC, requisitos establecidos *contra legem* y son contrarios al fundamento y los fines del principio de jurisdicción universal, los dos primeros además desnaturalizan el principio conduciendo a la derogación de facto del art. 23. 4 LOPJ (44). Afirma con razón el TC que la persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las parti-

(43) En el proceso a Scilingo llevado a cabo ante la Audiencia Nacional se recoge una lista de víctimas españolas de la Dictadura argentina pero se admite que no se sabe si en alguno de los vuelos de la muerte en los que participó Scilingo había algún español. El acusado es condenado finalmente por la muerte de 30 personas de identidad desconocida y tampoco las personas torturada y detenida se dice que tuvieran nacionalidad española. A la Audiencia le basta con la presencia de víctimas españolas en el contexto y no lo exige en los delitos concretos imputados en contra de lo que había decidido el TS en el caso Guatemala. Véase SAN 16/2005 de 19 de abril, fundamento jurídico primero, punto 6.3.

(44) El voto particular –fundamento séptimo– insiste en que se trata de una interpretación *contra legem* y que viene a derogar en la práctica el principio –fundamento undécimo–. Así lo había manifestado también la doctrina, véase *Cerezo Mir*, Curso I, p. 256; *Gil Gil*, Informe sobre España, ob. cit., p. 143 y 188, *Blanco Cordero*, La Ley, 23 marzo 2004, p. 5.

culares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos.

Sin embargo, las mayores limitaciones al principio de justicia universal, más allá incluso de aquella interpretación restrictiva realizada por el TS, han sido introducidas por la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la CPI. El art. 7.2 de la LO de Cooperación dispone:

Art. 7.2

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

En principio no parece mal que se ceda la competencia a la CPI en el entendimiento de que la competencia de un órgano internacional puede ser preferible a la nacional bajo el principio de justicia universal, para evitar tensiones, conflictos y presiones políticas, pero por otro lado tenemos que pensar que la Corte actúa con unos medios personales y materiales muy limitados y que por ello el principio de complementariedad está pensado no sólo para proteger la soberanía de los Estados cuando estos reclaman la competencia por los principios de territorialidad o personalidad, sino también como mecanismo de colaboración en la tarea de impartir justicia ante la mencionada limitación de las posibilidades, no sólo legales, sino prácticas, de actuación de la Corte (45).

(45) A las limitaciones expresas previstas en el Estatuto a la competencia de la Corte hay que añadir la autolimitación derivada de la interpretación del art. 17.1. d y en concreto del requisito de gravedad de los crímenes que ha realizado la Corte en su reciente decisión de la Sala de cuestiones preliminares de 26 de febrero de 2006 en el caso Lubanga. En

Además, si unimos esta «cesión de competencia» al monopolio político de la interposición de la demanda, impidiendo al juez o fiscal que ha entendido que el supuesto puede ser competencia de la Corte dirigirse a ésta, y si además el gobierno no está tampoco obligado en tales casos a presentar la demanda, entiendo que se está eliminando el principio de legalidad que inspiraba hasta ahora el sistema procesal español. Si a ello unimos que el gobierno se atribuye expresamente la posibilidad de tener en cuenta consideraciones políticas para no denunciar, entiendo que infringe sus obligaciones de lucha contra la impunidad de estos delitos como Estado parte en el Estatuto de Roma. El compromiso adquirido por España al firmar y ratificar el Estatuto, de luchar contra la impunidad de los crímenes en él contenidos y de cooperar con la CPI exigiría, en mi opinión, que la prohibición a los jueces y tribunales españoles de conocer de los delitos que pudieran ser competencia de la Corte fuera acompañada en esos supuestos de inhibición de nuestros tribunales de la obligación del gobierno (puesto que se ha reservado tal facultad) de interponer la demanda correspondiente ante la Corte. Resulta evidentemente contradictorio con el compromiso de luchar contra el delito impedir que los jueces nacionales actúen y no activar tampoco en tales casos la competencia de la Corte.

Resulta además llamativo el hecho de que el legislador no haya reservado siquiera para la jurisdicción nacional los casos de delitos perseguibles bajo el principio de justicia universal en los que se vean afectados víctimas o intereses españoles, pues aunque nuestro ordenamiento no contempla el principio de personalidad pasiva, la lamentable decisión del TS en el caso Guatemala, aunque limitó *contra legem* el principio de justicia universal, al menos dejó a salvo para los tribunales nacionales dichos casos. Por fortuna el TC ha corregido la interpretación del TS, porque nos encontrábamos con que, por el juego de la LO de Coopera-

esta decisión la Sala de Cuestiones Preliminares ha restringido la competencia de la Corte exclusivamente a los delitos más graves imputados a personas que ostente un alto grado de responsabilidad en el Estado u organización criminal (véanse en especial los párrafos 42 y ss.). La decisión puede verse en <http://www.ub.edu/dpenal/>. Se trata sin duda de una decisión de suma importancia pues en ella se definen los requisitos de la competencia de la Corte, la relación con las jurisdicciones internas y especialmente el requisito de la «gravidad» de los hechos que según esta decisión exige un examen sobre tres aspectos: la comisión del delito de manera sistemática o a gran escala, la posición del acusado en el Estado, organización o grupo armado (en contra de lo que vienen haciendo los tribunales ad hoc para Yugoslavia y Ruanda, la Corte afirma que solo va a juzgar a los líderes, no a los peones) y el grado de responsabilidad en el delito que se le atribuye al acusado. Por lo tanto parece que la responsabilidad de los «peones» deberá ser enjuiciada por las jurisdicciones internas.

ción y aquella jurisprudencia, el principio de justicia universal se veía sumamente limitado (46).

Por supuesto hay que interpretar que será el juez español ante el que se interponga la denuncia el que determinará en un primer momento si la Corte es o no competente para juzgar los hechos, y para ello tendrá en cuenta no sólo la naturaleza del delito denunciado, sino también los criterios de competencia derivados del lugar y tiempo de comisión del delito (47).

El precepto fue tan criticado por la doctrina, las asociaciones de jueces y fiscales y las ONGs cuando se dio a conocer el Proyecto, que el prelegislador se vio obligado a introducir un nuevo párrafo:

Art. 7.3

No obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes.

Sin embargo, este párrafo no soluciona ni el incumplimiento de los deberes de España como Estado parte, ni la vulneración del principio de legalidad, sino que pretende dar una salida a la víctima ante la eventualidad de que la Corte no admita el asunto. La solución a este problema, no obstante, tampoco es convincente, pues no se establece un plazo de espera para entender que el fiscal no ha acordado la apertura de la investigación (48).

(46) Por un lado sucedía que si por la naturaleza del delito eran competentes los tribunales españoles bajo el principio de justicia universal, según el TS no podían, sin embargo, actuar salvo que hubiera víctimas españolas (exceptuándose aquí los supuestos de crímenes de guerra, pues las Convenciones de Ginebra son las únicas que imponen el principio de justicia universal). Pero por otro lado además, según la LO de Cooperación, aunque hubiera víctimas españolas tampoco podían actuar los tribunales españoles si pudiera ser competente sobre el caso la Corte.

(47) La Corte no es competente si el delito se cometió antes de la entrada en vigor del Estatuto (art. 11 ECPI), ni tampoco si ni el Estado en cuyo territorio se cometió, ni aquél cuyo nacional lo cometió son Parte en el Estatuto ni dan su consentimiento (art. 13 ECPI). Véase *Gil Gil*, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999, p. 67 y ss.; *Derecho penal internacional*, Madrid, 1999, pp. 64-65.

(48) El art. 15 del ECPI y la Regla 104 de Procedimiento y Prueba establecen que el Fiscal analizará la veracidad de las informaciones recibidas antes de abrir una investigación, para lo cual podrá recabar más información de Estados y Organizaciones. Si tras el examen preliminar entiende que no hay fundamento para una investigación informará de ello a quienes hubieran presentado la información. Véase *Gómez Colomer*, *El Tribunal penal internacional: investigación y acusación*, 2003, pp. 124 y ss. No se establece ningún plazo para iniciar el examen ni tampoco está muy claro, en mi opinión, que deba hacerse en todos los casos, si es que ello es posible, dada la avalancha de informaciones recibidas en la oficina del Fiscal.

En mi opinión dado el amplio volumen de informaciones que ha recibido el fiscal hasta el momento, no debería exigirse a la víctima la respuesta expresa a la que hace referencia el punto 6 del art. 15 del Estatuto para permitirle volver a la jurisdicción nacional, sino que, si dado un plazo razonable, el fiscal no ha procedido siquiera a realizar el examen preliminar destinado a analizar la veracidad de la información a la que se refiere dicho artículo, debería entenderse que los tribunales nacionales recuperan automáticamente la competencia en el entendimiento de que se cumple el requisito establecido en el art. 7.3 de la LO de Cooperación, de que el fiscal no ha acordado la apertura de la investigación.

En todo caso opino que hubiera sido preferible seguir el modelo alemán (49), concediendo la capacidad de iniciar un procedimiento por el principio de justicia universal a la decisión libre e independiente de los fiscales (o de los jueces en el caso de denuncias de las víctimas) tal y como sucedía hasta ahora en nuestro sistema, reservando en todo caso para los tribunales españoles los supuestos de víctimas o intereses españoles y cediendo la competencia a la Corte sólo cuando ésta ya ha iniciado el procedimiento, incluyendo si se quiere, como manifestación del principio de oportunidad –pero con motivos tasados y sujetos a control–, una posibilidad de renuncia a la persecución a decisión del fiscal o del órgano judicial, y no del gobierno. Como sucede en la legislación alemana, dicha renuncia habría de responder realmente a razones de economía procesal, cuando se vea claro que no va a ser posible conseguir la presencia del acusado, y no a razones políticas desvinculadas totalmente del interés de la Justicia.

2. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN PARA LOS CRÍMENES INTERNACIONALES RECOGIDOS EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

Para el delito de genocidio rige el principio de jurisdicción universal, por el que los tribunales españoles tienen jurisdicción por razón del delito, con independencia de la nacionalidad del autor o de la víctima y del lugar de comisión. Este principio no está limitado en la ley por ninguna exigencia de conexión especial, dicha limitación fue introducida por la jurisprudencia del TS, como acabamos de ver, en interpretación posteriormente corregida por el TC, y otras limitaciones han sido introducidas por la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la CPI (50).

(49) Véase la Ley alemana de Código penal internacional de 26 de junio de 2002, art. 3.5.

(50) Véase el apartado anterior.

Respecto de los crímenes contra la humanidad, a pesar de que se había propuesto que a su incorporación en el CP le acompañase una reforma de la LOPJ en la que se otorgase a los nuevos tipos la cualidad de delitos perseguibles bajo el principio de jurisdicción universal (51), dicha modificación no se ha realizado ni es en estos momentos esperable. Por lo tanto, los crímenes contra la humanidad sólo serán perseguibles por los tribunales españoles cuando hayan sido cometidos en territorio español (art. 23.1 LOPJ) o cuando a pesar de haberse cometido en el extranjero el autor tenga nacionalidad española (y concurren los requisitos establecidos en el art. 23.2 LOPJ) o sea funcionario público español y haya actuado en el ejercicio de sus funciones (art. 23.3 LOPJ) o la víctima sea una autoridad o un funcionario público español, el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente (art. 23.3 LOPJ). En relación con el anterior apartado g) –hoy h)– del art. 23.4 se pretendió argumentar la jurisdicción española, con base al principio de justicia universal, sobre el delito de tortura aludiendo al art. 5 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 (52). Sin embargo, en mi opinión este artículo no obliga a España a castigar el delito de tortura con independencia del lugar de su comisión, como sería necesario para aplicar la letra h), sino sólo a juzgar en el caso de negarse una extradición que aquí no se ha solicitado (es precisamente el juez español el que solicita la extradición arrogándose la competencia) (53). El juez de Instrucción

(51) Véase en este sentido *Grupo de Estudios de Política Criminal*, Una propuesta de Justicia penal internacional, Documentos, n.º 6, 2002, p. 57.

(52) Art. 5: 1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:

a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;

b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;

c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

2. Todo Estado parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

(53) A favor de la existencia del principio de jurisdicción universal para el delito de torturas se manifiesta *Gómez Benítez*, Jurisdicción universal por crímenes de guerra, contra la humanidad, genocidio y torturas, en *El principio de justicia universal*, 2001, pp. 64 y ss., pero todos los textos y opiniones que cita defienden la capacidad, no la obligación de los Estados de asumir la competencia por ese principio, mientras que para aplicar el antiguo apartado g) debe tratarse de una obligación de asumir la competencia, no de una mera facultad. En su opinión la obligación del art. 49 del I Convenio de Ginebra de hacer comparecer ante los tribunales propios a los autores de crímenes de guerra o entregarlos a otra

de la AN *Guillermo Ruiz Polanco* tampoco estimó aplicable el art. 5.2 de la Convención para fundamentar el principio de persecución universal de la tortura en el caso Guatemala (54). La AN en los autos en los que confirma la jurisdicción de los tribunales españoles en los casos de Chile y Argentina, no entra a analizar estos problemas y pasa de puntillas sobre el tema de la existencia o no de competencia de los tribunales españoles sobre el delito de torturas con base en la Convención de 1984 (55). El TS, en su sentencia de 25 de febrero de 2003 en el caso Guatemala, admite la competencia de los tribunales españoles por delitos de tortura, pero no por el principio de justicia universal, sino por el de personalidad pasiva, por lo que la reduce a los casos de víctimas de nacionalidad española. El apoyo legal se encuentra, según el TS (56), en el art. 23.4.g) –hoy h)– que otorga competencia a los tribunales españoles cuando nuestro país ha adquirido una obligación convencional de perseguir que en este caso se encuentra recogida en el art. 5.1.c) de la Convención contra la Tortura. Pero lo cierto es que la Convención contra la Tortura tampoco obliga a castigar en caso de que la víctima sea nacional, sino que sólo otorga en este caso la posibilidad al Estado de hacerlo si así lo considera conveniente (57), con lo que, en puridad, no se trata de un supuesto comprendido en el art. 23.4.h), en contra de lo mantenido por el TS (58).

parte para su enjuiciamiento es muy parecida a la obligación *aut dedere aut iudicare* que contiene la Convención contra la tortura. Sin embargo, en mi opinión es clara la diferencia esencial entre ambos preceptos. El principio *aut dedere aut iudicare* no obliga a buscar a delincuentes que no están en poder del estado y pedir su extradición para juzgarlos, mientras que el art. 49 sí. Por eso el antiguo apartado g) es aplicable a los Convenios de Ginebra pero no a la tortura.

(54) Véase *supra*.

(55) Auto AN (Sala de lo Penal, Sección 3.ª), de 4 noviembre 1998. Fundamento de Derecho séptimo: «Las torturas denunciadas formarían parte del delito de mayor entidad de genocidio o terrorismo. Por ello resulta estéril examinar si el delito de tortura es, en nuestro Derecho, delito de persecución universal por la vía del art. 23, apartado 4, letra g), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto en relación con el art. 5 de la Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Si España tiene jurisdicción para la persecución del genocidio en el extranjero, la investigación y enjuiciamiento tendrá necesariamente que alcanzar a delitos de tortura integrados en el genocidio. Y no sólo en el caso de víctimas de nacionalidad española, conforme podría resultar del art. 5, apartado 1, letra c), de la Convención citada, que no constituye una obligación ineludible para los Estados firmantes. España tendría jurisdicción propia como derivada de un tratado internacional en el caso del apartado 2 del art. 5 de la Convención mencionada, pero, como se ha dicho, la cuestión es irrelevante jurídicamente a los efectos de la apelación y del sumario.»

(56) STS de 25 de febrero de 2003, fundamento duodécimo.

(57) Véase *supra* la nota 43.

(58) Así lo destaca también *Rodríguez Ramos*, Límites de la jurisdicción penal universal española (A propósito de los casos *Pinochet* y Guatemala), *La Ley*, año XXIV, nº 5788, 26 de mayo de 2003, pp. 2 y 3, en cuya opinión el TS ha procedido en esta sentencia a reconocer en nuestro ordenamiento un «inexistente principio de personalidad pasiva».

A pesar de todo lo dicho sobre la inexistencia de competencia de nuestros tribunales para perseguir delitos de lesa humanidad por el principio de Justicia universal según el ordenamiento español, la AN en su sentencia de 16 de abril de 2005 en el caso Scilingo ha afirmado su competencia para conocer de los hechos bajo la calificación de delitos de lesa humanidad apelando simplemente a la naturaleza internacional del delito (59):

«La competencia de la jurisdicción española en el caso puede ser examinada desde la doble perspectiva que se viene haciendo, desde la del derecho internacional y desde el nacional interno. Aunque las normas nacionales admitan la competencia jurisdiccional extraterritorial para la persecución penal de un delito acaecido en el territorio de otro Estado (art 23.4 y 5 LOPJ), estimamos que necesita para ser legítima en el ámbito internacional su reconocimiento en dicho espacio. En el presente caso, y como venimos afirmando, tratándose de responsabilidad individual por delitos contra la humanidad, viene reconocida esta posibilidad de ejercicio de la persecución penal a cualquier otro Estado...»

A continuación cita un fragmento de la argumentación del juez argentino Cavallo en el auto de 6 de marzo de 2001 en el que declara nulas las leyes de obediencia debida y punto final y con ello parece adherirse a la opinión de que el Derecho internacional atribuye directamente competencia a todos los Estados sobre este delito por el principio de jurisdicción universal:

«Tampoco el interés por el enjuiciamiento y la aplicación de sanciones penales a los responsables (responsabilidad de los individuos) queda en cabeza del Estado en cuyo territorio ocurrieron los hechos. Por el contrario, *toda la Humanidad y los Estados en que ésta se organiza tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción punitiva a sus autores o partícipes*. Para asegurar que tal interés sea efectivamente satisfecho, el *derecho de gentes asigna competencia a todos los Estados para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en su contra (jurisdicción universal)* (...) al enjuiciar y penar a los responsables el Estado (incluso el del territorio donde los hechos ocurrieron) *actuará en interés del conjunto de la comunidad internacional, interés superior al suyo individual*»

(59) Fundamento jurídico primero, número 5.

Y concluye:

«En definitiva, una de las características esenciales de los delitos contra la humanidad, desde nuestro punto de vista la que verdaderamente los singulariza, es su perseguibilidad internacional mas allá del principio de territorialidad...Estimamos, pues, que resulta legítimo en estos casos que un Estado asuma la defensa de los intereses de la comunidad internacional y persiga penalmente a individuos en virtud del principio de responsabilidad individual».

La argumentación de la Audiencia Nacional es equivocada porque aunque el Derecho internacional permita la asunción de la competencia sobre estos delitos a cualquier Estado por el principio de Justicia universal debido al carácter internacional de los mismos (cosa que el TS tampoco admitió) lo cierto es que ningún convenio ni costumbre internacional obliga a asumir esa competencia (60) y en el ordenamiento español es el legislador en la Ley el que determina el ámbito de competencia de los tribunales españoles, no cada tribunal y hasta el momento el legislador español no ha hecho uso de esa facultad añadiendo este delito a los perseguibles bajo el principio universal en el art. 23.4 de la LOPJ, aunque sería muy conveniente que lo hiciera.

La sentencia ha sido objeto de recurso de aclaración, al que es de imaginar siga otro de casación y es de esperar que el TS niegue la competencia sobre los hechos desde su calificación como delitos de lesa humanidad, aunque es posible mantenga la jurisdicción variando la calificación jurídica y volviendo a deformar y extender analógicamente el tipo del genocidio.

En relación con los crímenes de guerra, los tribunales españoles tienen competencia por el principio de jurisdicción universal sobre las violaciones a los Convenios de Ginebra en virtud del art. 23.4.h) LOPJ. Así lo ha entendido correctamente la AN en el caso José Couso (61). Respecto de otros crímenes de guerra regirán las reglas generales del art. 23 tal y como hemos visto para los crímenes contra la humanidad, pero respecto de los crímenes de guerra previstos en el CPM serán competentes en todo caso los

(60) Los casos que cita la Audiencia para fundamentar sus afirmaciones lo son o bien de violaciones a los Convenios de Ginebra (único texto internacional que impone la obligación de perseguir universalmente) o de supuestos que tiene su apoyo en las respectivas legislaciones internas, lo que no ocurre en el nuestro.

(61) Véase el Auto del Juzgado de instrucción n. 1 de la Audiencia Nacional de 19 de octubre de 2005 y el Auto de 8 de marzo de 2006 la Sección Segunda de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional (supra notas 70 y 71).

tribunales militares españoles en virtud de lo dispuesto en el art. 7 CPM (62). Sería conveniente extender la jurisdicción de los tribunales españoles a todos los crímenes de guerra, y no sólo a los constitutivos de violaciones graves de los Convenios de Ginebra, por el principio de jurisdicción universal, con base en la naturaleza internacional de dichos delitos.

En relación con el crimen de agresión, al no estar éste codificado tampoco hay nada previsto respecto de la competencia de los tribunales españoles. En los casos en que se puedan subsumir los hechos en los delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado del capítulo II del Título XXIII del CP, serían competentes los tribunales españoles por aplicación del principio de protección de intereses (art. 23.3.a) LOPJ).

3. LÍMITES DERIVADOS DE LA NATURALEZA PENAL O PROCESAL DE LOS PRINCIPIOS

La doctrina discrepa sobre la naturaleza penal o procesal de las normas que regulan la eficacia de la ley penal en el espacio. Así, a pesar de su ubicación en la LOPJ, un sector de la doctrina ha defendido su naturaleza penal (63). Por el contrario, otro sector doctrinal defiende su naturaleza procesal (64), y ese mismo carácter le atribuyó la AN (65) en los casos

(62) Hay que lamentar, sin embargo, que la regulación de los crímenes de guerra en el CPM ha quedado obsoleta y presenta numerosas divergencias respecto de la regulación del CP común que originarán disfunciones difíciles de solucionar. Véase sobre ello *Rodríguez Villasante*, La reforma del Código penal español por Ley Orgánica 15/2003: un paso al frente en «La criminalización de la barbarie», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 82, 2003, p. 227; *Gil Gil*, Informe sobre España, ob. cit. pp. 188-189

(63) *Cerezo Mir*, Curso de Derecho penal español, I, 2004, p. 293; *Polaino Navarrete*, Derecho penal. Parte general, 2001, pp. 450 y ss.; *Díez Sánchez*, El Derecho penal internacional (Ámbito espacial de la Ley penal), 1990, pp. 21 y 22.

(64) *Morillas Cuevas*, en Cobo (dir.) y otros, Curso de Derecho penal español. Parte general, 1996, p. 119; *Quintano Ripollés*, Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal, I, 1955, pp. 21 y 22 y II, 1957, pp. 12 y 13.

(65) Auto AN (Sala de lo Penal, Sección 3.ª), de 4 noviembre 1998, Recurso de Apelación núm. 84/1998 (ARP 1998\5943). Fundamento de Derecho tercero: «Aplicabilidad actual del art. 23, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como norma procesal ahora vigente. El art. 23, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en cuanto proclama la jurisdicción de España para el conocimiento de determinados hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional ... no se aplica retroactivamente cuando la jurisdicción proclamada se ejerce en el tiempo de la vigencia de la norma –tal sucede en este caso–, con independencia de cuál fue el tiempo de los hechos que se enjuician. El citado art. 23, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no es norma de punición, sino procesal. ... La norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuicia-

contra las dictaduras argentina y chilena, lo que le permitió aplicar la doctrina consolidada de que la aplicación de una norma procesal al enjuiciamiento de un hecho cometido con anterioridad a su entrada en vigor no es una aplicación retroactiva, pues el objeto de las leyes procesales es el proceso, y no los hechos delictivos enjuiciados, por lo que para cumplir con el principio de irretroactividad basta con que se aplique la ley procesal vigente en el momento de celebración del proceso (66). En el caso «Guatemala» el Juez de Instrucción de la AN también había rechazado la pretensión del Ministerio Fiscal de archivar las actuaciones por haber sido cometidos los hechos con anterioridad a la promulgación de la LOPJ, recordando que «la determinación de la jurisdicción no es aplicación retroactiva de la ley penal» y que «el art. 23 de la LOPJ no es norma penal sino procesal en cuanto determinante del ámbito jurisdiccional» (67). El TS no se ha manifestado sobre la naturaleza de estas normas.

4. LÍMITES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

En el sistema legal español, de acuerdo con el art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el principio de legalidad obliga al fiscal a ejercitar la acción penal por todo hecho de que tenga noticia con carácter de delito o falta conforme a la ley penal sustantiva. Queda excluida por tanto toda capacidad de decisión sobre la conveniencia u oportunidad de la persecución en el caso concreto. El criterio del órgano de la acusación debe ser siempre y exclusivamente la ley (68). Sin embargo, algunos autores

miento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el art. 9, apartado 3, de la Constitución Española. La consecuencia jurídica restrictiva de derechos, derivada de la comisión de un delito de genocidio –la pena–, trae causa de la norma penal que castiga el genocidio, no de la norma procesal que atribuye jurisdicción a España para castigar el delito. El principio de legalidad (art. 25 de la Constitución Española), impone que los hechos sean delito –conforme a las Leyes españolas, según el art. 23, apartado 4, tan mencionado–, cuando su ocurrencia, que la pena que pueda ser impuesta venga ya determinada por Ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito.»

(66) Otros argumentos a favor de la competencia de los tribunales españoles por el delito de terrorismo en el caso argentino (alguno de ellos no muy convincente) pueden verse en *Lamarca Pérez*, *La competencia por terrorismo en los casos de Argentina y Chile*, en *El principio de Justicia Universal*, 2001, pp. 85 y ss.

(67) Fundamento jurídico quinto.

(68) *Armenta Deu*, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*: Alemania, España, 1991, p. 139. Ve esta autora la plasmación del principio de legalidad también en los arts. 124 CE, 430 LOPJ y 3.4 EOMF (p. 202).

entienden que existen manifestaciones del principio de oportunidad en nuestro Derecho, como la regulación de la conformidad del acusado, la necesidad de denuncia en los delitos semipúblicos y querrela en los privados, el perdón del ofendido, etc (69). Ninguno de ellos es aplicable a los crímenes internacionales y tampoco el procedimiento abreviado, que también se ha visto como una manifestación del principio de oportunidad (70). *Conde Pumpido* ve también una manifestación del principio de oportunidad en la necesidad de denuncia o querrela del Ministerio Fiscal para juzgar hechos previstos en España como delito pero cometidos fuera (art. 23.2 LOPJ) (71), pero este requisito no es aplicable a los delitos perseguibles bajo el principio de jurisdicción universal que se recogen en el punto 4, y además, al admitirse la denuncia o querrela del agraviado en ningún caso se deja a la decisión exclusiva del Ministerio Fiscal la persecución. Ante la noticia de la comisión de un crimen perseguible bajo el principio de justicia mundial un fiscal español tiene la obligación de acusar (72). Si el Ministerio Fiscal no actuó de oficio en los casos de Argentina, Chile y Guatemala, sino que, al contrario, recurrió las decisiones de los jueces, fue porque no compartía las opiniones de éstos sobre la calificación jurídica de los hechos y la competencia de los tribunales españoles (73). Sin embargo, estas afirmaciones se vieron matizadas por la interpretación del principio de justicia universal realizada por el TS en su sentencia de 25 de febrero de 2003, que si bien reconocía la inexistencia del principio de oportunidad en nuestro Derecho, exigía por vía interpretativa un punto de conexión con intereses españoles (74). Como ya he comentado esta interpretación ha sido rechazada por el TC. Pero el principio de legalidad en materia de persecución penal se ha quebrado respecto de los crímenes que

(69) En contra *Armenta Deu*, ob. cit., pp. 204 y ss.

(70) *Armenta Deu*, ob. cit., pp. 213 y ss.

(71) *Conde Pumpido*, El principio de legalidad y el uso de la oportunidad, Poder Judicial, 1987, pp. 30 y 31. En contra de que esta exigencia sea manifestación del principio de oportunidad, *Armenta Deu*, Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania, España, 1991, pp. 204 y ss.

(72) *Castresana Fernández*, La figura del acusador público ante el principio de justicia universal, en *El principio de Justicia Universal*, 2001, p. 182.

(73) En mi opinión la postura de la fiscalía era correcta en algunos puntos, y sin entrar en la valoración del trasfondo político o no de su actuación, que además creo que fue exagerado por los medios de comunicación.

(74) Fundamento octavo: «... este artículo no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de su comisión y la nacionalidad de su autor o víctima. Y en nuestro Derecho penal y procesal penal no está establecido el principio de oportunidad, ni viene incorporado por los tratados suscritos en la materia.»

pudieran ser competencia de la CPI mediante lo dispuesto en el art. 7.2 de la LO 18/2003 de Cooperación con la CPI, que ya he comentado.

Creo que la introducción de otros criterios en la línea de la legislación alemana hubiera sido preferible a las limitaciones del principio realizadas por un lado por el TS, que lo convirtieron en una extensión de los principios de protección de intereses y de personalidad pasiva, desnaturalizando su esencia, y por otro lado por la LO de Cooperación con la CPI, que ha venido a eliminar el tradicional principio de legalidad en la persecución penal.

III. VALORACIÓN

La actuación de los jueces y tribunales españoles en la persecución de crímenes internacionales ha otorgado sin duda un gran impulso al desarrollo del Derecho penal internacional y a la concienciación de la opinión pública internacional contra la impunidad de estos delitos, ha animado a los tribunales de otros países a seguir sus pasos y ha contribuido a su vez a crear un clima favorable a la instauración de la CPI. Hay que agradecer, por tanto, a estos jueces y magistrados, a la Unión Progresista de Fiscales, a los abogados de la acusación y a las víctimas su valor, su tenacidad y su arrojo. Los llamados «juicios de Madrid» han constituido, sin duda, junto con la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, el principio del Derecho penal internacional moderno. Sin embargo, en este afán por impedir la impunidad de determinados hechos atroces, se realizaron interpretaciones erróneas y excesivamente amplias de los tipos penales y de algunos preceptos de la LOPJ, propiciando con ello la presentación de nuevas demandas con la pretensión de que fueran juzgados hechos cometidos en diversos lugares y en ocasiones se ha ido todavía más lejos, vulnerando peligrosamente los principios de legalidad e irretroactividad de la Ley penal (SAN caso Scilingo). Evidentemente nuestra AN no puede convertirse en la CPI, pues no tiene capacidad ni jurídica, ni material, ni política para llevar a cabo tal tarea. Y por otra parte la lucha contra la impunidad no debe hacerse a costa de los principios esenciales del Estado de Derecho y del Derecho penal moderno, pues una condena conseguida a esta costa no supondría en absoluto un avance para la Justicia sino todo lo contrario. En la denegación de jurisdicción para algunos de estos supuestos que se presentaron tras la apertura del sumario Chile –Argentina (Guatemala, Castro, Perú) se han manejado los criterios más variados, que han dejado insatisfechos y perplejos a

los demandantes, cuando hubiera sido más fácil en la mayoría de los casos hacer una adecuada interpretación de los tipos y en otras ocasiones se debería sin más haber admitido la jurisdicción (por ej. sobre el genocidio maya en Guatemala). El TS en sus sentencias dictadas en los casos Guatemala y Gral. *Brady Roche* también adoptó un criterio insatisfactorio, pues, como se ha comentado, desvirtuó absolutamente el principio de justicia universal, aunque esta jurisprudencia tiene de positivo la inclinación por un concepto estricto de genocidio, que sin embargo parece volver a abandonarse en la posterior sentencia del TS en el caso Scilingo. Por fortuna el TC ha venido a corregir aquellas erróneas restricciones al principio de justicia universal.

Estimo que hubiera sido conveniente la extensión de dicho principio a todos los delitos internacionales, como ha sugerido la doctrina, es decir, incluyendo todos los crímenes de guerra (y no sólo las violaciones graves a los Convenios de Ginebra) y los crímenes de lesa humanidad, pero esta extensión debe hacerla el legislador y no es en cambio competencia del juez extender contra *legem* la jurisdicción de los tribunales españoles, como ha hecho la AN en el caso Scilingo. Creo que también era necesario que se hiciera de forma subsidiaria, no en el sentido erróneo en que lo interpretó la Audiencia en el caso de Guatemala, ni por supuesto mucho menos mediante la opción tomada por la LO de Cooperación con la CPI, sino cediendo expresamente la competencia a la CPI en los casos en que el delito no se haya cometido en España, ni el autor o la víctima sean españoles y aquella *pudiera y hubiera* comenzado a actuar, y también al país que sea competente por un principio preferente como el de territorialidad y haya iniciado ya un proceso que ofrezca garantías de imparcialidad, y sólo en el caso de que ninguno de los dos hubiera iniciado el procedimiento actuarían los tribunales españoles aplicando el principio de justicia universal. Incluso podría añadirse algún otro requisito que responda al principio de oportunidad, como, por ejemplo, la presencia (actual o posible) del acusado, tal y como se ha hecho en Alemania, para evitar la proliferación de procesos que evidentemente no llegarán a buen término.

**HACIA LA INDEPENDENCIA, JURÍDICAMENTE
GARANTIZADA, DEL MINISTERIO FISCAL
EN EL CUMPLIMIENTO DE LA MISIÓN Y EL EJERCICIO
DE LAS FUNCIONES QUE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
LE ASIGNA**

Prof. Dr. Eduardo MONTULL LAVILLA
*General Consejero Togado. Catedrático
de Derecho Mercantil (E. U. Empresariales).
Académico de Número de la Academia Aragonesa y Académico
Correspondiente de la Real Academia (Madrid),
de Jurisprudencia y Legislación.
Ex Fiscal de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo.*

SUMARIO

I. Introducción: A). Inserción del tema en la actual problemática tanto legal como socio-política y económica. B). Planteamiento de la cuestión e ineludibles advertencias de carácter metódico. II. Tesis doctrinales hasta hoy sostenidas sobre la catalogación jurídica del Ministerio Fiscal, por su incardinación legal en uno u otro de los poderes o funciones del Estado: A). En el Poder Judicial. B). En el Poder Ejecutivo. C). Otras posiciones, en su mayoría de carácter mixto. D). Parecer de Grupos Parlamentarios y de órganos Estatales. III. El Ministerio Fiscal en el «Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia» (de 28-V-2001): una breve reflexión de urgencia. IV. Criterio que estimo más acorde, en términos objetivos, con el Derecho positivo vigente: A). Análisis de las divergencias substanciales y de las coincidencias accidentales de la Carrera Fiscal respecto de la Carrera Judicial: a). En el ámbito funcional. b). En relación con sus respectivos Estatutos. B). Conclusiones. C). Consideraciones finales, incluso a los fines de *ius condendum*.

I. INTRODUCCIÓN

A) INSERCIÓN DEL TEMA EN LA ACTUAL PROBLEMÁTICA TANTO LEGAL, EN GENERAL, COMO SOCIO-POLÍTICA Y ECONÓMICA

Aunque sólo sea a título de LEMA, conviene recordar que ya en las magistrales palabras del Proemio a la Instituta de Justiniano se lee: «Imperatoriam Majestatem...legibus oportet esse armatam ut utrunque tempus...recte possit gubernari et Princeps...per legitimos tramites calumniantium expelens et fiat tan iuris religiosissimus...», cuyos milenarios y sabios renglones del propio Emperador romano-bizantino muy bien podrían ser hoy entendidos, *mutatis mutandis*, del siguiente tenor:

«La autoridad democrática debe buscar su fundamento en las leyes para que la Nación sea gobernada con justicia, en todo caso, lugar y tiempo, sin acepción de personas, y *el Estado refrene, por medios jurídicos, la malicia humana* desde la más escrupulosa observancia del Derecho».

No en vano creo que mucho hay que aprender, como testimonia Maquiavelo, no sólo «por medio de una larga experiencia de las cosas modernas» sino también «por una lectura continua de las antiguas», pues pienso que todas ellas se hallan a la misma distancia del saber humano.

Como me permití expresar a la Real Academia matritense de Jurisprudencia y Legislación, al hacerme ésta el honor de poder colaborar, como Académico Correspondiente de ella, en el proyectado número monográfico de sus prestigiosos Anales, dedicado a «La reforma de la Justicia en España», la idea y la finalidad de esta mi modesta aportación se inscriben en una más amplia pretensión que mira a la necesidad, tan precisa como ya urgente, de procurar que nuestra democracia se asiente en el Ordenamiento jurídico español, incorporando, en la propia Constitución y desde bases legales ordinarias sólidas, soluciones inspiradas en principios éticos y susceptibles de crear los correspondientes hábitos personales y usos institucionales de objetividad, sin acepción de personas, potenciándose, sólo así, la imprescindible *serie de legítimos controles reales*, verdaderos, eficaces y eficientes, propios de los sistemas de libertades, que refrenen, por medios jurídicos, la malicia humana, en esos (más de lo que a menudo se piensa y salta a la luz) diversos ámbitos, además del de «la Justicia», en los que surge el gravísimo riesgo –como la triste realidad nos viene revelando, sobre todo últimamente– de que se desfigure un genuino Estado de Derecho en la práctica diaria del *funcionamiento real* de nuestras Instituciones, tanto en el de las estrictamente judiciales, como en el de las jurídicas, en general, y el de las específicas de carácter socio-político y econó-

mico; lo que únicamente podrá ser obviado, cuando menos en proporciones hoy humanamente aceptables, *si se garantiza* la absoluta independencia de quienes son llamados a controlar, empezando por el momento y modo de su misma designación para ejercer tan alta responsabilidad pública y social y continuando con todas sus actividades para que siempre se orienten al bien común, desde el apoyo y protección que, en todo caso, les brinde sin fisuras ni ambigüedades legales el propio Estado de Derecho, con el triunfo de la verdad y la vida, por su importancia capital frente al racionalismo abstracto e intelectualista, como ya preconizaron GOETHE y ORTEGA, entre otros, o, incluso, frente a otra serie de actitudes de menos vuelos pero también del todo rechazables.

B) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN E INELUDIBLE ADVERTENCIA
PRELIMINAR DE CARÁCTER METÓDICO

Lejos de contemplar con la necesaria extensión el tema propuesto, dados los límites justamente impuestos para este tipo de aportaciones a una obra colectiva, sólo puedo ofrecer un breve resumen de mis reflexiones sobre algunos de los aspectos más polémicos que viene mostrando, desde muy antiguo, la catalogación jurídica del Ministerio Fiscal (MF), en su enmarque Constitucional, con especial atención, por ello y «conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica» (art.124.2 de la Constitución), a la figura del Fiscal General del Estado (FGE). Unas breves consideraciones de *lege ferenda* son precisas, pues no en vano creo que debemos ser conscientes de que España no debe permanecer ajena, como en tantas ocasiones acaeció, no sólo a las actuales crecientes exigencias sociales y políticas (máxime ya en el siglo XXI con evidente despegue de los críticos momentos de la transición a la democracia, lo que incluso pudo justificar para muchos determinadas medidas legales, de las que me aventuro a creer que pueden ya empezar a ser desbordadas por los propios hechos que trataban de regular), sino también al progreso moral de la humanidad.

Por lo demás, no me substraigo a anticipar, en el anunciado aspecto metódico, que se echa en falta, al abordar el tema que nos ocupa, una literatura jurídica con capacidad crítica suficientemente solvente y criterio propio, asentado sobre bases metodológicamente seguras y sistemáticamente firmes, de lo que, por supuesto, existen algunas excepciones.

En efecto; basta señalar preliminarmente, como botón de muestra y con carácter general, la habitual presencia de aportaciones cuyos argu-

mentos entremezclan, en el debate que nos ocupa, sin distinción alguna, razones y análisis propios de *la ciencia del Derecho*, sobre las bases y postulados que ofrece el Ordenamiento legal vigente, con otros de inequívoco carácter *sociológico*, cuando no de meras apelaciones, incluso, *al proceder ético* de gobernantes o fiscales, para atribuirles el calificativo de «garantía jurídica –pongo por ejemplo, para discrepar de tan incorrecto proceder metódico– de la defendida independencia del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo». Por ello, no es ocioso anticipar que la controversia se debe mover, conforme a un mínimo rigor dialéctico, en el plano estrictamente *científico* del Derecho, es decir, en el de la perspectiva de la norma jurídica, debidamente positivada, de las instituciones en juego, que es el lugar en el que únicamente cabe radicar, hoy por hoy, las posibles garantías jurídicas de éstas (1).

Por último, advertir que el enfoque asumido apenas permitirá aludir muy someramente tanto al Derecho pretérito como al Comparado en la materia, también a causa de las mencionadas limitaciones de espacio, pese a reconocer la gran importancia que para la exegética tienen siempre ambas perspectivas del fenómeno jurídico.

II. TESIS DOCTRINALES HASTA HOY SOSTENIDAS SOBRE LA CATALOGACIÓN JURÍDICA DEL MINISTERIO FISCAL (MF), POR SU INCARDINACIÓN LEGAL EN UNO U OTRO DE LOS PODERES O FUNCIONES DEL ESTADO

Cuando se habló de atribuir la instrucción de algunos procesos, incluso como único Instructor, al MF, su dependencia del Poder Ejecutivo –conforme a la ley– se reveló, por un sector de la doctrina, como el principal obstáculo para conseguirlo (2). Cuestión, pues, básica, grave y previa que es preciso profundizar.

(1) Juan C.ORTIZ ÚRCULO, el 7-XII-1995, antes de ser designado FGE, escribía con acierto sobre el MF, en *ABC*: «Y no basta decir que quien ocupa el cargo –con referencia al de Fiscal– tiene vocación o hábito de cumplir con la legalidad, puesto que, a más de no ser siempre así, no puede hacerse depender el crédito de una institución de la fe que se deposite en una persona; no al menos en una democracia, en un Estado de Derecho, donde las instituciones se garantizan con normas legales y no con actos de fe de los ciudadanos o con comportamientos heroicos de los Fiscales». Impugnaba, entonces, la falta de independencia del MF respecto del Poder Ejecutivo, conforme al Derecho vigente (que era el mismo que hoy), parecer que mantuvo tras su toma de posesión, como FGE, el 11-IX-1996, amparándose, hasta que llegaran las reformas que postulaba, en *su personal independencia*.

A) EN EL PODER JUDICIAL

Tesis por la que, con más o menos rigor y acierto académicos, parece inclinarse la mayor parte de la doctrina española, cuyos argumentos básicos y en síntesis, se cifran, según SANCHÍS CRESPO, en dos vertientes: 1.^a) La inclusión del MF en el Título VI de la Constitución española (CE): «Del Poder Judicial», y también la equiparación, en diversos aspectos de ese Título VI, de los Fiscales a los Jueces y Magistrados, y 2.^a). El art.2.1 *ab initio* del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF): «El MF, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, ejerce su misión...».

En esta línea militan diversos Fiscales de carrera como RUIZ VADILLO (3); JIMÉNEZ VILLAREJO, José (4), para quién en el Poder Judicial (PJ) coexisten dos magistraturas diferenciadas pero dirigidas a un mismo fin; HERNÁNDEZ GIL, Félix (5), quien, tras afirmar que no es un servidor del Gobierno ni su mandatario, apela a la confianza en la probidad de éste en un sistema puramente democrático; APARICIO CALVO-RUBIO, José (6), que en 1983 entendía superada la obligación del Fiscal de cumplir las órdenes del Gobierno y en 1998, ya Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, define el MF como «órgano estatal, constitucional y de

(2) Respecto del Sumario hay antecedentes en PACHECO, *Estudios de Legislación y Jurisprudencia*, 1843.

SANCHÍS CRESPO, C., *El MF y su actuación en el Proceso Abreviado*, Granada, 1995, p.25.

No deben olvidarse las divergencias, muy ilustrativas, que originaron en IV-1991 las palabras del entonces FGE Leopoldo Torres, ante la Comisión de Justicia del Congreso sobre la posible atribución al MF de la dirección de las investigaciones penales, fórmula que –dijo– creía iba a agilizar la Justicia y que seguían Italia, Alemania y Portugal; ya que, pronto salió al paso la AF (la Asociación mayoritaria) para desmentir que el FGE contase con su respaldo y afirmar que el MF «no reúne hoy, en la ley, las garantías de independencia, ni de imparcialidad que serían precisas», explicando los casos de tales naciones por otras razones.

A Tomás y Valiente, Presidente del tribunal Constitucional (en IX-1998) «no le pareció disparatada la idea del Fiscal Instructor, pese a algún riesgo como el de parcialidad».

(3) RUIZ VADILLO, Consideraciones sobre la naturaleza del MF, en *Revista de Derecho Judicial*, 1960 y La actuación del MF en el proceso penal, en *PJ*, n.º especial, II, 1987: cree que los principios de legalidad e imparcialidad son un obstáculo para incluir al MF en el Poder Ejecutivo.

(4) El Ministerio Fiscal dentro del *Poder Judicial*, en *PJ*, 1983.

(5) En la conferencia que pronunció en el Curso sobre la presencia del MF en la Administración de Justicia, El Escorial, julio de 1992.

(6) El MF en la Constitución, en *PJ, Jornadas de estudio de la Dirección General de lo Contencioso del Estado*, vol.I, Madrid, 1983. Criterio, por cierto, que modifica, aunque tímidamente, siendo ya Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, en 1998 (v, en el texto, II.A)): cfr. en ABC de 5 (p.42), 6 (p.36) y 7 (p.48) de X-1998.

justicia, pero no del Ejecutivo», lo que no le impide afirmar, en vías de la reforma del MF, que ésta trata de «reforzar la independencia e imparcialidad del MF», y, respecto del nombramiento y cese del FGE, que su «precariedad institucional es manifiesta, quedando con el Gobierno que lo nombra en un espacio de confusas indefiniciones que originan una nebulosa relación, generando dudas que no son buenas para nadie...para el FGE por la fragilidad de su *status*...para los ciudadanos que tienen derecho a que las instituciones del Estado estén reguladas de manera precisa y diáfana para saber a qué atenerse y no tengan que confiarse a la buena voluntad de unos y de otros, sino a la seguridad jurídica, que sólo se garantiza con la certeza y claridad de la ley». De este último parecer: «reforzar la imparcialidad e independencia, para apuntalar la figura del FGE», es el Fiscal Miguel COLMENERO.

Ya en 1983, otro Fiscal, LLOVELL MUEDRA (7), en la señalada tesis de progreso en el régimen legal del MF, estimó que el EOMF de 1981 «culmina la evolución perfectiva tendente a una mayor judicialidad e independencia del MF, que se inició en el Estatuto de 1926 y la creación de la carrera Fiscal». Mayor interés despiertan las aportaciones de CONDEPUMPIDO FERREIRO (8), quien si bien entendió, con fórmula un tanto ambigua, que el MF es un «órgano del Estado constituido para el funcionamiento de la Justicia e integrado autónomamente en el ámbito del Poder Judicial», es en el año 1998, ya Magistrado de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, al disertar en un curso sobre «El Derecho y las libertades entre ayer y hoy», en el Escorial, cuando afirmó que el hecho de que sea el Ejecutivo quien nombre al FGE y en la práctica elija a personas de su confianza, «resta independencia» al mismo, ya que «...se ve truncada porque cada viernes el Consejo de Ministros puede destituirle».

También algunos de quienes fueron FGE, como MOSCOSO DE PRADO, para quien: «...aducir como sospecha lo que constituye la razón de la legitimidad de la institución –el nombramiento del FGE a propuesta del Gobierno– es olvidar que, en democracia, lo corporativo sólo es funcional y que el Poder sólo emana de la Soberanía popular» (1999). BURÓN BARBA, tanto en su primera circular de 12-I-1983 como en la Memoria de 15-IX-1983, va más allá: «...La misma dinámica de la insti-

(7) El nuevo Estatuto orgánico del MF, en *La Ley*, 1982.

(8) La naturaleza y los principios rectores del MF en la Constitución y el nuevo Estatuto Orgánico, en *PJ, Jornadas de Estudio de la Dir.Gen. de lo Contenc.del Estado*, Vol.I, Madrid, 1983; El modelo postconstitucional del MF en España, en *PJ*, 1992, n.º2 y El Ministerio de Justicia no acaba de asumir el modelo Constitucional del MF, en entrevista de *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 14-V-1992.

tución del MF, la conciencia del deber y el carácter de quienes ocupen el puesto de FGE operarán como dique ante cualquier invasión del campo de actuación autónoma del MF y no es de temer que un Gobierno legítimo...utilice unas facultades de cese y nombramiento como armas para influir en el curso de los procesos en que intervenga el MF, ni, por otro lado, cabe pensar que cualquier FG se pliegue ante una pretensión de tal índole». El actual FGE, CARDENAL, al clausurar el XII Congreso de la «Asociación de Fiscales» (AF) el 17-X-99, les instó a seguir por el camino de «conquista» de la independencia y afirmó: «Soy y he sido absoluta y totalmente independiente», añadiendo que «no sólo hay que serlo, sino parecerlo».

Por lo demás, esta tesis que suele denominarse «judicialista», es la defendida por las diversas Asociaciones de Fiscales aún reconociendo, con mayor o menor lamento, convicción o firmeza que, hoy por hoy, el Derecho vigente no la ampara, quedando sólo como una aspiración de *lege ferenda*. En efecto, la «Asociación de Fiscales» (la mayoritaria) por boca de su Presidente y portavoz JUAN C.ORTIZ ÚRCULO, ya en 7-XII-1995, en carta a ABC, escribía: «...El MF no va precedido, en ningún caso, de un *status* legal de independencia que le permita asegurar su imparcialidad y, por lo tanto, garantizar una verdadera justicia», y: «Les emplazo a que me citen una sola norma, desde 1981, que tienda a fortalecer la imparcialidad del Fiscal. Sin embargo su impulso hacia el Poder Ejecutivo es cada vez más intenso...». Pero una vez que tomó posesión del cargo de FGE, en declaraciones a ABC (de 11-IX-1996), dijo: «No voy a presumir de que soy independiente porque siento que lo soy...En este momento el Estatuto Fiscal (EF) no impide que el Gobierno me cese en cualquier instante...creo que habría que fijar un mandato dentro del cual no se pudiera destituir sin más al FG por lo que haga o parezca...actuaré con arreglo a mi conciencia». Y sucesivamente postuló un cambio en la designación del FGE, viendo como un peligro, para nuestro orden Constitucional, «el del intento de alejar el MF del Poder Judicial».

En cuanto a la «Unión Progresista de Fiscales» (UPF), bien recientemente, en su Congreso de Mayo de 2000, en Ibiza, insistió en el cambio del sistema de nombramiento del FGE, pero de forma que el control parlamentario para ello, también para un exámen de idoneidad, continúe durante el mandato del FG, mandato que debería tener una duración concreta con unas causas regladas de cese, abogándose –en la línea marcada ya por el VI Congreso de Palma de Mallorca, de mayo de 1991, en que su entonces Presidente, Ladislao Roig, se limitó a decir que: «Cuando el Fiscal sea más independiente..., el derecho del ciudadano estará más garan-

tizado»— por la necesidad de que «se potencie la independencia del FGE respecto del Ejecutivo y se eviten situaciones como las que —a su juicio, por boca del Presidente de la UPF Adrián Salazar— se han producido» últimamente, y, también, por la inclusión en el «Pacto de Estado para la Justicia» de la reforma del Estatuto del MF.

Es más; el mismo Consejo Fiscal, órgano del MF inmediato al FGE y presidido por éste, del que forman parte 9 Fiscales representantes de todos los integrantes del Cuerpo, además de aquel, el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y el Fiscal Inspector, aprobó una «Declaración conjunta» en IV-2001, según la que la reforma de su Estatuto «sólo es viable respetando el modelo de Fiscal creado por la Constitución y desarrollado por dicho Estatuto», aprobado en 1981 «con el más amplio consenso democrático». Temen las Asociaciones ahora que se pretenda, en la reforma anunciada, dar alguna que otra vuelta a la tuerca de la dependencia de los Fiscales respecto del Gobierno, lo que supondría «un evidente retroceso en la configuración del modelo de Justicia independiente», según los términos de dicha «declaración conjunta».

Fuera de la Carrera Fiscal, Leonardo PRIETO CASTRO siempre se pronunció por la tesis «judicialista», lo mismo que la doctrina clásica de Derecho orgánico y procesal jurisdiccional español, aunque, paradójicamente, apelando a la formación y valores éticos del MF como argumento determinante (9).

B) EN EL PODER EJECUTIVO

Es la tesis que, mejor o peor fundada, ha ido tomando cuerpo últimamente (no sin gran resistencia, según hemos visto), a veces, incluso, al afirmar lo que el MF no es, contando entre sus más destacados seguidores a FAIRÉN GUILLÉN (10), GIMENO SENDRA (11) (para quien ni el

(9) Desde su: *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal –Discurso de ingreso en la R.A. de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 20-IV-1953— y *El Ministerio Fiscal en Europa, Conferencia en dicha Real Academia*, Madrid, 1976, hasta su *Derecho Procesal Penal*, en colaboración con GUTIERREZ DE CABIEDES, Madrid, 1987.

(10) Interesa destacar: la Organización del Ministerio Fiscal español, en *Temas del Ordenamiento procesal*, Tomo I, Madrid, 1969, y *El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988*, en *Tapia*, 1989, I, n.º 44 y II, n.º 45.

(11) Sobre todo, en *Los procedimientos penales simplificados*, en *PJ (Justicia Penal)*, 1987; además, en *Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial*, en *Justicia*, 1988, n.º 4; El art.124 de la Constitución española (Capítulo 3.º), en *Constitución y Proceso*, Madrid, 1988, y *Las partes acusadoras (Capítulo 5.º)*, en *El nuevo proceso penal* (con MORENO CATENA, V.; ALMAGRO NOSETE, I. y CORTÉS DOMINGUEZ, V.), Valencia, 1989.

art.124 de la CE, ni el art.2.1 del EOMF de 1981 dan apoyo legal suficiente a la tesis «judicialista», ya que, para ello, sería necesario que el MF fuese independiente y que tuviera potestad jurisdiccional, por lo que concluye estimándolo como órgano administrativo cualificado, a quien sigue el General Auditor, Fiscal que fue de la Sala 5.^a del T.Supremo, SAENZ DE SAGASETA); DE LA OLIVA (12) (al combatir también aquella tesis «judicialista» y rebatir el erróneo planteamiento extra –jurídico-normativo a que he aludido– en I.B.-); DOLZ LAGO (13) (quien estima que la CE reserva sólo al P.J el actuar con independencia, sin que quepa confundir ésta con la imparcialidad»); MOSQUERA (14) (al interpretar la locución «Poder Judicial» del Tit.VI de la CE, limitada a los aspectos sólo organizativos o funcionales, más no substantivos, por lo que dicho Poder no queda alterado, tampoco por la referencia al MF) y, sobre todo, por su más riguroso, extenso y profundo análisis, Carolina SANCHÍS CRESPO (15) al concluir que: «El MF forma parte de la Administración y por tanto el estatus de sus miembros es el propio de los funcionarios. Dado que el Gobierno dirige la Administración (art.97 CE), es lógico que dirija también al MF» y «se halla encuadrado en la órbita del Poder Ejecutivo y de él depende».

C) OTRAS POSICIONES, EN SU MAYORÍA DE CARÁCTER MIXTO

Débase descartar, por obvio, el incardinar el MF español en el Poder Legislativo, pese a su toma en consideración por ALAMILLO CANILLAS (16), sobre las facultades que ostenta conforme al art.22 del EOMF, para excluir tal eventual tesis.

Las opciones mixtas son tesis rechazadas pero existen excepciones, aunque escasas, como las de:

– GRANADOS CALERO (17): «El MF es mandatario de los poderes Ejecutivo y Legislativo, por cuanto el supuesto interés de ambos es procurar que el interés público tutelado por la Ley y el interés social encuentren

(12) En: *Jueces imparciales, fiscales «investigadores» y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988.

(13) *Comunicación al VII Congreso de la Unión Progresista de Fiscales*, Segovia, Junio de 1992.

(14) En: *La posición del Poder Judicial en la Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, dirigido por PREDIERI y GARCIA DE ENTERRIA, Madrid, 1980.

(15) *El Ministerio Fiscal y su actuación en el Proceso Abreviado*, Granada, 1995.

(16) *El MF español (su organización y funcionamiento)*, Madrid, 1990.

(17) *El Ministerio Fiscal. Del presente al futuro*, Madrid, 1989.

su adecuado amparo en el PJ, a través precisamente del MF, creado Constitucionalmente para tal misión».

– ALAMILLO CANILLAS (16): de la vigente normativa legal se desprende que el MF «procura la existencia de un equilibrio entre los tres Poderes», como un complemento de la función moderadora que corresponde al Rey (art.56 CE), quien no en balde, en su discurso a las Cortes, con motivo de su ascenso al Trono, se proclamaba a sí mismo «Promotor de la Justicia», al no poder « encuadrarse al MF en ninguno de los tres Poderes del Estado ».

– GARRIDO FALLA (18), que adopta una postura singular: «No es un órgano del PJ. No es tampoco *strictu sensu* un órgano de la Administración. No es tampoco un cuarto Poder, cuya función consiste en defender en abstracto o en concreto la legalidad, que incumbe a los Jueces».

– Por su originalidad y la alta significación como jurista que su autor ostenta, no me resisto a traer a este lugar las más recientes consideraciones del Catedrático y Magistrado del Tribunal Constitucional, Manuel JIMÉNEZ DE PARGA, al inaugurar el 7 de julio de 1999 el Curso del Consejo Fiscal: «El MF tiene una difícil integración en el Poder Judicial, ya que no es un poder-sustancia, del que puede uno apropiarse, sino un poder de índole relacional, no susceptible de completarse como tal». «Podría afirmarse que el MF no tiene naturaleza sino historia y en ese decurso histórico pasó de ser el representante del Gobierno en las relaciones con el Poder Judicial a su actual configuración como promotor de justicia, vigilante de la independencia de los Tribunales o defensor de la legalidad; frente al abogado del Estado, un abogado de la sociedad, que sería el MF. Pero nunca actuando frente al Estado, que sin Estado bien vertebrado no hay, ni puede haber, Estado de Derecho».

D) PARECER DE GRUPOS PARLAMENTARIOS Y DE ÓRGANOS ESTATALES

El portavoz Centrista, en VI-78, dijo que el MF «no es agente del Ejecutivo» y se halla inserto en el Poder Judicial. El propio Grupo entendió que los intereses de la Administración son defendidos por otros órganos. En un informe jurídico del Congreso, de IX-88, se afirma que «el MF no forma parte del Poder Ejecutivo», pues su no inclusión «en el Gobierno o la Administración» resulta de la CE y las leyes y es confirmado por el criterio de la Mesa de la Cámara. El 12 de Marzo de 1997, una interpelación

(18) En: *Comentarios a la Constitución*, Ed.Civitas, Madrid, 1985.

del Grupo Socialista sobre el modelo de Fiscalía que se debatía, hizo recordar a la Ministra de Justicia que el MF, tras una acusada evolución histórica, llegó al «modelo judicial», perfectamente definido en la CE, que quiso superar el modelo autoritario, y en el EOMF, precisando que si no era Poder Judicial «tampoco era Poder Ejecutivo», pues había dejado de ser «como antaño, el defensor del príncipe (hoy diríamos del Gobierno)» (APARICIO CALVO-RUBIO).

III EL MF EN EL «PACTO DE ESTADO PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA» (DE 28-IV-2001): UNA BREVE REFLEXIÓN DE URGENCIA

A) La constante evolución de la sociedad exige de los «poderes públicos» una atenta sensibilidad para captarla y tratar de dar solución cumplida, sobre todo, a los problemas *de fondo* que plantea. Aún caliente la firma del Pacto en cuestión, el Magistrado Francisco Sánchez Zamorano (ABC de 1-V-2001, p. 60: «Un pacto de Estado por la Justicia») nos recordaba, con gran acierto y premonición –sobre todo, respecto del tema capital que nos ocupa– el grave peligro de los *parcheos legislativos* y de los *aparcamientos de los problemas de fondo*, a que tan habituados estamos los españoles, afirmando que: «Los ciudadanos exigen al Gobierno y oposición esfuerzo desinteresado, altura de miras y máxima responsabilidad...» para alcanzar dicho «Pacto» cuanto antes –y sigue– «...pues, pese a todo, casi el 70% de aquellos, según la última encuesta encargada por el Consejo General del PJ, perciben a la Administración de Justicia como *la garantía última de defensa de la democracia y las libertades*».

B) Pues bien; la simple lectura del «Pacto» nos revela que:

– En el apartado 6. *Formación*, con relación al anterior (5. Carrera Judicial), se confirma nuestra tesis sobre el amplísimo concepto de la «Administración de Justicia» al aludir a «...los Cuerpos y personal al *servicio de ésta*», regulando la formación de «...la Carrera Judicial y *Fiscal*...».

– En el 7. *Retribuciones*, se reitera la locución «...el personal *al servicio de ...*» (epígrafe, por cierto, del 11, muy impreciso) y el 8. *Principios estatutarios*, aún amplía más: «...de *todos los que intervienen* en la Administración de Justicia».

– El 9. *Ministerio Fiscal*, con sus previsiones explícitas sobre la actualización del EOMF y de su Reglamento, tanto en *lo estructural* («...esta-

bleciéndose la temporalidad en los cargos jerárquicos del MF con criterios objetivos...», lo que, paradójicamente, no alcanza al FGE, según veremos, etc.) como en *lo funcional*, y respecto de su *Estatuto personal* (con meras referencias al «modelo de carrera»), evidencia que las proyectadas reformas no rozan la elección del FGE ni, derivadamente, la problemática que viene, ya de antiguo, suscitando la dependencia o no del MF respecto del Poder Ejecutivo, en función de las garantías legales vigentes al respecto, nada satisfactorias, como hemos visto.

– Huelga el insistir en que el punto 21. *Consejo General del Poder Judicial*, confirma la exclusión, en él, de los Fiscales por razón del cupo (12 Consejeros) judicial asignado en el art. 122.3 de la CE. Interesa resaltar las proyectadas medidas en orden a la articulación del trámite que se asigna a las propuestas, por su utilidad a la hora, en su caso, de la tan esperada reforma *de fondo* de la elección del FGE, lo que, quizás, propiciaría cuanto preludia, en sus dos últimos renglones, el propio Pacto, o sea, ser «principio esencial del presente Acuerdo alcanzar un amplio respaldo entre (todos) los representantes protagonistas de la Justicia».

C) Pero veamos también, a modo de «interpretación auténtica» del propio «Pacto», lo que se ha dado en llamar *la voluntad política* de la esfera gubernamental:

– En efecto: preguntado, en declaraciones a ABC –3-IV-2002– el entonces Ministro de Justicia Angel Acebes, si «¿...va a tener el propio FGE un mandato temporal durante el cual el Gobierno no pueda cesarle?» –pág. 21– (dada la limitación de permanencia en los cargos jerárquicos de la Carrera Fiscal que el «Pacto por la Justicia» prevé), contestó: «En el Pacto no está», y al hacérsele ver que «está en una moción parlamentaria aprobada con el apoyo del PP», añadió: «Yo no la incluí en el modelo que propuse al Parlamento» y al subsiguiente «¿Por qué? del entrevistador (M.Peral), contestó: «Me parecen suficientes las condiciones que establece la Constitución para el FGE. No he creído que debiera abrirse *un debate* de esas características *en este momento*».

– Del documento que el propio Sr.Acebes presentó a los firmantes del Pacto el 9-V-2002, nada trasciende sobre proyecto alguno legal en garantía de la independencia del FGE y el MF.

– Ya Ministro de Justicia José María Michavilla, el PSOE considera insuficiente el impulso político y financiero, planteando la modificación del EOMF para que el FG se abstenga de intervenir en los procesos contra aforados y que se introduzca la «audiencia previa» en el Parlamento antes de su nombramiento por el Gobierno, lo que se dió a conocer el 14-VII-2002.

IV. CRITERIO QUE CONSIDERO MÁS ACORDE, EN TÉRMINOS OBJETIVOS, CON EL DERECHO POSITIVO VIGENTE

Nótese que se trata de una cuestión que, de los conocidos tres aspectos o perspectivas que ofrece toda institución jurídica, se mueve, cuando menos para alcanzar una solución satisfactoria respecto a determinar la naturaleza jurídica que la C.E y las leyes asignan al MF., en el ámbito propio –como adelanté– *de la ciencia del Derecho* y, por esto, concentrado en el análisis de la fuerza de obligar de la norma jurídica, derivada de «su correcta positivación»(19).

En efecto; nadie duda que los preceptos legales, desde la *perspectiva sociológica*, pueden ser cumplidos o no en la práctica del instituto –de no ser susceptibles de ello, estaríamos ante una ley física, según la física clásica–, pero es obvio que resulta metódicamente inaceptable, por muy tácita o veladamente que se exprese, tratar de suplir con la mera esperanza de la concreta actuación ética de los destinatarios de la norma legal, la confesada carencia de un inequívoco apoyo en el Derecho positivado, que, de existir, constituiría la única garantía jurídica *urbi et orbi* de la *independencia auténtica del MF*, cuya existencia, a tenor de lo hasta aquí expuesto, la doctrina no ha podido acreditar; cuando, por esto mismo, se ha recurrido incluso, por parte de ella, a apelar *al grado de independencia del MF*, en el cumplimiento de las misiones y funciones que le atribuye la CE, como si la independencia en la ejecución de las que comprende el art.124 de ésta, fuera susceptible de medir, cuartear o graduar, se desconoce que *se es independiente* al decidir y actuar *o no*: los límites de ésta, luego, vendrán impuestos por la formación deontológica profesional codificada o no corporativamente y, en todo caso, por la educación general de la persona y el proceder ético individual del Fiscal de que se trate, pero todo esto es, en rigor, una cuestión extrajurídico-normativa y, como tal, cualquier reflexión al respecto corresponde ya a otras consideraciones, a su vez, científicas o no.

A ANÁLISIS DE LAS DIVERGENCIAS SUBSTANCIALES Y DE LAS COINCIDENCIAS ACCIDENTALES ENTRE LAS CARRERAS FISCAL Y JUDICIAL

Dado el comprobado predominio, en España, de la tesis *judicialista* respecto de la llamada *gubernativa*, un insoslayable imperativo metódico nos

(19) Cfr. LEGAZ LACAMBRA, L., *Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Barcelona, 1933, pp.317 y ss.

fuerza al análisis comparativo enunciado, acerca de las misiones y funciones genuinas de ambas «Carreras», por supuesto, siempre a la luz de las respectivas normas legales que *delimitan* y, a la vez, *garantizan* unas y otras, sin caer en la fácil, pero ya extralegal, tentación de remitir la cuestión al movedizo campo *de facto*, es decir, al del comportamiento que pueda esperarse de los Fiscales o Jueces en su noble y diaria actuación, pero siempre contingente: de ahí la crítica adversa que, en su mayoría, merecen las aportaciones doctrinales, antes resumidas, que optan por la opción *judicialista*.

Dada la escasez de espacio, me limitaré, en buena parte, a resumir la impecable argumentación jurídica del exhaustivo trabajo, entre nosotros, de Carolina SANCHÍS CRESPO, ya citado (v.notas 2 y 15).

Una distinción previa es precisa para alcanzar una solución satisfactoria acerca de si, según las garantías establecidas en el sistema del Ordenamiento jurídico patrio, el MF forma parte o no del Poder Judicial: de un lado, el cotejo de *las respectivas funciones* de Fiscales y Jueces, y de otra parte, el de *los correspondientes estatutos* fiscal y jurisdiccional.

a) En el ámbito funcional

Sabido es que, a tenor del art.117.3 CE, la *Jurisdicción* consiste en «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», pero como la *Administración Pública* también actúa, *en el caso concreto*, aplicando el Derecho, débese puntualizar que aquella ejerce su potestad *de modo irrevocable* («cosa juzgada»: arts.161.1 a) y 164.1 CE) y *con desinterés objetivo*, lo que explica su imparcialidad objetiva (heterotutela), que no caracteriza a la Administración.

Ahora bien; la función del Fiscal es sólo postulante o requirente, cuando menos, hoy por hoy, pero nunca decisoria (arts 124.1 CE y 1 y 3 del EOMF de 1981). Hasta ha tenido que recordarse por alguno que sería inconstitucional entender que, entre «las demás funciones que el Ordenamiento Jurídico le atribuye» (art.3.15.^a EOMF), cabría la de juzgar, puesto que ésta «corresponde *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes...» (art.117.1 y 3 CE), precepto que viene, pues, a desautorizar aquella «cierta iniciativa que, a nivel legislativo, consiste en atribuir al Ministerio Fiscal funciones judiciales», de que nos habla LORCA NAVARRETE (20), invocando los arts.781 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.), reformados por la Ley Org.7/1988, de 28-XII, de un lado, y el art.123 de la Ley Procesal Militar (LPM), de otro

(20) *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, San Sebastián 1990+, pp.169 y ss.

(en resumen: *disponer* la práctica de medios de prueba, *decretar el archivo* de las actuaciones propias, *incoar* diligencias previas e, incluso, nada menos –exclama LORCA– *hacer comparecer ante si* a cualquier persona), funciones que algunos ven como judiciales o de enjuiciamiento; lo que requiere, por esta razón, algunos renglones esclarecedores:

1.º Tales atribuciones procesales del MF se sitúan en el «sumario» o en las *Diligencias previas* del «procedimiento abreviado», pero *nunca en el plenario o juicio*, de donde cabe afirmar con LORCA que lo que existe es una cierta tendencia a *desjudicializar* el «sumario» y las «diligencias» previas, sustrayéndolos al carácter netamente judicial que poseían y a catalogarlos como preprocesales, por lo que no es que al MF se le otorguen en ambas jurisdicciones, ordinaria y castrense, funciones judiciales, sino que éstas no se inician hasta que da comienzo el juicio propiamente tal. Hay más; la ley 0. 5/2000, 12-I, «reguladora de la responsabilidad de los Menores», vino a confirmar también, con el «Expediente» instruido por el MF, esta interpretación (arts. 16 a 30).

2.º «La concepción de *parte* del MF no se altera –añade LORCA, con acierto también– en la medida en que ese *status* permanece invariablemente en *el juicio*». Además, recuerda LORCA a este respecto, lo acaecido con la sentencia de 14-VII-76 del Tribunal Federal Suizo (caso Schiesser: súbdito suizo al que el Procurador del Distrito de Winterthur decretó la prisión provisional), al declarar: «...Para atribuir a una actividad un carácter judicial, lo que cuenta, sobre todo, es la independencia de los órganos, actuando como tales, en relación a otros poderes del Estado...», si bien, tras otras consideraciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (al que presentó demanda el Sr.Schiesser, alegando la violación del art. 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)) aceptó aquel fallo y, con él, la independencia del referido Procurador, pese a su naturaleza administrativa. Sin embargo, los dos votos disidentes de la Sentencia del TEDH (de 4-XII-1979, en BJ (1984-34) resultan muy ilustrativos para cuanto a nosotros interesa, siendo, además, perfectamente asumibles con arreglo al Derecho español, a saber:

– Voto disidente del Juez Ryssdal: estima que la locución: «magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales» del art.5.3 del CEDH, debe interpretarse en su contexto (art.5.3 y 4 CEDH) y el aptdo. 4 habla del «recurso ante el Tribunal», *ergo* el «apartado 3 da a entender que no exige al *magistrado* del que habla, el mismo tipo de características judiciales que al Juez», por lo que concluye que el *Procurador* del Distrito ejerce una tarea incompatible con la función judicial y, consecuentemente, hubo violación del art.5.3 del CEDH.

– Voto disidente del Juez Eurigenis: cree que dicha locución refiere «funciones que constituyen la diferencia específica entre un Juez y otros funcionarios que actúan en general en el marco del sistema judicial y de la administración de justicia». Harto ilustrativo es que el texto inglés del art.5.3 hable de *judicial power*. La «investigación» y la «acusación» –prosigue– no se podrán calificar de «funciones judiciales». Además, otorgar la decisión sobre el arresto provisional a un órgano fundamentalmente acusador, sería contrario a la Constitución. «Su incompatibilidad es inherente al sistema en sí y anula las cualidades jurídicas y psicológicas de la independencia...»

b) En relación con sus respectivos Estatutos

Es preciso, en un riguroso análisis comparativo de los Estatutos de ambos Cuerpos o «Carreras», contemplar separadamente dos aspectos (SANCHÍS CRESPO cit. en nota 15), a saber:

1.º Exigencias requeridas para la respectiva actuación de Jueces (y Magistrados), por un lado, y del MF, por otro:

Cierto es que la Constitución y las leyes imponen a Jueces y Fiscales los principios de «legalidad» e «imparcialidad» en su actuación, pero no es menos cierto que la *incidencia* en unos y otros es *distinta*:

– Respecto del *principio de legalidad*, en efecto, como advierte SANCHÍS, mientras los Jueces se hallan «sometidos únicamente al imperio de la ley» (art.117.1 C.E), bien entendido que «la ley» alcanza aquí un amplio significado y, además, concurre el matiz (ALAMILLO, cit.en nota 16) de que la CE alude a ellos *individualmente, como personas* (art.117.1 y 2), los Fiscales vienen obligados, también, al cumplimiento de las órdenes de sus superiores (art.124.2 CE, conforme al principio de «dependencia jerárquica», además del de «legalidad» que, por cierto, viene relacionado a continuación mediante una conjunción copulativa), cuando, además, la CE (el matiz al que alude ALAMILLO) se refiere al Fiscal lo hace –en relación con sus misiones, funciones, y sujeción a los «principios»– al *Ministerio Fiscal*, es decir, *como institución* y no de modo personal (art.117.1.2 y 3 CE y, por supuesto, las menciones todas del EOMF, a salvo las obligadas referencias al FGE y, por insoslayables razones, ya de acciones personales –art.5– o del ejercicio de decisiones organizativas o disciplinarias –art.18–, más siempre ajenas al matiz con el que se alude a los Jueces en la CE y otras atinentes normas) y ello sin entrar en el «principio de oportunidad» (art.105 LECr., que, al predicar de los Fiscales su deber de ejercitar «todas las acciones legales», matiza «que considere proceden-

tes», en cuya locución CONDE-PUMPIDO radica tal principio) que, aunque discutido y discutible para el MF, jamás podría aplicarse a los Jueces; más aún, ante una norma ilegal, éstos la inaplicarán, mientras que los fiscales, ante una orden superior que estimen contraria a la ley, tras de hacérselo saber al Fiscal Jefe, etc., y agotados, en su caso, los trámites reglamentarios, cabe que, al final, dicha orden se ejecute (v.el art.27 EOMF). Por eso estimamos con SANCHÍS que el Juez se halla jurídico-normativamente garantizado en su independencia de todo lo que no sea su único y exclusivo referente, como es la Ley, que ejerce una función legitimadora de su labor, lo que, según hemos visto hasta aquí, no sucede con el Fiscal, dejando siempre a salvo –por mi parte, conforme a cuanto expuse *supra* I, B) y III *ab initio*– que, *de facto*, cualquier Fiscal (que se sienta sometido sólo a la ley), a impulso de sus personalísimas cualidades psicológicas y éticas, y pese a los recién enunciados vínculos jerárquicos, etc., se produzca, al ejercitar sus misiones y funciones, con cuanto estime es su sentido de la independencia, coincida éste o no con lo que se derive del Ordenamiento legal de su actuación.

– Y en cuanto al *principio de imparcialidad*, las conclusiones no son menos ilustrativas, pese a que aquí la similitud es grande, ya que el desinterés (de quien debe influir o decidir sobre algo) que define la imparcialidad, aún exigible a ambos, Jueces y Fiscales, es diferente en ellos, pues los Jueces deben ser imparciales e independientes –como les garantiza la ley, según veremos–, mientras que los fiscales son subjetivamente imparciales pero dependientes de la interpretación que de la ley, en su caso, les dé su superior jerárquico: prima sobre el MF, en suma, un interés que podría tildarse de «corporativo», radicando, precisamente, en «los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica», sobre todo éste último, que la CE impone al MF en el ejercicio de sus funciones (art.124.2).

2.º Exigencias requeridas como garantía jurídico –normativa de la actuación de Jueces y Fiscales: un atento análisis de sus respectivos regímenes Estatutarios atinentes a «inamovilidad», «incompatibilidades», «prohibiciones» y «abstención», pese a la aparente igualdad de tratamiento, pone al descubierto una manifiesta disparidad, como han demostrado SANCHÍS CRESPO y ORTELLS RAMOS, en rigurosas aportaciones a las que, por su amplitud, remito al lector interesado (21), no sin concluir, en este punto, que dicha disparidad Estatutaria se evidencia en que, en síntesis y en apreciación conjunta de tales aspectos normativos:

(21) *Concepto del Derecho Procesal*, Valencia, 1983, inédito, citado por SANCHÍS CRESPO (*vid.supra* nota 2).

– *Para los Jueces*, se trata de liberarlos del temor de que sus resoluciones puedan perjudicar su carrera profesional, evitándoles influencias con pérdida de una actitud objetiva al ejercer la potestad jurisdiccional y no sólo para asegurar su plena dedicación (único fin en cambio de las normas legales de incompatibilidad respecto de los Fiscales), y, también, para evitarles influencias sociales y económicas, políticas o sociolaborales. Su inamovilidad es absoluta para los cargos propiamente jurisdiccionales y relativa para los gubernativos, siendo además discrecional su provisión y por tiempo limitado. Incluso, la inamovilidad relativa se halla, para los jueces, predeterminada (no así para los Fiscales) y las provisiones actúan como garantía de su independencia.

– *Para los fiscales* es discrecional su nombramiento y cese para los cargos de confianza y respecto de los restantes cargos, quedan sujetos a posibles traslados forzosos por causas ajenas a lo disciplinario o a los ascensos (únicas que caben para los Jueces en funciones jurisdiccionales), siendo siempre su inamovilidad relativa (la afectante, pues, sólo al «cargo»): su régimen estatutario tiene finalidad distinta que el de los Jueces, pues responde a una razón práctica ya que, al ser su inamovilidad *relativa* puede prosperar el traslado de un Fiscal para «mejorar el funcionamiento del servicio» (caso del art.40 EOMF respecto de los puestos o cargos no «de confianza») y redundar en la «racionalización del servicio». Y respecto a incompatibilidades y prohibiciones, su Estatuto responde a preservar la imparcialidad subjetiva y a asegurar una plena dedicación.

B) CONCLUSIONES

a) En el mismo orden seguido, parece oportuno, ante todo, enjuiciar brevísimamente y selectivamente las tesis doctrinales expuestas *sub II* que estimamos mal planteadas o erróneas:

1.º Respecto de la opción «judicialista», mayoritaria en nuestra doctrina, no pueden prosperar los argumentos esgrimidos:

– La inclusión del MF en el Título VI de la CE «Del Poder Judicial», no pasa de serlo en cuanto que forma parte del MF del aparato judicial organizativo y funcionalmente entendido (como «Administración de Justicia»), referencia que carece de virtualidad definidora del PJ (22), como sucede, y es buena contraprueba, con la Policía Judicial y el Jurado (23).

(22) MOSQUERA, L., La posición del Poder Judicial en la Constitución española de 1978, en *La Constitución de 1978. Estudio sistemático*, dirigido por PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1980, p.699.

(23) ALAMILLO CANILLAS, *El Ministerio...* (citado en la nota 16).

– La integración del MF, con autonomía funcional, en el PJ (art.2.1 EOMF) constituye la enmienda número 109 de Minoría Catalana, que, explicó, acentuaba así la judicialidad del MF. Sin embargo, creo, con SANCHÍS, que el encuadre (debo añadir: dogmático) del MF depende de su regulación legal, que lo delinea como un órgano, cuyo FGE, que lo encabeza, lo designa el Gobierno, quien lo cesa sin causa tasada alguna, con estructura jerárquica y sin función jurisdiccional.

Sin el respaldo del Ordenamiento jurídico, si interpretado éste sistemáticamente, dicha afirmación del EOMF carece de virtualidad, máxime cuando el propio art.124.2 CE antepone, incluso, «los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica» a «los de legalidad e imparcialidad», cuya correcta interrelación y significado he analizado más arriba, y sabido es que son estos dos últimos los que la Minoría Catalana trataba, con su enmienda 109, de apuntalar (en su texto del art.2.1 EOMF): «...la mejor garantía de que su actuación (del MF) va a estar sujeta, en todo caso», a dichos principios.

– Las «dos magistraturas con un mismo fin dentro del PJ» (José JIMÉNEZ VILLAREJO) es tesis que no puede prosperar ya que una goza de poder decisorio y la otra (MF) sólo es postulante, sin ser gobernada por el PJ.

– Los principios de legalidad e imparcialidad no son obstáculos para incluir el MF en el Poder Ejecutivo, ya que demostrado queda que el de legalidad cede ante el de «dependencia jerárquica» y el de imparcialidad, sobre ser en el MF meramente subjetivo, responde a un interés «corporativo», por lo que la postura de RUÍZ VADILLO es rechazable.

– La superación del MF como mero órgano de comunicación con el Gobierno, obediente a éste, no pasa de ser una afirmación cierta sólo formalmente, pues pretender de ahí que el MF es independiente es desconocer el art.124 CE y el EOMF (como pretendió inicialmente APARICIO CALVO-RUBIO, quien ya en 1998, Tte.F. del T.S., aunque sobre un concepto vago e impreciso del MF, limitándose a negar su adscripción al Poder Ejecutivo, vuelve veladamente por la senda de su «precariedad institucional») en sus arts.29, 8, 36.1 y 16.Primera, reveladores de la sumisión del MF al Ejecutivo.

– Otras tesis, como las que apelan a la probidad del Fiscal y/o de los Gobiernos (Félix HERNÁNDEZ GIL, BURÓN BARBA, Juan C.ORTIZ ÚRCULO, Leonardo PRIETO CASTRO, etc, etc.), por su defectuoso planteamiento ya deben ser rechazadas, según advertí en mis observaciones metodológicas, y también las que cifran la cuestión en «el grado de independencia» (AF, UPF, etc.), por razones que son obvias.

2.º La falta de una rigurosa fundamentación jurídico-positiva, finalmente, nos fuerza a rechazar las tesis mixtas expuestas (v.II.C y las de parlamentarios y gubernamentales en II.D).

b) En cuanto a los ámbitos «funcional» y «estatutario» resultante del análisis comparativo de los Jueces y Fiscales, cabe concluir, con SANCHÍS CRESPO que: por el contenido de la *función jurisdiccional*, tanto la CE como el EOMF impiden asignarla al MF y, respecto del *Estatuto regulador* de Jueces y Fiscales, las coincidencias son sólo superficiales ya que sus finalidades son distintas y las diferencias son claras y manifiestas.

c) En definitiva pues, el MF no pertenece al Poder Judicial *strictu sensu*, de cuya naturaleza jurídica no participa substancialmente.

Por ello, son precisos unos renglones para esclarecer, descartada su integración en el Poder Legislativo, si se acomoda y en qué medida en el Poder Ejecutivo. Creemos que el MF forma parte de la Administración Pública, pero, dígame ya, por su indudable «especificidad» –que fundamentaré– ocupa en ella, al igual que otros Cuerpos, por esto análogos, un lugar muy preeminente.

En efecto; el MF, en *lo funcional*, «sirve con objetividad los intereses generales» (art.103.1 CE), cuya equiparación con el «interés público» y el «interés social» del art.124.1 CE es aceptable con MARCHENA (24), no sin matices; y *estatutariamente* es indudable que Funcionarios Públicos y Fiscales son perfectamente asimilables y ello tanto en su respectiva actuación (art.103 CE; imparcialidad, sometimiento a la Ley y al Derecho y dependencia jerárquica, por un lado, y el EOMF y art.124.2 CE: unidad de actuación y dependencia jerárquica así como el principio de legalidad, de otro lado) como en orden a las exigencias de garantía de la misma (en que, para los Funcionarios, el art.103 CE y las leyes de desarrollo, les incompatibilizan por razón de su cometido y dedicación, evitando que comprometan su imparcialidad y sus deberes y, en cuanto a su inamovilidad, garantiza a los de carrera el cargo y si el servicio lo permite, la residencia, y para los fiscales ya fue expuesto su régimen similar (*vid.supra* IV, A), b); todo ello, además de que el MF no viene gobernado por el Poder Judicial (a cuyos miembros, el régimen de incompatibilidades que se establezca, la Ley «deberá asegurar la total independencia...»: art.127.2 CE, reservado a los Jueces y Magistrados), inscribe a los Fiscales dentro de la Administración Pública, en la que, conforme al art.97 CE, el Gobierno «dirige» tanto la Administración Civil (el MF) como a quienes, en el ámbito de la

(24) MARCHENA GOMEZ, M., *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, 1992.

Jurisdicción «especializada» y «limitada» militar (*ex art.117.5 CE*), ejercen los cometidos propios de la Carrera Fiscal (es decir, los miembros de la Fiscalía Jurídico Militar (FJM) ya explícitamente integrada en el MF común a partir de la Ley Orgánica 4/1987, de 15-VII –arts.87 y ss–, y cuya dependencia, por otras razones, queda *reforzada* respecto del Gobierno, a la luz de las atribuciones que *expresis verbis* otorga el art.91 al Ministro de Defensa, en relación con los arts.8.1 y 8.2 del EOMF), aunque nada impide que ocupen una posición preeminente, jurídicamente justificada por tratarse de un muy peculiar Cuerpo del Estado con exclusivas misiones postulantes o requirentes en el ámbito judicial, articulado en «órganos propios» (arts.124.2 y 1 y 2.1 EOMF), con régimen jurídico estatutario específico y exclusivo (arts.127.1 CE y 32 y ss.EOMF), y también, por su amplio margen de autonomía respecto del Gobierno, sobre todo, el MF común, constituyendo una Administración Pública «especialísima» *siempre contigua* a la Potestad Jurisdiccional *strictu sensu*, en el seno de la llamada *Administración* de Justicia en general, aunque a algunos pareció confundirse con el Poder Judicial, pese a que, como hemos visto, ello no goce de amparo Constitucional ni legal ordinario suficiente. Es más; otros Cuerpos, asimilables a los del MF, por sus análogas especificidades, aunque con otras orientaciones, como los de carácter Docente, Militar («cadena de mando»), etc., también provistos de Estatutos facultativos exclusivos de su respectiva Carrera y de una notable autonomía funcional, entrarían igualmente en una tan característica Administración Pública muy especial.

C) CONSIDERACIONES FINALES, INCLUSO A LOS FINES DE *IUS CONDENDUM*

Muchas, y muy cualificadas a veces, e incluso paradójicas, son ya las voces que vienen alzándose en pro de una necesaria reforma del MF, empezando por la de su condición jurídico-política, que propicie su manifiesta y absoluta independencia, *jurídicamente protegida*, en especial, respecto del Poder ejecutivo, lo que es indudable que ha de reforzar, también en la práctica, nuestro Estado de Derecho. No se olvide que «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» y que «La Constitución garantiza...la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», conforme al art.9.1 y 3 de la CE.

Pues bien; no cabe duda de que en esta línea se inscribe el que, en la reciente Ley Orgánica 6/2002, de 27-VI, de Partidos Políticos, se hallan legitimados «...para instar la declaración de ilegalidad de un Partido Polí-

tico y su consecuente disolución...el Gobierno y el Ministerio Fiscal» (art.11.1), dado el inequívoco significado de la conjunción usada.

Expuestas tanto las posiciones doctrinales, incluso los pareceres de ambas «Asociaciones» de los Fiscales (*supra* II), como mis conclusiones (*supra* IV.B) sobre la cuestión capital planteada, corresponde ahora proponer las reformas básicas, precisas y urgentes del actual régimen jurídico, orientadas al *ius condendum* sobre el MF.

a) Valga, para empezar, el recuerdo de las palabras, que tomo como ideológicamente neutrales e intemporales, del portavoz de una agrupación de Fiscales, exponente, acaso, de un amplísimo sector de la ciudadanía española: «Queremos que no se vuelva a repetir actuaciones guiadas por el oportunismo político decididas por *un Fiscal nombrado por el Gobierno*».

Para tratar de conseguirlo, se han ofrecido soluciones de muy distinta precedencia, entre las que, en síntesis y orden cronológico, sobresalen:

1.º En el Anteproyecto de la vigente CE; al F.G.E. lo nombraba el Rey a propuesta del CGPJ pero una enmienda de UCD *in voce* (21 votos contra 12), en la Comisión, varió el sistema alegándose la total desconexión que se producía entre el Ejecutivo y el MF, al suprimirse el inciso que definía el MF como su órgano de relación con los Tribunales (para tratar de superar ésta su tradición normativa). El PSOE se opuso en el Congreso a la designación del FGE por el Gobierno, al entender que difícilmente podría así cumplir el MF las funciones que el mismo art. 124 le asigna. Tampoco prosperaron otras propuestas como la de que fuera nombrado por 3/5 del Congreso, o la del Grupo Mixto (duración del mandato por 5 años).

2.º El PP liderado por Fraga –según refiere también, con acierto, APARICIO CALVO-RUBIO–, ante las generalizadas críticas, el 6-IX-1984, presentó en la 2.ª Legislatura una proposición no de Ley que, aunque el Pleno la rechazó el 13-III-1985, interesa traer aquí: «Se proponía, en síntesis, que la propuesta del Gobierno fuera precedida de una terna elaborada por el Congreso de los Diputados (con la misma mayoría que se exige para la designación del Defensor del Pueblo) de la cual debería elegirse al propuesto previa audiencia del CGPJ: el nombramiento debía hacerse por todo el tiempo que durara la Legislatura (con prórroga de las funciones hasta que ... nuevo FGE) sin más causas de cese que las que hacen perder la condición de Fiscal, sin que fuera posible un segundo mandato». El propio APARICIO, Teniente Fiscal del T. Supremo, insistiendo en lo que ya defendió en 1989, cree conveniente «...reequilibrar el –vigente– sistema con un mayor protagonismo del Parlamento...» y concluye: «Así intervendrían en el nombramiento, de una u otra forma, los tres poderes del Estado *moderándose la situación actual*».

3.º En XI-1994, en el Congreso Nacional de la «Asociación de Fiscales» (Oviedo), la Ponencia sobre «El futuro del proceso penal en España» defendió que para que el MF asumiera la instrucción en casos penales *con las debidas garantías*, era imprescindible la determinación de un mandato temporalmente limitado del FGE o el establecimiento de causas de cese de éste, entre las que no debía comprenderse la decisión discrecional del Gobierno.

4.º El 7-III-1996, el entonces FGE Carlos Granados, en el Club siglo XXI propuso que «se implique a los tres Poderes en el nombramiento del FGE» y que la propuesta del Gobierno «fuese precedida del refrendo del Parlamento» o «consensuada con las fuerzas políticas» de éste.

5.º El Diputado, ex-Vocal del CGPJ, Pablo Castellano, en junio de 1996 se mostró partidario de que el Parlamento eligiese al FGE.

6.º Finalmente, débese dar aquí por reproducido cuanto ya expuse (*supra* II, A) acerca de los Congresos de la UPF en Palma de Mallorca –Mayo de 1991– e Ibiza –Mayo de 2000– sobre la designación del FGE.

b) La propuesta, por mi parte, si el planteamiento de la cuestión y el método seguido han sido los correctos, no puede ni debe ser otra que la que dimana de cuanto, con absoluta objetividad, hemos ido descubriendo a través de la investigación efectuada, sin prejuicios.

Ahora bien; habida cuenta de «... los principios de unidad de actuación y *dependencia jerárquica*...» que, por imperativo del art. 124.2 de la CE, gobiernan el MF en España, y de que «*El FGE ostenta la Jefatura superior del MF y su representación en todo el territorio español...*» (art. 22.Dos del EOMF), así como el riguroso escalonamiento jerárquico determinante de que todos los miembros del MF «Actuarán siempre en representación de la Institución y *por delegación* de su jefe respectivo» (art. 23 EOMF), siendo así que éste, a su vez, «... actuará siempre... *bajo la dependencia... del FGE*» (art. 22.Tres EOMF), cuando sabido es que, además de otras *atribuciones de su Jefatura*, «El FGE podrá impartir a sus subordinados –que, pues, son todos los Fiscales–, las *órdenes e instrucciones* convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos» (art. 25 pfo. 1.º EOMF), debiendo «*atenerse a las mismas*, en sus dictámenes», el Fiscal que las reciba (art. 25 pfo. 3.º EOMF), y que cualquier divergencia de criterio que pudiera surgir en el seno del MF, en su caso, y término, *el FGE* «... *resolverá* oyendo a la Junta de Fiscales de Sala» del Tribunal Supremo (tras los trámites previstos en el art. 27 del EOMF), etc., etc., puede afirmarse que *es el FGE* en quien se sintetiza y radica la tan debatida como auspiciada *independencia del MF* respecto de los poderes públicos, en general, y del Eje-

cutivo, en particular, ya que constituye la clave del arco de bóveda del MF. Es ésta la razón por la que cabe estimar que las *necesarias reformas que garanticen* inequívoca y satisfactoriamente, en el seno del Ordenamiento jurídico español, que *la independencia del MF* sea real, verdadera, eficaz y eficiente, deben ceñirse a aquellos aspectos del Estatuto legal de FGE vinculados a la específica cuestión de que me ocupo.

Hay más; que esto es así, queda más que corroborado con sólo transcribir unos renglones que, aunque escritos «a título exclusivamente personal», nos ofreció (en *ABC* de 7-X-98, p. 48) el Teniente fiscal del Tribunal Supremo JOSÉ APARICIO CALVO-RUBIO bajo el título: «Nombramiento del FGE, asignatura pendiente», pese a su ya citado criterio (v. *supra* II, A). En el Poder Judicial) un tanto difuso, sin un riguroso apoyo legal, sobre la naturaleza jurídica del MF y, más aún, a su reiterada no adscripción de éste al Poder Ejecutivo sin argumentos convincentes al respecto; escrito en el que, con otros dos de los días inmediatos precedentes del mismo autor y Diario, se ocupó del tema general «Ante la reforma del Estatuto Fiscal», a raíz de que se aprobase en el Congreso (el 27-V-98), no sin enmiendas de *populares y convergentes*, la Moción Parlamentaria de IU a que aludí; literalmente escribió, en efecto: «De un sistema que deja en manos absolutamente *discrecionales del Gobierno* el nombramiento y cese del FGE, al que paradójicamente no puede darle órdenes, se sigue *una cierta relación de dependencia*, aunque se la califique de *relativa, matizada o difusa*, de la que se seguiría también la del MF como institución, por su tradicional organización jerárquica. El sistema ha sido contestado todos estos años y prácticamente por todos los sectores, llegándose a trasladar a la opinión pública, en ocasiones, la caricatura de que el FGE es el *FG del Gobierno*». y añade: «...*con el único objetivo*, como quiere la propia moción, *de reforzar la independencia y la imparcialidad del MF, y con el único techo de lo que la Constitución permita*».

En definitiva, pues, de lo que se trata es de proponer, sin demora alguna, los términos de la reforma que garantice jurídico-normativamente la absoluta independencia del FGE y, consecuentemente, del MF, respecto del Poder Ejecutivo, es decir, cuanto atañe en especial al *nombramiento*, al *control* y al *cese* del FGE. Si es así, no debemos olvidar, ante todo, que las fuentes legales cuestionadas y otras precedentes, por cuanto aquí interesa, son:

– «El FGE será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el CGPJ» (art. 124.4 CE vigente).

– «El FGE será nombrado y cesado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído previamente el CGPJ, eligiéndolo entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profe-

sión» (art. 29.Uno EOMF). El art. 104 (párrafo 2.º) de la *Constitución de la República* (CRE), de 1931: «El MF... tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia»; el art. 95: «La administración de Justicia comprenderá todas las Jurisdicciones existentes, que serán reguladas por las leyes»; el art. 98: «Los jueces y magistrados no podrán ser... sino con sujeción a las leyes, que contendrán las garantías necesarias para que sea efectiva la independencia de los Tribunales».

Disposiciones de la CRE de 1931, vigente en un tiempo en que tanto el Estatuto del MF (Real Decreto de 21-VI-1926) como su Reglamento Orgánico (de 27-II-1927), estimaban «misión esencial» del MF, entre otras, la de «representar al Gobierno –que nombraba y cesaba al F.T. Supremo– en sus relaciones con el Poder Judicial», misión que, como expuse (*supra*, IV, C. a). 1.º), no prosperó en las labores Parlamentarias de la CE de 1978.

Ahora bien; cuestión de inexcusable planteamiento previo debe ser la de la necesidad de determinar si la auspiciada –por todos– «independencia del FGE» respecto de los Poderes públicos, en el cumplimiento de sus misiones Constitucionales, requiere o no, la reforma del transcrito art. 124.4 de la vigente C.E.

Llegados a este punto y contando con la muy ilustrativa experiencia de lo contradictorias consigo mismas que resultan las posturas adoptadas por las distintas opciones políticas, según ocupen el Gobierno o la Oposición, respecto de la *independencia del FGE* y la necesidad de las *reformas legales* precisas para hacerla posible, nos encontramos con la clara opinión mayoritaria de la doctrina y entre quienes, desde otras procedencias, se han pronunciado, a favor de *la intervención*, de una u otra forma, *del Parlamento* en el *procedimiento de elección del FGE*, por parte, incluso, de quienes defienden la tesis «judicialista» y computando también los Grupos Parlamentarios, las asociaciones de Fiscales, algún FGE, etc, etc.; criterio del que se separan, por supuesto, quienes ejercen cargos públicos, al defender, además, únicamente, «... el modelo de F creado en la CE y desarrollado en el EOMF...» (Declaración Conjunta del Consejo F – IV-2000–), u otros cargos relevantes, para quienes las reformas cuentan «con el único techo de lo que la Constitución permita» (Tte. F. del T. Supr.); todo ello, conforme a cuanto queda acreditado en las páginas precedentes, como sucede con los otros dos criterios que, para la reforma, se postulan: la inclusión en ella de un plazo o *duración determinada* del mandato del FGE y de *causas regladas para su cese*.

Finalmente; en el debatido *enjuiciamiento* que nos ocupa y que traspasa el ámbito meramente jurídico-positivo para internarse en el axiológi-

co, si queremos ser honestos en busca de la Verdad y la Justicia; si los hechos históricos denunciados, por graves y notorios, se hallan en el recuerdo de todos; si el Derecho español hasta hoy en vigor no ha sido suficiente, respecto de ellos, para *refrenar la malicia humana* (como quiso Justiniano); si las razones éticas y jurídicas alegadas, científicamente correctas, son aceptadas por todos; si las consecuentes exigencias de reforma del sistema legal son también, aunque con distintos límites, proclamadas por todos, incluidos los sectores públicos («Pacto de la Justicia», etc.); si «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado» (art. 1.2 CE): resulta harto razonable que, para resolver de plano cuantas justas críticas adversas han sido pronunciadas, en lo esencial, respecto del MF pero apuntando a su cúspide jerárquica, el FGE, *el fallo* no puede ni debe ser otro, para que el FGE pueda cumplir la misión y ejercer las funciones que la CE le asigna, que el de pensar ya seriamente en una reforma *ordinaria* y parcialísima –pese a su extraordinaria importancia– de la CE (conforme a sus arts. 166, 167.1 y 2 y 87.1), y, en especial, en la del art. 124.4, de manera que sean las Cortes Generales las que, oídos el CGPJ y el Gobierno, propongan a S.M. El Rey la persona que ha de encarnar *tan alta magistratura* como, por ello, precisada de absoluta y jurídicamente garantizada independencia en su misión y funciones, máxime cuando nadie puede negar la elevada significación, no sólo de los intereses públicos y sociales que le son encomendados, sino también –lo que es aquí aún más significativo– de las personas del máximo rango político y funcional de los tres poderes del Estado sobre las que viene llamado a ejercer sus funciones; *item* más, si no olvidamos que, conforme al Estatuto OMF y respecto de las propias Cortes Generales, se establece una singular y especialísima dependencia: «El FGE *colaborará con las Cortes Generales* a requerimiento de éstas... sin perjuicio de *comparecer ante las mismas...*» (art. 10), formula que no se emplea significativamente respecto del Gobierno, no así en lo relativo a la Memoria anual.

Si a ello añadimos que la propuesta cuente con la mayoría de dos tercios de cada Cámara y que se fije un determinado periodo de tiempo al mandato del FGE, antes de cuya finalización no pueda ser cesado o lo sea por causas predeterminadas en la Ley y rigurosamente tasadas, habremos perfilado un cargo público acorde con su Autoridad, con los tiempos actuales, con los graves hechos que ha de investigar y perseguir, además, con la protección legal que asegure una independencia en su actuación que sea real, verdadera, eficaz y eficiente, todo lo que, por el principio Constitucional de «dependencia jerárquica», cabe predicar de todos sus subordinados, es decir, de ese preclaro *Cuerpo Especial*, el MF, de la «Administra-

ción Pública» por su vinculación e integración conceptual en la llamada «Administración de Justicia».

Sin embargo, la evidente falta de «voluntad política» que se aprecia en todos los sucesivos Gobiernos de la democracia respecto de la reforma del art. 124.4 CE («el techo de la CE», exigido al respecto desde varios sectores), pese a las numerosas y serias críticas recibidas, nos fuerza a proponer una fórmula *supletoria* (y, en su caso, *complementaria* de la recién expuesta), por ineludibles razones pragmáticas, consistente en que, cuando menos, reforzándose el referido art. 10 EOMF, *sean ampliadas las atribuciones decisorias de las Cortes Generales* en cuanto *al control*, haciéndolo real, eficaz y eficiente, de la actividad que, a lo largo de su *mandato* (que se establecería en el propio EOMF, de *duración determinada* y con expresa mención de las *causas tasadas para el cese*) desarrolle el FGE, de manera que, en lo sucesivo, no quede a merced de la sola y exclusiva decisión individual, la medida de su actuación o abstención respecto de los asuntos que las propias Cortes Generales (por ej.: mediante la «Comisión de Investigación» que se nombre conforme al art. 76. 1 CE) acuerden fundamente ser de especial gravedad, materializándose así, con un contenido realista, esa vaga e imprecisa locución del art. 10 EOMF: «El MF *colaborará con las Cortes Generales* a requerimiento de éstas y siempre que no exista obstáculo legal...»; inciso, éste último, más impreciso aún e incluso un tanto sorprendente, en cuanto cortapisa al Parlamento, ya que, no habría que recordarlo, *representa al pueblo español* (art. 66. 1 CE), *ejerce la potestad legislativa del Estado* y, lo que es más ilustrativo aquí y ahora, *controla la acción del Gobierno* (art. 66. 2 CE), del que, según se desprende de lo expuesto, «depende» el FGE y, con él, el MF, tanto más si a tales preceptos añadimos el de que: «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado» (art. 1. 2 CE).

Fórmula, ésta subsidiaria, que, además de minorar o, incluso, suprimir, lo más substancial de las críticas que recibe la discutida «independencia» del FGE y el MF, serviría para dar satisfacción a la últimamente creciente opinión que postula la necesidad del *acercamiento del FGE y el MF al Poder legislativo*.

Sólo me resta, para concluir, añadir que, como el simple hecho de llevar a cabo la apuntada reforma legal es obvio que no conlleva la seguridad de que siempre y en todo caso y lugar la actuación independiente esperada va a tener efectividad, recobran aquí (tras la reforma) todo su genuino valor cuantas apelaciones al *proceder ético* de los Fiscales han sido formuladas por unos u otros (v. *Supra* I, B) y II), pero bien entendido que referidas a que, si quieren, ya pueden actuar, una vez desaparecidas las

posibles trabas legales, con absoluta independencia y sin riesgo razonable alguno en aquellos eventualísimos casos en que podría sobrevenirles, por ello, el cese o alguna otra consecuencia adversa, siendo en definitiva lo decisivo la autorresponsabilidad, el compromiso personal con su altísima misión y la férrea voluntad que la autoestima de su dignidad humana imprima a las pautas de su conducta, es decir, lo que Alvaro D'ORS definiría como «la educación general de la persona», que tanto escasea, por cierto, en la sociedad, en general, y en los tiempos que corren.

Creo, en fin, que con estos modestos renglones académicos no trato sino de abogar honestamente, desde mi clínica, por un mundo mejor en que las posibilidades de la Justicia en la Igualdad se asienten sobre las bases más firmes, con lo que todos podamos albergar las mejores esperanzas y seguir siendo optimistas.

LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR. REFLEXIONES SOBRE EL BIEN JURÍDICO Y PROBLEMAS CONCURSALES

Por Ramón Ferrer Barquero
Capitán Auditor. Doctor en Derecho

SUMARIO

Abreviaturas. 1. Antecedentes. Encuadramiento sistemático. 2. Delimitación del bien jurídico. Ambigüedad de la expresión «Administración de la Justicia Militar». 2.1. El Poder Judicial. Integración de la Administración de la Justicia Militar en su seno. 2.2. Poder Judicial, Administración de Justicia y Jurisdicción. 2.3. La Administración de Justicia Tutelada en el CP ordinario y la Administración de Justicia Militar del CPM. Deslinde. 3. La función jurisdiccional del juzgador militar como objeto de tutela. 4. El bien jurídico en las figuras delictivas en particular. Problemas concursales. 4.1. La simulación de delito. 4.2. La omisión de perseguir o denunciar delitos. 4.3. Coacciones, violencia o intimidación. 4.4. El falso testimonio. 4.5. La prevaricación del juzgador militar. 4.6. El cohecho. 4.7. Atentado contra jueces, fiscales o secretarios integrantes de la Jurisdicción Militar. 4.8. El desacato contra juez o tribunal militar. 4.9. El quebrantamiento de condena o prisión. 5. El encubrimiento como delito autónomo. 6. Conclusiones críticas. Bibliografía.

ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal, aprobado por LO 10/1995.
CPC	Cuadernos de Política Criminal

CPM	Código Penal Militar, aprobado por LO 13/1985.
Lecrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 1882.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial
LOPM	Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar
LOCOJM	Ley Orgánica 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional
LOTJ	Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado
PJ	Revista Poder Judicial
REDM	Revista Española de Derecho Militar
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TMC	Tribunal Militar Central
TS	Tribunal Supremo

1. ANTECEDENTES. ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

Nuestro Código Penal Militar vigente dedica un título a los delitos contra la Administración de Justicia Militar, si bien éste no constaba en el proyecto de ley original. En efecto, fue ya en el senado cuando el Grupo socialista introdujo una enmienda con los preceptos que comprenden ese título. Así, en la sesión plenaria del senado número 138, de 23 de octubre de 1985, se votó el título en bloque, –quedando aprobado por 147 votos a favor y una abstención, de los 148 votos emitidos–, según se recoge en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado) n.º 278 (g), de 5 de noviembre de 1985. De vuelta al Congreso de los Diputados se aprobó dicho título y, posteriormente, la totalidad de la Ley Orgánica, insertándose el texto definitivamente aprobado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso), n.º 123-V, de 18 de noviembre de 1985.

Obviamente, no es usual que un título completo de un Código se presente como enmienda en el senado y se apruebe en esa cámara sin apenas discusión y, después, sin ninguna variación, sea ratificado por el Congreso. Esa precipitación supuso, como bien pone de manifiesto Peña y Peña, ciertas incorrecciones técnicas. Así, en el art. 183 párrafo 2.º, se habla de «grado máximo de la pena», y en el 184.2.º de «grado mínimo de la pena», lo que se contradice con el hecho de que las penas del Código Penal Mili-

tar no se dividen en grados, limitándose el Código a emplear los términos «pena en su mitad superior» o «pena en su mitad inferior» (1).

Como razón de la existencia de este título aparece *prima facie*, la pretensión de una autodefensa de la jurisdicción castrense cuando se la agrede. De hecho, de los nueve preceptos que componen el título, sólo uno, el 181 (relativo al militar que omite su deber de perseguir o denunciar delitos) restringe su comisión a sujeto activo que sea militar. Esto es, casi todas las conductas típicas son realizables por paisanos que, ajenos a la estructura castrense, lesionan el bien jurídico que encierra la expresión «Administración de Justicia militar». Se aparta así el legislador de la postura mantenida en casi todo el Código, donde la condición militar del sujeto activo suele ser necesaria, salvo ciertas excepciones que conlleva la naturaleza del bien jurídico, como el allanamiento de las medidas de seguridad de una base o la agresión a un centinela.

Parece lógico que el legislador delimite, tipificando en el texto punitivo castrense y, en suma, atraiga a la competencia de la jurisdicción militar, un grupo de infracciones que inciden directamente en su funcionamiento, si bien existía otra vía quizá más sencilla para conseguir ese fin de autodefensa. Nos referimos a la posibilidad que el legislador tenía de aprovechar el Código penal ordinario y dictar una cláusula competencial de remisión a favor de la jurisdicción castrense, en los casos en que fuera el funcionamiento de la jurisdicción militar la afectada. Se trataría de que una prevaricación o un falso testimonio se castigaran conforme a la tipificación ordinaria, pero aplicándose la maquinaria judicial militar cuando la prevaricación o el falso testimonio recaigan en un proceso penal militar. De este modo, no existiría duplicidad de sanciones y conductas típicas en estas infracciones, evitándose problemas concursales, al aprovechar la tipificación que el Código penal contiene respecto a los delitos contra la Administración de Justicia. No obstante, el legislador optó finalmente por tipificar delitos militares específicos, no siendo paralelas las conductas ni la penalidad a las recogidas en la norma punitiva ordinaria (2).

(1) Recuerda Peña y Peña que desde la presentación de la enmienda hasta la aprobación del pleno del senado, en la redacción del art. 187 consta «pena en su mitad superior», pero aparece en el texto definitivo del congreso y en la ley publicada, sin enmienda alguna que justifique la variación: «pena en su mitad mayor». PEÑA Y PEÑA, V.: *Comentarios al Código Penal Militar*, varios autores, coord. por Blecua Fraga, R. y Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L., editorial Civitas, Madrid, 1988, pg. 1983.

(2) Estima parte de la doctrina jurídico penal que hubiera sido más correcta y práctica la técnica de atraer a la competencia de la jurisdicción militar estos delitos con idéntico contenido que la legislación común, en evitación de dispares interpretaciones a la hora de plantear conflictos jurisdiccionales y de diversas sanciones para conductas similares. En

Vistos los antecedentes y la razón de ser de este título, conviene ahora enumerar las conductas que abarca, que, en esencia, son:

- 180: Simulación de delito de los atribuidos a la jurisdicción militar.
- 181: Omisión de persecución o denuncia de dichos delitos.
- 182: Ejercicio de coacciones, violencia o intimidación contra testigos o peritos.
- 183: Falso testimonio en procedimiento judicial militar.
- 184: Prevaricación judicial de juzgador militar.
- 185: Cohecho en procedimiento judicial militar.
- 186: Atentado contra Juez, Fiscal o Secretario de procedimiento judicial militar.
- 187: Desacato y desobediencia contra Juez militar.
- 188: Quebrantamiento de condena o prisión por sentenciado por la jurisdicción militar.

2. DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO. AMBIGÜEDAD DE LA EXPRESIÓN «ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR»

La doctrina penal estima que el título que el CP de 1995 dedica a la Administración de Justicia persigue un confuso objeto de tutela, pues esa Administración puede concretarse en variedad de instituciones, como el poder judicial o el proceso en sí mismo. Pues bien, lo mismo sucede aquí, en tanto en cuanto no basta con aludir a la abstracta «Justicia Militar» para encontrar lo que el legislador penal militar desea tutelar. Si partimos de que el Poder Judicial es único, parece que la Administración de Justicia también lo es, sin perjuicio de que razones de política criminal otorguen competencia a los órganos de la justicia militar cuando se lesione su funcionamiento. Es decir, como veíamos antes, razones de autotutela justifican que exista un título en el Código castrense, pero ello no debe llevarnos a pensar que existan dos Administraciones de justicia totalmente independientes: una ordinaria y otra militar. En todo caso, conviene delimitar la expresión «Administración de Justicia», pues estamos ante un bien ambi-

este sentido, recuerda Peña y Peña que la redacción de los preceptos no coincide exactamente con sus homónimos del Código Penal común, siendo más generales las del Código castrense, lo que da margen a una más amplia interpretación, al tiempo que critica que la penalidad no coincida con la del Código penal ordinario, siendo en general más grave la del Código militar para tipos similares a los comunes. PEÑA Y PEÑA, V.: *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., pgs. 1986 y 1987.

guo carente de concreción, y el sector de la justicia que afecta al ámbito castrense es el tutelado por la norma punitiva militar.

En todo caso, y sin perjuicio de que perfilemos mejor a lo largo de esta monografía el objeto de tutela, nuestra Sala 5.^a TS entiende que lo que se protege con estas infracciones es el perfecto funcionamiento de la Administración de Justicia Militar. Efectivamente, en STS de 26 de febrero de 1998, –que desestima un recurso de casación interpuesto frente a sentencia condenatoria–, la Sala 5.^a estima que la conducta de un teniente que no comunicó a sus superiores que había sido testigo de una agresión cometida por su capitán jefe hacía un soldado de su unidad, está correctamente incardinada en el art. 181 CPM, afirmando al respecto que el deber de poner en conocimiento de los superiores un presunto hecho delictivo, o de denunciarlo a la autoridad competente, es «*un deber genérico que conlleva la perturbación del perfecto funcionamiento de la Administración de Justicia Militar, en cuya rúbrica (Título VII) se encuentra recogido el precepto*».

Sentada esta idea general, debemos ahora incidir en la idea de que el Poder Judicial abarca una Administración de Justicia en la que tiene cabida la jurisdicción militar.

2.1. EL PODER JUDICIAL. INTEGRACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR EN SU SENO

Gimeno Sendra entendía, tras equiparar jurisdicción y Poder Judicial, que existían Tribunales especiales que ostentando potestad jurisdiccional no formaban parte del Poder Judicial, sin que ello rompiera, a su juicio, la unidad jurisdiccional (3).

Entendemos apropiado, por nuestro lado, que la clave para delimitar si un órgano pertenece, en sentido estricto, al Poder Judicial es averiguar si constitucionalmente se le ha encomendado la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, función no otorgada sólo a los órganos que figuran en la LOPJ, y si ello se ha hecho dentro del título VI, que la Carta Magna dedica a esta institución. Así, tras constatar la excepción de dos jurisdicciones reguladas al margen del título VI –el TC se regula en el título IX y el de Cuentas en el VII–, y por tanto no integradas, según el criterio ante-

(3) **GIMENO SENDRA, V.:** *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981, pgs. 97 a 100; en igual sentido **GONZÁLEZ PÉREZ, J.:** *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1984, pgs. 47 y 48.

rior, en el Poder Judicial, estimamos que la jurisdicción militar sí que cumple estos requisitos. Aunque hay una tendencia que la excluye del Poder Judicial, alegando que los Jueces togados y los miembros de los Tribunales Militares no están sujetos a la LOPJ ni al gobierno del CGPJ, sino que dependen del Ministerio de Defensa (4), razones que coadyuvan a entender que estamos ante una jurisdicción administrativa, en la cual parece encomendarse la función de juzgar a un funcionario administrativo que no es un Juez independiente. Sin embargo, el ordenamiento legal proporciona las bases para la integración de esta jurisdicción en tal Poder, garantizándose la independencia e inamovilidad de sus miembros (5).

El TS no deja lugar a dudas sobre esta integración, aduciendo su Sala Quinta, en STS de 18 de febrero de 1997, fundamento jurídico segundo:

«La jurisdicción militar, por más que el recurrente se empeñe en calificarla de «excepcionalísima» –olvidando seguramente que los Tribunales de excepción están proscritos por el art. 117.6 CE– es una jurisdicción que, sin mengua de su especialidad en los niveles inferiores a esta Sala, se integra en el Poder Judicial del Estado (art. 1 LOCOJM 4/1987), y satisface, en su organización y en las normas que ordenan su ejercicio, los derechos fundamentales que en relación con la Administración de Justicia consagra la CE, entre los que se encuentra, naturalmente, el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley.»

Los órganos de la jurisdicción militar tienen, en su ámbito, carácter de Juez ordinario, y ello se reconoce, no sólo por el art.3 LOCOJM y por el TS, sino también por el propio TC, que en STC 113/1995 de 6 de julio afirma:

(4) No estamos ante Tribunales administrativos, a pesar de que forman parte de ellos, en algún caso y siempre junto a oficiales del Cuerpo Jurídico, profesionales de la milicia sin conocimientos jurídicos, –lo que se justifica en la LOCOJM tanto por razones de tradición como por su semejanza con la institución del jurado–.

(5) Así, en la Exposición de Motivos de la LOCOJM se anticipa que esa norma pretende consagrar «la inamovilidad, la responsabilidad y la sumisión exclusiva al imperio de la ley» de los Jueces Militares, al tiempo que se explica que: «La creación de una Sala de lo Militar en el Tribunal Supremo, sujeta en su régimen y en el estatuto de sus miembros a las mismas normas que las demás Salas, supone la unidad en el vértice de las dos jurisdicciones que integran el Poder Judicial».

El art. 8 de esa norma expone que, en el ejercicio de sus funciones, los miembros de los órganos judiciales militares serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. Asimismo, el art. 9, de modo similar al art. 14.1 LOPJ, señala que los titulares de los órganos judiciales militares que se consideren perturbados en su independencia, lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a través de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado.

«No puede pretenderse que los Tribunales Militares no se encuentren incluidos en la mención que a los Tribunales ordinarios hace el art.53.2 CE, puesto que si las vulneraciones de las libertades y los derechos fundamentales acontecen en el ámbito que la propia Constitución ha reservado a los Tribunales Militares, en este aspecto y dentro de este ámbito sí pueden considerarse incluidos en aquella mención».

En consecuencia, no creemos cuestionable la integración de la jurisdicción castrense en el Poder Judicial, siendo sus principios básicos plenamente constitucionales y su razón de ser la tradicional homogeneidad de valores que se pretende que el justiciable tenga con el juzgador (6). Sin embargo, siendo intachable su esencia, podría mejorarse su vigente estructura orgánica real, y así se ha criticado, por ejemplo, que sea una junta de carácter administrativo la que califique a estos miembros del Cuerpo Jurídico (7), o que sea el propio Ministro de Defensa quien presenta al CGPJ una terna de candidatos para cubrir cada vacante de Magistrado de la Sala Quinta del TS de origen castrense. De hecho, pone de manifiesto la doctrina jurídico-militar el excesivo poder del ejecutivo en esta jurisdicción, estimando incluso algún autor dudosa su constitucionalidad «al estar absolutamente administrativizada y materialmente domeñada por el ejecutivo, pese a haberse acuñado en el frontispicio de la legislación que la articula que sus titulares son independientes, inamovibles, responsables y sometidos

(6) Pérez Esteban cita abundante legislación y jurisprudencia (del TC y del TS, salas tercera y quinta) que apoyan esa integración. Según este autor, la razón última de que los miembros de los órganos jurisdiccionales castrenses sean militares no es, desde luego, la relación de especial sujeción que une a cualquier militar con la Administración sino, precisamente, la homogeneidad de valores que con los justiciables, también militares como norma general, han de tener, y esa homogeneidad impone, para que sea lo suficientemente profunda, que pertenezcan también, como profesionales, a la carrera militar, lo que ineludiblemente les coloca con el Ejecutivo en una relación de especial sujeción, produciéndose así una tensión entre su carácter militar y la independencia que exige su condición de Juez ordinario en el ejercicio de su función jurisdiccional. **PÉREZ ESTEBAN, F.**: «La unidad jurisdiccional y sus consecuencias en la jurisdicción militar», en *PJ*, n.º 55, pg. 531.

(7) No obstante, la Sala Tercera del TS, de lo contencioso administrativo, afirmó, en sentencia de 30 de septiembre de 1993, que el sometimiento de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar titulares de órganos judiciales a las Juntas Superiores de los Cuerpos Comunes, órganos de evaluación integrados por militares que no siempre son del Cuerpo Jurídico, no infringe la Constitución, ni ninguna otra norma.

(8) Se propone como solución inmediata la partición en escalas, relativas a la titularidad de la función jurisdiccional, de fiscalía y de asesoría jurídica, de los miembros del Cuerpo Jurídico. En suma, dice Ramírez Sineiro, aquella LOCOJM debería ser objeto de

dos únicamente al imperio de la ley» (8). Duda, por su parte, Millán Garrido que las declaraciones formales y programáticas se correspondan con la realidad «porque ni tales principios ni el tímido estatuto contenido en el título VIII de la LOCOJM pueden garantizar la independencia material del juzgador cuando éste en su carrera militar y, a la postre, en su promoción dentro de la jurisdicción castrense, sigue vinculado a las decisiones que respecto de él, adopten los mandos militares» (9).

Volviendo al concepto «Poder Judicial», expone De Otto una interpretación que conduce a una conclusión constitucionalmente lícita: la independencia de los Jueces Militares como de cualquier otro Juez. Parte este autor de que la expresión Poder Judicial no alude en el art.117.1CE a la específica organización que habitualmente se denomina así –unidad de estatuto, gobierno por el CGPJ–, sino al conjunto de los Jueces, pertenezcan o no a esa organización, con la única excepción del TC y el de Cuentas, pero sin excluir a los Jueces de la justicia militar. Estos resultan ser así, también «integrantes del Poder Judicial» entendido como el conjunto de los que administran justicia en nombre del Rey, aunque no pertenecen al conjunto orgánico que se denomina Poder Judicial; por tanto, los Jueces militares están sujetos al requisito de la independencia que se contiene en el art.117.1. Vendría tal conclusión avalada por el dato de que la especialidad de la justicia militar, que se ha traducido en su exclusión de la organización del Poder Judicial, tiene ya su fundamento específico en el art.117.5, que será del todo

reforma, a fin de proscribir en circunstancias normales, y aun en tiempo de guerra, las omnímodas facultades del Poder Ejecutivo respecto a la provisión de la titularidad de los órganos judiciales militares, ya que su actual estructura orgánica absolutamente administrativizada compromete la vigencia de los principios constitucionales de independencia, inamovilidad e imparcialidad que resultan requisitos previos de toda función jurisdiccional. **RAMÍREZ SINEIRO, J.M.:** «La estructura orgánica de la jurisdicción militar: consideraciones acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *PJ*, n.º 33, 1994, pgs. 152 y 153.

(9) Resalta Millán lo negativo que resulta para la independencia judicial el hecho de que los nombramientos, incluidos los de los Magistrados de la Sala Quinta TS, dependen de decisiones administrativas, en las que prima el aspecto militar al judicial. **MILLÁN GARRIDO, A.:** Prólogo, en *Competencia y organización de la jurisdicción militar*, Tecnos, Madrid, 1987, pgs. 25 y 26. Deducimos lo primordial que es la nota de la independencia, y es que cuando se habla de independencia del Poder Judicial, la sociedad, tan interesada en preservarla, debe saber que sin un margen de libertad de quienes la representan es imposible ejercerla. Como contrapartida, debe saber la sociedad, dice Cuello Contreras, que la libertad de los Jueces no es ilimitada, de manera que superados esos límites, el servidor del órgano judicial responderá ante la misma Justicia que él no ha sabido impartir. **CUELLO CONTRERAS, J.:** «Jurisprudencia y prevaricación», en *La Ley*, 1993-1, pgs. 1036 y 1037.

superfluo si entendemos que los Jueces militares no están comprendidos en el art.117.1 (10).

Al informar el anteproyecto de la LOCOJM, el CGPJ manifestó que la construcción de la jurisdicción militar como parte integrante del Poder Judicial presentaba algunas dificultades. Una de las mayores era que las potestades administrativas esenciales –nombramientos, ceses, etc.– no dependían del CGPJ, sino del Ministerio de Defensa.

Estimamos, en todo caso, que la LOCOJM cumplió lo preceptuado en al art. 117 de la Carta Magna, al configurar la jurisdicción militar como una rama del Poder Judicial, que se integra por Jueces independientes y confluye con la jurisdicción ordinaria en un vértice, el Tribunal Supremo. Ello sin perjuicio de la conveniencia de ciertas reformas, como la separación del Cuerpo Jurídico en tres vertientes, –dedicándose la primera a ejercer las funciones judicial y de secretariado, englobando la segunda la carrera fiscal y la tercera el asesoramiento jurídico–, siendo además oportuno que los miembros de la primera de estas ramas dependiesen, al menos a efectos de ceses y nombramientos, del CGPJ (11).

Algún autor defiende la incorporación plena de la jurisdicción castrense a la ordinaria. Así, a pesar de reconocerse que la LOCOJM ha reducido las especialidades que la jurisdicción militar presentaba en la ley 9/1980, se critica que la reforma no haya acometido su plena incorporación en el Poder Judicial, lo que hubiera supuesto integrar a sus órganos como un orden especializado más en la jurisdicción ordinaria (12).

(10) **DE OTTO, I.**: *Estudios sobre el Poder Judicial*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pg. 56. No duda Pérez Esteban que en el ámbito castrense se respeta esa independencia, recordando que el Tribunal Constitucional aprecia, en STC 204/1994, que el Juez Togado Militar es, con arreglo a su configuración estatutaria, independiente en el ejercicio de sus funciones, no estando sometido a instrucciones del Ejecutivo. **PÉREZ ESTEBAN, F.**: «La unidad jurisdiccional y sus consecuencias en la jurisdicción militar», en *PJ*, cit., pgs. 527 y 528.

(11) El Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo Pérez Esteban ha propuesto, con motivo de unas jornadas sobre Derecho Militar organizadas por el CGPJ en 1999, que los futuros nombramientos de autoridades judiciales militares se efectúen por el CGPJ y no por el Ministro de Defensa, apoyando esta propuesta el Presidente del TS y del CGPJ, Delgado Barrios. En efecto, sin perjuicio de estimar que la jurisdicción militar integra el Poder Judicial, estima este autor que debía potenciarse esa integración mediante la intensificación de los vínculos de esa especial jurisdicción con el órgano al que corresponde el gobierno de los Jueces y Magistrados, que es el CGPJ, lo que, a su juicio, aumentaría la independencia colectiva de quienes ejercen funciones judiciales militares. **PÉREZ ESTEBAN, F.**: «La unidad jurisdiccional y sus consecuencias en la jurisdicción militar», en *PJ*, cit., pgs. 534 a 537.

(12) Martín Contreras es partidario de tal integración. **MARTÍN CONTRERAS, L.:** «La Administración de Justicia: una reforma anhelada», en *La Ley*, n.º 4641, 1999, pg. 3. Canosa cree que se ha llegado a una solución híbrida nada satisfactoria, a un *tertium genus*

En otro orden de cosas, para delimitar bien la extensión del Poder Judicial, a efectos de la inclusión en él no sólo de la jurisdicción militar sino también de otras jurisdicciones como la constitucional o la de cuentas, puede atenderse a un concepto orgánico del mismo (que abarque sólo el conjunto de órganos recogidos en la LOPJ) y a otro funcional (según el cual estamos ante una institución política propia del esquema de división de poderes en el Estado de Derecho). Apoya esta idea Montero (13), quien entiende que la referencia constitucional al Poder Judicial precisa diferenciar entre: un Poder Judicial político, y, dentro de éste, un Poder Judicial organización. En el primer sentido, integran el Poder Judicial todos los órganos que, revestidos de determinadas garantías, tienen atribuida potestad jurisdiccional.

En suma, estimamos que el espíritu de la Carta Magna apoya la idea de que todos los órganos que ejercen función jurisdiccional son Poder Judicial, pues no olvidemos las referencias a los Tribunales Militares (art.117.5), al Tribunal de Cuentas (art. 136), o al Constitucional (art.161). Imparte Justicia todo órgano judicial militar, de ello no cabe duda. Tampoco puede negarse que ejerce jurisdicción el TC, básicamente protector de derechos subjetivos y controlador de la constitucionalidad. Y en cuanto al Tribunal de Cuentas, su L.O. 2/1982 le atribuye dos clases de funciones, (la fiscalización externa de la actividad económica del sector público y el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales), siendo la segunda de carácter claramente jurisdiccional.

Otra postura más estricta se refiere al Poder Judicial «organización», concepto que engloba una parte del conjunto de Jueces y Magistrados con potestad jurisdiccional. Esta parte organizada es la regulada en la LOPJ de 1985, formando sus miembros un cuerpo único, con estatuto jurídico común, y confiándose su gobierno al CGPJ. Si atendemos a las cinco salas del TS, se incluyen las cuatro primeras en esa acepción, pero queda fuera la 5.^a, de lo Militar. Esto es, no se abarcan en esta acepción las personas que componen el jurado, los Tribunales consuetudinarios o militares, el Tribunal de Cuentas o el Constitucional.

de difícil explicación doctrinal que no implica ni plena integración al Poder Judicial ni, por ende, respeta escrupulosamente los principios constitucionales sobre jurisdicción. **CANOSA USERA, R.:** «Configuración constitucional de la jurisdicción militar», en *PJ*, n.º34, 1994, 22.

(13) Resalta Montero dos circunstancias en el Poder Judicial organización, que no tiene potestad jurisdiccional, pues ésta se atribuye a cada Juez individualmente, y que tampoco el CGPJ, aunque sea el órgano de gobierno de este Poder, goza de esta potestad. **MONTERO AROCA** en Montero Aroca, J./ Ortells Ramos, M./ Gómez Colomer, J.L.: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, editorial Bosch, Barcelona, 1991, pgs. 52 a 55.

Esta interpretación dual es la más congruente con nuestra Carta Magna. Y es que ésta recoge en su art.117, ubicado en el título VI que lleva precisamente por rúbrica «Del Poder Judicial», los principios de exclusividad y unidad de la jurisdicción; sin embargo, se limita este último principio, establecido como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales, al reconocerse el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio (art.117.5), así como la jurisdicción de los Tribunales consuetudinarios (art.125). Por otro lado, el art. 3 LOPJ dice que la jurisdicción es única y se ejerce por los juzgados y Tribunales previstos en esta ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos. En consecuencia, existen órganos judiciales no regulados en la LOPJ que, aún así, imparten justicia. Ello supone, bien que no forman parte del Poder Judicial, bien que el concepto de Poder Judicial supera la mera agrupación de los órganos regulados en la LOPJ, como ya hemos apuntado.

En conclusión, debemos distinguir entre un concepto orgánico de Poder Judicial (el cual abarca el conjunto de órganos recogidos en la LOPJ), y otro funcional (que, partiendo del esquema de división de poderes en el Estado de Derecho, engloba a los que ejercen jurisdicción). Se predica de esta institución la independencia respecto de los demás poderes, así como la inamovilidad, responsabilidad y sumisión de sus miembros al imperio de la ley. Si a estas notas añadimos la exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional se impide que tal concepto equivalga al orgánico, puesto que otros Tribunales distintos de los regulados en la LOPJ ejercen potestades jurisdiccionales. De esta manera, si el Poder Judicial tiene en exclusiva la potestad jurisdiccional, no equivale al conjunto orgánico integrado por los Tribunales ordinarios y, viceversa, si equivale a los Tribunales ordinarios no tiene en exclusiva la potestad jurisdiccional (14).

2.2. PODER JUDICIAL, ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y JURISDICCIÓN

Nociones similares como Poder Judicial y Administración de Justicia deben deslindarse, siendo tarea difícil dadas las afinidades y relaciones

(14) En este sentido **GARCÍA ARÁN, M.:** *La Prevaricación Judicial*, editorial Tecnos, Madrid, 1990, pg. 53; Fernández Espinar observa como la exacta correspondencia entre las acepciones orgánica y funcional encuentra el impedimento de la existencia real de Tribunales que, siendo distintos de los regulados en la LOPJ, ejercen potestades jurisdiccionales. **FERNÁNDEZ ESPINAR, G.:** «La prevaricación judicial: de la teorización a su plasmación efectiva en la tipificación sustantiva», en *La Ley*, 1993-3, pg. 854.

instrumentales existentes. Define García Miguel la Administración de Justicia como la estructura orgánica ideada por la ciencia procesal y legalmente consagrada para que el Poder Judicial pueda cumplir la misión jurisdiccional que constitucionalmente le viene atribuida, hallándose integrado exclusivamente por los Jueces y Magistrados, de conformidad con el art. 117 (15).

En cuanto al tercer concepto que encabeza este epígrafe, la «jurisdicción», va unido a los anteriores, pues designa tanto una actividad del Estado, la jurisdiccional, como los órganos que la ejercen, que integran la Administración de Justicia o el Poder Judicial. Para otras funciones del Estado se establece una diferencia terminológica clara entre la función y el órgano, como sucede al distinguir entre legislación y legislativo o ejecución y ejecutivo, pero pone de manifiesto De Otto la confusión que surge cuando la expresión Poder Judicial se usa para designar el Poder o función de los Jueces y Magistrados y, al mismo tiempo, la legislación y la doctrina designan a los diversos conjuntos orgánicos de ese Poder Judicial como jurisdicciones (p.ej. civil o penal) (16).

Consiguientemente, un Poder del Estado no merece protección penal inmediata, dada la imposibilidad de atacar éste con una conducta individual. Más bien se trataría de conductas, tanto de particulares como de funcionarios, que atentan contra las garantías que requiere una efectiva separación de poderes, lo que puede concretarse en ingerencias en la actividad de los órganos encargados de la función estatal propia de cada uno de los poderes, sin que por ello se afecte, en todo caso, el concepto político en sí mismo. Concluye así un sector doctrinal (17), que la Administración de Justicia como bien jurí-

(15) En cuanto a la dificultad del deslinde puede acudir a: **GARCÍA MIGUEL, M.**: «Los delitos contra la Administración de Justicia en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal», en *Documentación Jurídica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pg. 1110.

(16) **DE OTTO, I.**: *Estudios sobre el Poder Judicial*, cit., pg. 17.

(17) A esta función, como objeto de tutela, se refieren García Arán y Magaldi. **GARCÍA ARÁN, M./ MAGALDI, M.J.**: «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal», en *Documentación Jurídica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pgs. 1123 a 1125; también García Miguel encuentra en dicha función el verdadero bien jurídico protegido. **GARCÍA MIGUEL, M.**: «Los delitos contra la Administración de Justicia en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal», en *Documentación Jurídica*, cit., pg. 1111; Orts acepta esa función como verdadero bien jurídico protegido en los delitos de prevaricación judicial. **ORTS BERENGUER** en **VIVES, T.S./ BOIX, J./ ORTS, E./ CARBONELL, J.C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.**: *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pg.782; Maqueda rechaza, al estudiar lo que se debe entender por Administración de Justicia, acudir al concepto Poder Judicial –sea en tanto Poder político o Poder organización– prefiriendo aquellas posibilidades interpretativas que apuntan a criterios dinámicos de comprensión del proceso. **MAQUEDA ABREU, M.L.**: *Acusación y denuncia falsa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pg. 20.

dico protegido por el Derecho Penal debe corresponderse con la función estatal de administrar justicia, la cual se desempeña, de modo exclusivo, por los integrantes del llamado Poder Judicial a través de los cauces de un proceso.

En suma, la dificultad que domina los pasos tendentes a la delimitación de oscuros conceptos como «Poder Judicial» o «Justicia», nos conduce a examinar si la jurisdicción sería útil como objeto de protección. En efecto, la función jurisdiccional proviene de jurisdicción, palabra que etimológicamente significa decir el derecho (*ius dicere*) en un caso concreto, esto es, respecto de personas o actos determinados. El Derecho impone deberes y reconoce derechos de modo general, debiendo ser fijado imperativamente mediante un acto singular cuando se produce un litigio acerca de su existencia o vigencia, entrañando tal acto el restablecimiento tanto de la confianza jurídica del pueblo en la norma como, en su caso, del orden jurídico alterado. No es suficiente, empero, la aplicación del Derecho para definir la función jurisdiccional como algo distinto de la actividad administrativa. Y ello porque tanta aplicación del Derecho existe en una sentencia penal, que condena a un inculpado, como en un acto administrativo que declara un deber e impone una sanción administrativa a un administrado. Pensemos en una sanción disciplinaria que, a pesar de ser un acto de naturaleza administrativa, puede conllevar una restricción de libertad.

Debemos así diferenciar entre función jurisdiccional militar, a ejercer por los órganos de la jurisdicción militar, y función administrativa-disciplinaria militar, a ejercer por el mando militar. Básicamente hay dos argumentos para diferenciar la esencia de tales funciones. La primera nota que las deslinda es la posición que ocupa quien resuelve. Es característico de la jurisdicción que el Juez dicta una resolución en causa ajena, es imparcial y extraño a los intereses sobre los que debe decidir, mientras que la Administración –el mando militar la representa cuando impone la sanción–, está interesada en que una cierta resolución. En segundo lugar, la función jurisdiccional se diferencia de una aplicación administrativa-disciplinaria del Derecho en la irrevocabilidad de la decisión. Una sanción disciplinaria es recurrible, primero en vía administrativa y luego ante un Tribunal Militar (recurso contencioso-disciplinario militar), pero una resolución judicial firme es inalterable. Empero, esa irrevocabilidad no debe confundirse con la irrecurribilidad, esto es, con la nota de que la decisión no sea susceptible de recurso, pues si así fuera no serían jurisdiccionales las resoluciones judiciales susceptibles de impugnación. La irrevocabilidad consiste, según De Otto (18), en la imperatividad inmutable,

(18) Aquí reside la verdadera diferencia entre jurisdicción y Administración, siendo, según De Otto, una tautología que no soluciona el problema incluir en la jurisdicción conceptos como la imparcialidad o el proceso. **DE OTTO, I.:** *Estudios sobre el Poder Judicial*, cit., pgs. 20 a 24.

esto es, en el efecto de cosa juzgada, tanto en su vertiente formal, carácter inalterable de la decisión, como material, fuerza del pronunciamiento en un caso concreto que excluye que se decida de nuevo sobre el objeto ya resuelto.

2.3. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA TUTELADA EN EL CP ORDINARIO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA MILITAR DEL CPM. DESLINDE

Perfilada la noción de Administración de Justicia, como ejercicio de función jurisdiccional, pretendemos ahora deslindar las dos Justicias tuteladas en los títulos respectivos de los Códigos penales ordinario y militar.

Efectivamente, la doble tipificación de conductas en los textos punitivos ordinarios y militar, como la prevaricación judicial, el quebrantamiento de condena o el falso testimonio, origina en la práctica concursos de normas, a resolver, obviamente conforme al principio de especialidad. Esto es, si un militar presta como testigo un falso testimonio en proceso penal militar, parece lógico que se aplique a tal acción el art. 183 del CPM y no el art. 458 del Código penal ordinario, aunque ambos se refieren al testigo que miente ante un órgano judicial. Lo mismo cabe decir ante un Juez que resuelva injustamente, a sabiendas, pues, como prevaricador, su acción puede cobijarse ante los dos Códigos penales, si bien por especialidad es preferente para el juzgador militar el art. 184 CPM.

El problema al que nos enfrentamos es averiguar si estamos ante dos bienes jurídicos distintos o ante el mismo. De estimarse que estas normas persiguen un mismo objeto de tutela no parece justificable una doble tipificación, pues el Derecho Militar vigente en España no es un derecho de castas, ni tiene *vis atractiva* en razón del lugar o de la condición militar de los sujetos activo o pasivo del delito.

Entre los autores que optan por esa unidad de bien jurídico se alinea el profesor Fernández Segado, que estima errónea la técnica jurídica del texto punitivo castrense, ya que para él el bien jurídico tutelado en dicho título es la recta Administración de Justicia, de inequívoca naturaleza común, por lo que estima inadecuada «la incriminación por un texto normativo especializado de una conducta delictiva materialmente ajena a la especialidad de aquél para alcanzar un fin procesal, como es el conocimiento por una jurisdicción especializada de la referida conducta» (19).

(19) **FERNÁNDEZ SEGADO, F.**: «La competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz. (Reflexiones en torno al art.12 de la Ley Orgánica 4/1987, de la competencia y organización de la jurisdicción militar)», en *PJ*, n.º 36, 1994.

Desde ese punto de vista, el Juez prevaricador, que, por ejemplo, condena o libera injustamente a un reo, ofende dicha «recta Administración de Justicia», ello sea un Juez Militar o un Juez ordinario, pues en ambos se aparta de un correcto ejercicio de su cargo. Sin embargo la pena que para esa conducta prevén los Códigos respectivos (ordinario o militar) es distinta, lo que contradice esta doctrina.

Empero, otro sector doctrinal no encuentra extraña tal duplicidad, y justifica que se aborden de forma autónoma los «Delitos contra la Administración de la Justicia Militar» por repercutir dichos tipos delictuales en el ámbito castrense (20). De ese modo se justifica que un falso testimonio o una prevaricación judicial se sancione conforme a dos leyes penales según incida en la jurisdicción ordinaria o en la militar.

Por nuestro lado, entendemos que no estamos ante iguales objetos de tutela, si bien no dudamos de que la Justicia encierra una esencia común a ambos. En otras palabras, tenemos dos bienes jurídicos, siendo el primero categorial –la Administración de Justicia del CP–, y quedando el segundo, –la Administración de Justicia Militar del CPM– incluido en el anterior, como subespecie del mismo, ya que la vida castrense se rige por especiales valores que la Justicia ordinaria no atiende.

De esta manera, justificamos la doble regulación en dos razones: por un lado, existe una autotutela de la Justicia Militar, que se arroga el juzgar conductas que pretenden su lesión, y, por otro, no hay coincidencia total del bien jurídico, pues la Administración de Justicia Militar se concreta en el ejercicio correcto por los Juzgadores militares de su función jurisdiccional. Esto es, dentro de la Administración de Justicia ordinaria existe una Militar, que se caracteriza por aplicar un derecho específico y diferenciado, vertebrado en valores como el honor, la disciplina, la dignidad militar o la jerarquía, extraños en el derecho a aplicar por la judicatura ordinaria. Esta especialidad se reconoce, dentro de la unidad del Poder Judicial, en la misma Carta Magna, en concreto en su art. 117.5 CE, por lo que es legítimo y constitucional que subsista este título.

No obstante, *de lege ferenda*, sería deseable suprimir del CPM alguno de los tipos, como el referido a la prevaricación judicial militar (art. 184 CPM), dado que la esencia del bien jurídico coincide con el tutelado en la prevaricación judicial del CP ordinario, amén de que esta reforma iría en

(20) Así piensan **MARES ROGER** y **MARTÍNEZ LLUESMA** en la obra colectiva, (coordinada por Frigola, J.): *Delitos contra la Administración Pública; Delitos contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, editorial Bosch, Barcelona, 1998, pg. 138.

consonancia con la integración que propugnamos de los Jueces Militares en el Poder Judicial, siendo la creación de una Sala 5.^a en el TS buena muestra de esa unidad. Esto es, aunque esa duplicidad normativa puede fundarse en razones de autotutela, de política criminal o de especificidad de bien jurídico, el hecho de que los integrantes de los órdenes jurisdiccionales civil, penal, laboral y contencioso-administrativa por un lado, y del orden militar, por otro, sean juzgados conforme a leyes penales distintas y por Tribunales diversos no casa con la unidad apuntada. Sería recomendable, por ello, suprimir el art. 184 CPM y, al tiempo, añadir en el CP una referencia a la prevaricación judicial en causas penales o contencioso-disciplinarias militares.

No cabe duda de que un nuevo CPM debería ser más escueto, aprovechando la regulación penal ordinaria, y ningún interés en juego dejaría de estar protegido si se suprimiera este título, al existir en el CP uno dedicado a la Administración de Justicia, categoría que encierra la Administración de Justicia Militar, como hemos visto. En todo caso, ello podría ir acompañado de una reforma de nuestras leyes procesales a fin de que en caso de entrar en juego un bien jurídico militar, como si acontece un falso testimonio prestado por militar en proceso militar, pudiera aplicarse por el órgano judicial militar la ley penal ordinaria. En ese sentido, el Doctor Rodríguez-Villasante propugna un nuevo CPM mucho más breve que el vigente, pues estima que se debe eliminar lo que hay de redundante y vano en las leyes castrenses, por entrañar repetición innecesaria de las normas comunes o regulación no justificada por su especialidad (21).

3. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL JUZGADOR MILITAR COMO OBJETO DE TUTELA

Como hemos visto, dedican tanto el CP militar de 1985, como el CP ordinario de 1995, un título autónomo a la Administración de Justicia; pero la pretensión de reunir todo aquello que directa o indirectamente

(21) Para este autor, el delito militar sólo puede ofender intereses castrenses o bienes jurídicos esencialmente militares, pero la técnica codificadora rechaza la mera reiteración de los tipos comunes (cuando por sus circunstancias afecten a tales intereses castrenses), pues ello vulneraría el principio de especialidad del Derecho Penal Militar, convirtiendo un Código complementario en un texto integral. Y tampoco cree aceptable la técnica de militarizar los delitos comunes con el fin de atraer la competencia de la jurisdicción militar como se hace en el CPM con los Delitos contra la Administración de Justicia Militar. **RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.**: *El Derecho Militar del siglo XXI: un proyecto de Código Penal Militar Complementario*, REDM, n.º 77, Madrid, 2001, pgs. 92 a 96.

afecte a la Administración de Justicia es casi inalcanzable (22). De otro lado, discute algún autor que sea esta Administración el bien jurídico tutelado en todas las figuras del título XX, que sólo tienen en común una vaga relación con el fin último de la justicia (23).

Además, el consenso existente al considerar la Administración de Justicia como bien jurídico afectado en las infracciones recogidas en un determinado título del texto punitivo no conlleva aceptar unánimemente que ésta posea un determinado significado. Se trata, efectivamente, de un concepto demasiado vago, siendo difícil deslindar nociones tan íntimamente unidas como Justicia, Poder Judicial, o jurisdicción. Tras ello, encontramos que la función jurisdiccional, como concreción de tan oscuro término, debe tenerse muy en cuenta en la búsqueda que nos ocupa.

Efectivamente, de los bienes jurídicos apuntados por la doctrina rechazamos aquellos que son excesivamente ambiguos, como la viabilidad del derecho a la tutela judicial (24) o el Poder Judicial (25). Tampoco aceptamos que lo verdaderamente protegido sea el proceso, señalado por algún autor como bien jurídico protegido por ser el instrumento técnico legal-

(22) Quintero Olivares cree que esta reunión es difícil, pues se extiende a un amplio espectro de conductas punibles. Estima que el título ofrece sólo una protección relativa y fragmentaria, centrada en algunos aspectos de la Administración de Justicia. **QUINTERO OLIVARES, G.**, en la obra colectiva que coordina: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, editorial Aranzadi, Barcelona, 1999, pg. 1316.

(23) La disparidad de las tipificaciones contenidas en este título obliga, según Gili Pascual, a ampliar la perspectiva hasta límites de excesiva abstracción para poder localizar un conjunto común de pertenencia, sin que la mejora producida tras la aprobación del Código Penal de 1995 vaya a cambiar de raíz el panorama de esta valoración doctrinal, pues siguen existiendo «presencias» y «ausencias» no compartidas. **GILI PASCUAL, A.**: *El favorecimiento personal en el sistema penal español*, tesis doctoral, Palma de Mallorca, 1998, pg. 120. Quintero estima subyacente en el título una vaga relación con el fin último de la Justicia, entendida a veces como función, a veces como realización de un ideal y a veces, como deber de sumisión o respeto, o de lealtad y colaboración con ella. **QUINTERO OLIVARES, G.**: *ibidem*. Según Orts, no todas las figuras del título XX son delitos contra la Administración de Justicia, no siendo éste el bien jurídico tutelado en todas ellas. **ORTS BERENGUER** en *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pg.782.

(24) Éste era el propuesto por Serrano, al defender que es misión del Derecho Penal proteger, en todo caso, dicha viabilidad. **SERRANO BUTRAGUEÑO, I.**: «Introducción a los delitos contra la “realización” de la Justicia», en la obra colectiva: *Delitos contra la Administración de Justicia. Artículos 325 a 338 bis del Código Penal*, Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, editorial Comares,, Granada, 1995, pgs.30 y 31.

(25) Estima Quintero que en este título se protege a la Administración de Justicia, pero no en cuanto Administración, pues para eso bastaría con reunir todos los tipos en el título relativo a la Administración en general, sino en cuanto soporte de la actividad del Poder jurisdiccional del Estado (el Poder Judicial), a pesar de que ese Poder puede defenderse también a través de otros preceptos que no están aquí. **QUINTERO OLIVARES, G.** en *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, cit., pg. 1316.

mente establecido para el ejercicio de la función jurisdiccional (26). Aunque sea cierto que sólo a través del proceso se realiza el derecho sustantivo, aceptarlo como objeto de tutela puede suponer excluir de protección actuaciones que no siendo procesales en sentido estricto tienden a garantizar el desarrollo de esa actividad. Así, difícilmente encajaría, por ejemplo, entre los delitos contra la Administración de Justicia Militar del art. 181 CPM, que sanciona la omisión de perseguir o denunciar delitos. Estas conductas no inciden en el proceso, pero estimamos que sí obstruyen el correcto ejercicio de la labor judicial, pues vedan el acceso a conductas que deben enjuiciarse ante órganos judiciales.

Por consiguiente, optamos por las propuestas referidas al juzgador y su misión en un Estado de derecho, que conducen a la función jurisdiccional (27). En todo caso, la última finalidad de estas infracciones es proteger el imperio del Derecho como única vinculación del Juez, ello conforme a los tradicionales valores que vertebran el derecho castrense, pues sólo si se respeta dicho imperio se ejercerá correctamente la función jurisdiccional.

En definitiva, el objeto de protección buscado lo constituye el ejercicio de la función jurisdiccional de los juzgadores militares conforme al imperio del Derecho. Se configuran así, estas figuras, como pilares del Estado social y democrático de Derecho, pues no existirá éste sin órganos judiciales que ejerzan su potestad jurisdiccional con independencia, responsabilidad y único sometimiento a la ley. Conviene añadir que la tutela del funcionamiento de la justicia militar, conforme al imperio del Derecho, debe darse a lo largo de tres fases, a saber:

1.º Fase pre-procesal, o previa al proceso. El legislador penal militar pretende que sólo verdaderos delitos militares provoquen el inicio del proceso, por lo que se sanciona en el art. 180 CPM la simulación de delito. Por otro lado, para promover que se denuncie toda presunta infracción, castiga el art. 181 al militar que no promueve la persecución de un delito militar o lo denuncia a la autoridad.

(26) En ese sentido, García Miguel defiende que el título dedicado a la Administración de Justicia incrimina los actos que impiden el nacimiento o el normal desarrollo del proceso. **GARCÍA MIGUEL, M.:** «Los delitos contra la Administración de Justicia en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal», en *Documentación Jurídica*, cit., pg. 1111 y 1112.

(27) Estimamos, por ello, correcta la definición que García Arán otorga de dicha función, como la actividad estatal de administrar Justicia que se desempeña de modo exclusivo por los integrantes del Poder Judicial a través de los cauces de un proceso. **GARCÍA ARÁN, M./ MAGALDI, M.J.:** «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal», en *Documentación Jurídica*, cit., pgs. 1124 y 1125..

2.º Fase procesal. Se tiene que garantizar un desarrollo objetivo y justo del proceso militar, sin que se favorezca o perjudique a ninguna parte, finalizando aquél con una resolución adecuada a derecho. A este logro se dirige la mayoría de los preceptos del título que tutela la Administración de Justicia Militar, como luego veremos, y, por último,

3.º Fase ejecutiva o post-procesal. Se trata de ejecutar, conforme al ordenamiento jurídico, la resolución adoptada, en la medida en que sin ello no tienen valor los anteriores aspectos. A tutelar esta fase se dirige el art. 188 CPM, que sanciona el quebrantamiento de prisión o condena.

Dejado claro el objeto de tutela, pasamos a continuación a estudiar la problemática que ofrecen algunas de las diversas figuras que contiene ese título.

4. EL BIEN JURÍDICO EN LAS FIGURAS DELICTIVAS EN PARTICULAR. PROBLEMAS CONCURSALES

4.1. LA SIMULACIÓN DE DELITO

Castiga el CPM, en su art. 180, a quien simula ante autoridad competente ser responsable o víctima de un delito atribuido a la Jurisdicción Militar, motivando una actuación procesal.

Similar conducta recoge el art. 457 CP, pero respecto a infracciones de la norma penal ordinaria, lo que parece suficiente para resolver el concurso aparente de normas que surge a favor de la norma castrense, conforme al principio de especialidad del art. 8 CP. En cuanto al bien jurídico, nos parece claro que aquí se tutela el correcto funcionamiento de la jurisdicción militar en su fase inicial, pues se pretende que no se distraigan energías que la judicatura debe destinar a perseguir y castigar a verdaderos delincuentes.

La conducta requiere una «autodenuncia», es decir una simulación de ser autor o víctima del delito, lo que debe ir seguido de una actuación procesal, –en el sentido de jurisdiccional, de modo que no colma el tipo una simulación ante el mando militar–. Resulta así que de hacerse referencia en la denuncia a alguna persona diferente al propio simulador estaríamos en presencia de una acusación o denuncia falsa. Así, existe en este ámbito una carencia importante, pues no recoge la norma militar un precepto que regula tal acción, similar al art. 456 CP, por lo que de darse ese hecho debe entrar en juego la jurisdicción ordinaria, a pesar de que el bien jurídico no es la «Administración de Justicia» ordinaria, sino la «Militar», por lo que propugnamos la subsanación de tal laguna.

En este sentido, es difícil delimitar la frontera entre la simulación de delito militar –del texto castrense– y la acusación o denuncia falsa –del texto ordinario–, cuando quien simula ser víctima de delito militar provoca un proceso que, partiendo de esas falsas aseveraciones, conduce a la injusta imputación de una persona inocente. Estimamos que en ese caso el tipo a aplicar sería el militar, pues la simulación inicial y la acción procesal que motiva indica que se ha realizado tal conducta típica.

4.2. LA OMISIÓN DE PERSEGUIR O DENUNCIAR DELITOS

Contiene el art. 181 CPM un tipo omisivo que persigue dos conductas, sancionando con prisión:

1.º al militar que, estando obligado a ello, dejase de promover la persecución de delitos competencia de la jurisdicción militar;

2.º al militar que, teniendo conocimiento de su comisión no lo pusiese en inmediato conocimiento de sus superiores o lo denunciase a autoridad competente.

La primera cuestión que surge al enfrentarnos al estudio de este precepto es determinar el bien jurídico, pues ello justifica, o no, su ubicación sistemática en el título dedicado a la Administración de Justicia Militar. Esto es, un sector doctrinal cree que no es la Justicia lo tutelado, sino aquel bien cuya lesión no se contribuye a evitar: la vida, la integridad física, la salud, la libertad o la indemnidad sexual (28). Pues bien, siendo innegable que, de modo mediato, se tutelan esos objetos, creemos que lo defendido de modo inmediato, o directo, es la fase previa del funcionamiento de la Justicia Militar. Esto es, se busca que lleguen a ser objeto de enjuiciamiento las infracciones castrenses y, para ello, se persigue penalmente a quien no las denuncia o comunica a sus superiores.

También presenta este delito militar problemas concursales, en tanto que el art. 450 del Código Penal ordinario sanciona a quien, pudiendo hacerlo sin riesgo propio o ajeno, no impide la comisión de un delito y también a quien no acude a la autoridad o sus agentes para que impidan un delito de cuya próxima comisión tenga noticia. El art. 181 CPM es el único precepto del título que requiere expresamente la condición de militar del sujeto activo, para el caso de que no comunique a sus superiores o no

(28) Vid., en ese sentido: **ORTS BERENGUER, E. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.**, en *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pg. 785.

denuncie a la autoridad la comisión de un delito que conoce, e incluso se restringe más el sujeto activo en una conducta, pues la primera parte del precepto se aplica sólo al militar obligado a promover la persecución de delitos que no realiza tal labor, –obligación que afecta a cargos como Jueces Togados, Fiscales Jurídico Militares, Guardias Civiles y Policías Militares–. Como contraposición a un sujeto activo tan limitado, la infracción común puede cometerse por cualquiera, lo que parece suficiente criterio de distinción. Además, la infracción común se aplica sólo a delitos graves (que afecten a vida, integridad, libertad o libertad sexual de la persona), mientras que el art. 181 CPM se restringe a aquellos delitos competencia de la jurisdicción militar. Esto es, aunque parece que en ciertos supuestos ambos Códigos son aplicables, estamos ante un concurso aparente de normas a resolver, conforme al principio de especialidad del art. 8 del CP ordinario, a favor del texto castrense.

De otra parte, el art. 181 CPM no prevé la conducta del militar que, pudiendo evitar un delito sin riesgo propio o ajeno, se abstiene voluntariamente de hacerlo, a diferencia del tipo común. Convendría ampliar el art. 181 en ese sentido.

Siendo cierto que se busca un correcto funcionamiento de la Justicia Militar, recalquemos que la Sala 5.^a TS ha justificado la existencia de este delito omisivo en una especial obligación de denunciar de los militares. En efecto, en STS de 2 de octubre de 2002, recuerda la Sala 5.^a que el precepto sancionador se desdobra:

«en dos conductas diferentes que constituyen otros tantos delitos de omisión, una abstenerse de promover la persecución de los delitos competencia de la jurisdicción militar y otra el omitir de dar conocimiento de cualquier delito militar en cuanto se sepa de su perpetración: la obligación que incumbe a cualquier ciudadano de denunciar cualquier delito que presencie, se transforma para todo militar, en relación con delitos competencia de la jurisdicción militar, en una obligación más grave que integra el delito del art. 181 CPM en su segunda forma, al no poner el hecho en conocimiento de sus superiores o no denunciarlo a la autoridad competente».

4.3. COACCIONES, VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN

El art. 182 CPM persigue a quien durante las distintas fases de tramitación de un procedimiento judicial militar ejerciera coacciones, violencia o intimidación con el fin de obtener o impedir confesión, testimonio, informe o traducción. Esa finalidad específica nos lleva a deducir que se

tutela también aquí el correcto funcionamiento de la Justicia Militar o, si se prefiere, el correcto ejercicio de la función jurisdiccional por el juzgador castrense, ya que éste no puede realizar su labor en condiciones si estas actuaciones tienen lugar. Afianzando esta tesis, el segundo párrafo del precepto aplica la misma pena para el caso de cometerse otros delitos si tienen los mismos fines, ello sin perjuicio de la sanción correspondiente al delito cometido.

El CP ordinario recoge un delito asimilado a éste, en su art. 464, destinado a castigar a quien con violencia o intimidación intenta influir en testigo, perito o alguna de las partes del proceso. El segundo párrafo de esta norma impone igual pena a quien realiza actos contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra esas personas por su actuación en proceso judicial, sin perjuicio de las penas por esas infracciones.

Pues bien, estamos ante otro problema concursal de interés. No cabe duda de la preferencia que la norma penal castrense tiene frente a la ordinaria, pero ello acontecerá sólo cuando ambas den cobijo a acciones con igual finalidad, como coaccionar a testigos o peritos para influir en sus testimonio o informes. Esto nos lleva a plantearnos qué hacer cuando la coacción se lleva a cabo tras el procedimiento, esto es, como venganza de una actuación procesal. Dado que esa conducta sólo se prevé en el CP ordinario creemos que debería aplicarse éste, sin perjuicio de que convenga reformar la ley penal militar al efecto.

4.4. EL FALSO TESTIMONIO

Asigna el art. 183 CPM una pena tanto a testigos que prestan falso testimonio como a peritos que informan maliciosamente, en el seno de un procedimiento militar. Pues bien, también aquí hay cierta duda sobre el bien jurídico protegido, pues un falso testimonio vertido en un proceso judicial mueve al juzgador a una sentencia injusta y, por ende, conlleva un perjuicio o beneficio de las partes. En efecto, pensemos en un procedimiento penal en el que un imputado puede incluso sufrir pena de prisión como consecuencia de un testigo que falsea la verdad. De hecho, igual que apuntábamos al estudiar el art. 181, existen aquí dos objetos de tutela, uno de carácter principal y otro derivado. Así pues, el bien jurídico propiamente dicho, de carácter principal, es el correcto ejercicio de la función jurisdiccional que presta el juzgador militar, pues es obvio que un testigo que miente impide al Juez ejercer correctamente su función. No obstante,

ello no conlleva negar la existencia, de modo accesorio o derivado, de cierta tutela a las partes que están sometidas al proceso, pues eliminando tales acciones perniciosas se les evita un perjuicio claro. A mi juicio, es preponderante el objeto de tutela referido a un correcto ejercicio de la función jurisdiccional por el juzgador militar, lo que nos lleva a estimar correcta su inclusión entre los delitos contra la Administración de Justicia Militar. En esta línea, estima Orts Berenguer (29) que el bien jurídico en el falso testimonio es, inequívocamente, la Administración de Justicia, en cuanto dificulta o impide la fase probatoria de un proceso, siendo el presupuesto del delito la existencia de un proceso en el que el sujeto activo, el testigo o el perito, declara o informa falsamente.

Si acudimos a la regulación que el Código Penal ordinario realiza del falso testimonio, observamos que es más profusa que la del texto castrense, en cuanto que se recoge no sólo una conducta de falso testimonio tradicional, como es la de faltar a la verdad en el testimonio o en el peritaje prestado, pues también se sanciona, en el art. 460, un falso testimonio «menor», referido al testigo, perito o intérprete que, sin faltar sustancialmente a la verdad, la altera con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos. Prevé, además, el art. 461, un castigo a quien presenta, a sabiendas, testigos falsos o intérpretes mendaces. Por otro lado, el CP ordinario recoge una exención de pena, en el art. 462, para el caso de que el testigo se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de se dicte sentencia.

Esta doble tipicidad nos lleva a cuestionarnos qué norma aplicar cuando un testigo en proceso militar no miente, sino que es inexacto o silencia ciertos hechos sustanciales, dado que la ley militar no recoge expresamente un falso testimonio «menor». Pues bien, estimamos que tal acción queda abarcada en la amplia conducta de «dar falso testimonio» que define el art. 183 CPM, pues sería ilógico que el juzgador militar tuviera que acudir para ello al CP ordinario, y no creemos que ello suponga una interpretación perjudicial ni una analogía *in malam partem*, de las prescritas en el Derecho penal. En cuanto a la presentación de testigos falsos o intérpretes mendaces, a sabiendas, parece que estamos ante una conducta atípica en la ley penal militar, pero no es así, pues a pesar de que no existe precepto correlativo al art. 461, basta acudir a la teoría general de la participación para deducir que quien presenta a otro para que testifique falsamente, es partícipe de un delito, y debe responder, en concreto, como inductor de un falso testimonio.

(29) ORTS BERENGUER, E. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, cit., pg. 794.

Llegamos ahora a la exención de pena que recoge el Código ordinario en su art. 462. Pues bien, sin perjuicio de que podría introducirse aquí una exención similar, nada impide que el juzgador militar aplique esa norma, de darse sus presupuestos, dado que dispone el art. 5 CPM:

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.

Recordemos que no se precisa en el delito de falso testimonio el mandato del Tribunal para proceder contra el falso testigo o perito, a diferencia de lo que ocurre con la denuncia o acusación falsa. No obstante, recuerda Peña y Peña que existe doctrina y jurisprudencia a favor de que sea el mismo órgano judicial ante el que se cometió el presunto desafuero el que autorice o promueva la persecución, en razón a que el bien jurídico protegido es la institución de la Justicia y el juzgador ante quien se ventilo la cuestión es quien primeramente percibe la anormalidad (30).

4.5. LA PREVARICACIÓN DEL JUZGADOR MILITAR

Queda claro el objeto de tutela que pretende esta figura, pues nada puede perturbar más el correcto ejercicio del Derecho que un Juez corrupto y parcial que maneja la ley a su antojo. En efecto, nada obsta a que un Juez Togado o un miembro de un Tribunal Militar tuerza el Derecho, en vez de aplicarlo rectamente. A favor de sancionar tal conducta con el Código Penal se mostraba García Arán, al incluir en el concepto «causa criminal» la sustanciada en la jurisdicción militar (31). No es cuestión meridiana, empero, la aplicación del Código Penal a los abusos judiciales cometidos en el ámbito castrense.

Prima facie nos enfrentamos a un problema terminológico, en cuanto el Código Penal ordinario se refiere sólo a «Juez o Magistrado», y, si bien existen Jueces Togados Militares, los integrantes de un Tribunal Militar no se llaman Magistrados, sino Vocales, –se especifica entre Vocales Togados y Vocales Militares según pertenezcan, o no, al Cuerpo Jurídico– (32). Mas, no compartimos teorías excesivamente formalistas que conducirían a excluir la autoría de esas personas. En efecto, estimamos evidente, par-

(30) PEÑA Y PEÑA, V.: *Comentarios al Código Penal Militar*, cit, pg. 183.

(31) GARCÍA ARÁN, M.: *La Prevaricación Judicial*, cit., pg. 100.

(32) Efectivamente, los juzgadores castrenses son, según la LOCOJM: Magistrados, integrantes de la Sala Quinta del TS, Jueces Togados Militares y Vocales integrantes de los Tribunales Militares, que pueden ser Vocales Togados o Militares.

tiendo de una interpretación material de los términos, que es el hecho de ejercer función judicial el que otorga la condición de Juez o Magistrado a estas personas, recogidas, por ello, dentro del círculo subjetivo de los artículos 446 y siguientes del Código Penal. Además, los miembros de un Tribunal Militar cumplen una labor muy similar a la de los Magistrados de un Tribunal ordinario, como demuestra que ambos emiten resoluciones jurisdiccionales con el mismo contenido procesal, controladas, de hecho, por un idéntico sistema de recursos, que culmina siempre ante alguna de las salas del Tribunal Supremo o, en su caso, ante los Tribunales Constitucional o de Derechos Humanos de Estrasburgo.

Debemos ahora referirnos a la ley penal militar, pues en el título de los delitos contra la Administración de la Justicia Militar, se incluye un precepto que sanciona la prevaricación judicial militar. En concreto, castiga el artículo 184 CPM con pena privativa de libertad a quien formando parte de un Tribunal Militar o en el ejercicio de funciones judiciales dictare, a sabiendas, sentencia o resolución injusta, o dictare, por negligencia o ignorancia inexcusable, sentencia manifiestamente injusta. Esto es, el legislador ha optado por incriminar en el texto punitivo militar ciertos delitos contra la Administración de Justicia, transformándolos en delitos militares, renunciando, así, a la opción de aplicar el Código Penal a determinadas conductas de los juzgadores militares.

Según deduce algún autor, la aprobación de la ley penal militar ha supuesto excluir la aplicación de los tipos de prevaricación tipificados en el Código Penal a los miembros de la jurisdicción militar (33). Creemos que debe matizarse tal conclusión, en tanto que hay otras formas de comisión de la prevaricación distintas a emitir una resolución injusta, como son las conductas denegatorias o retardadoras de la prestación de justicia. Respecto a ellas, y mientras no se tipifique nada en ese sentido por la ley penal militar, será de aplicación el Código Penal. Así, el Juez Togado o miembro de Tribunal Militar que se niegue a juzgar sin alegar causa legal o que incurra en retardo malicioso incurrirá en las conductas tipificadas en los artículos 448 y 449 del Código Penal, pues en otro caso quedaría impune su conducta, ya que la ley militar no contiene preceptos correlativos. En aquellos casos en que sea procedente aplicar los preceptos del Código Penal ordinario será la jurisdicción ordinaria, y no la militar, a pesar de que se trate de

(33) Por ello, no cuestiona Ramos Tapia que el CPM es aplicable a la prevaricación judicial cometida por el Juez militar, siendo competente para conocer, lógicamente, la jurisdicción militar. **RAMOS TAPIA, M.I.**: *El delito de prevaricación judicial*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pg. 175.

Jueces militares, la competente para incoar el proceso oportuno, –pues la jurisdicción militar no se rige por el fuero de la persona, sino que actúa sólo cuando exista un delito militar, sea su autor militar o civil– (34).

Esta posible dualidad competencial nos lleva a situaciones que llaman la atención a cualquier jurista. Esto es, de negarse un Juez Militar sin causa legal a pronunciarse en un asunto –prevaricación pasiva–, debería fundarse su castigo en el Código Penal, y ejercerse ante la jurisdicción ordinaria, ante la que ya no cabe la institución del antejuicio, eliminada por la ley del jurado de 1995. Sin embargo, si la prevaricación fuera activa, por haber emitido el Juez Togado una resolución injusta, se debe acudir al artículo 184 de la ley castrense, rigiendo la legislación procesal militar, en la que todavía subsiste esa figura. De esta manera, la denuncia por prevaricación, que formuló el entonces coronel J.A. Perote contra el Juez Togado que lo procesó, fue inadmitida en el correspondiente antejuicio, pues esta institución subsiste en la formativa procesal castrense a pesar de haber desaparecido de la Lecrim, por tacharlo la doctrina de privilegio inadmisibles (35).

Así pues, *de lege data*, la prevaricación judicial cometida por Jueces militares, puede suponer problemas concursales, pero en ningún caso desvirtúa la posibilidad de que un Juez militar pueda cometer la conducta típica de los artículos 446 a 449 del Código Penal. De cumplirse los presupuestos que la conducta del artículo 184 CPM exige, no cabe duda de que será este texto el oportuno, conforme al principio de especialidad, y la jurisdicción militar la competente. En otro caso, y dado que esas conductas no pueden quedar impunes, serán de aplicación los preceptos de la prevaricación judicial que recoge el Código Penal, y no regirá la jurisdicción castrense (36).

Como ya apuntamos anteriormente, sería deseable, *de lege ferenda*, suprimir del CPM la prevaricación judicial militar al coincidir la esencia

(34) En efecto, a un militar en activo se le pueden aplicar, por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo, tipos del Código Penal ordinario, y ello acontece ante el robo a otro militar de su unidad o el tráfico de drogas cometido en un acuartelamiento. Sobre este aspecto se puede ver **HERNÁNDEZ MUNTIEL, A./ FERRER BARQUERO, R.:** *Manual práctico de la jurisdicción militar*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1998, pgs. 94 a 98.

(35) Así, ante la denuncia que formuló el coronel J.A. Perote contra el Juez Togado que lo había procesado, imputándole entre otros un delito de prevaricación, se inició dicho antejuicio. Por auto de 19 de febrero de 1996 el Tribunal Militar Central no apreció ninguna ilicitud en la actuación del Juez instructor e inadmitió la denuncia. En aquellos casos en que el proceso contra los componentes de Tribunales Militares y Jueces Togados Militares se inicie por denuncia del ofendido o perjudicado o por comunicación de algún Mando Militar Superior deberá preceder un antejuicio, según el art. 434 LOPM.

(36) Estudio esta cuestión en **FERRER BARQUERO, R.:** *El delito de prevaricación judicial*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pgs. 57 a 59.

del bien jurídico con el tutelado en la prevaricación judicial del CP ordinario. Esta propuesta es coherente con la integración que propugnamos de los Jueces Militares en el Poder Judicial, y recordemos que la existencia de una Sala de lo Militar en el TS es buena muestra de esa unidad. Así, convendría evitar que se castigue conforme a normativa distinta y ante diversos Tribunales a los Jueces que prevariquen, atendiendo a su carácter militar u ordinario, pues el derecho militar no es un derecho de castas. De hecho, ya existen supuestos en la ley penal ordinaria que acogen infracciones cometidas en el ámbito castrense, como el tráfico de drogas cometido en establecimiento militar (art. 369.1, 8.ª).

Esto es, aunque puede fundarse en razones de política criminal o de especificidad de bien jurídico, el hecho de que los integrantes de los órdenes jurisdiccionales civil, penal, laboral y contencioso-administrativa por un lado, y del orden militar, por otro, sean juzgados conforme a leyes penales distintas y por Tribunales diversos no casa con la unidad apuntada. Debería acompañarse esta supresión de una modificación del CP ordinario, en el sentido de añadir alguna referencia a la prevaricación judicial en causas penales o contencioso-disciplinarias militares.

4.6. EL COHECHO

Sanciona el art. 185 CPM a quien incurre en cohecho en procedimiento judicial militar. Dado que el CP ordinario ubica el cohecho entre las infracciones que lesionan la Administración pública, parece extraño encontrar esta figura en un título del CPM que protege la Administración de Justicia, y, de hecho, algún autor sólo la justifica en el hecho de que no encajaba en otro título y era necesaria su existencia. Obviamente su inclusión depende de la postura que se adopte respecto a la concreción de ese bien jurídico, lo que nos lleva a propugnar su subsistencia en este lugar, dado que defendemos que lo tutelado es el correcto funcionamiento de la función jurisdiccional por los juzgadores militares y no cabe duda de que un cohecho en el seno de un proceso militar afecta directamente a la labor del juzgador militar.

Peña y Peña afirma que el bien jurídico protegido por el cohecho es la incorruptibilidad que debe ser condición de quien ejerce funciones públicas, cualesquiera que sean, y que, a falta de otra ubicación más correcta el legislador los incluye aquí. No obstante, reconoce que el cohecho cometido en procedimiento judicial, en especial si el agente ejerce funciones judiciales, tiene más trascendencia social y encuentra otra razón a esta inclu-

sión, cual es encomendar a la propia jurisdicción especial que vele porque no sean sobornables quienes intervienen en sus procedimientos (37).

A nuestro juicio deben distinguirse dos posibilidades:

1.º si el cohecho de un funcionario militar ocurre en el seno de un procedimiento judicial militar debe sancionarse con arreglo al art. 185 CPM, en función del principio de especialidad y de la afección del bien jurídico mencionado;

2.º si el cohecho de un funcionario militar tiene lugar en otro ámbito es aplicable el CP ordinario, pues esta norma dedica un capítulo al cohecho (arts.419 a 427), ubicado en el título que tutela la Administración Pública y dicha Administración abarca no sólo su sector Civil sino también el Militar.

En cuanto al concepto de cohecho, que se deduce del CP, abarca la conducta de autoridad o funcionario que, en provecho propio o de tercero, solicita o recibe, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o acepta ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión.

4.7. ATENTADO CONTRA JUECES, FISCALES O SECRETARIOS INTEGRANTES DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

Persigue el art. 186 CPM a quien atenta o ejerce violencia o coacciones contra los miembros de un Tribunal Militar, Jueces, Fiscales o Secretarios de procedimientos judiciales militares. Estamos ante una especialidad del atentado contra la autoridad, en la que se limita el sujeto pasivo a los principales actores de la jurisdicción castrense. Apenas entró en vigor el CPM, propugnaron autores como Peña y Peña el traslado de esta infracción a otro título del CPM, por ser el atentado extraño al bien jurídico que directamente protege el título (38). Así, nuestra primera labor es desentrañar el objeto de tutela de esta infracción, partiendo de que estamos ante un atentado meramente cualificado por el carácter de su sujeto pasivo.

A nuestro juicio lo que directamente se protege aquí no es la Justicia Militar, sino el principio de autoridad militar, objeto tutelado en otro apartado de la norma penal castrense. Dicho principio debe alejarse de concepciones autoritarias y concretarse, en sentido democrático, como deber de obediencia a la autoridad castrense para que ésta pueda ejercer las fun-

(37) PEÑA Y PEÑA, V.: *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., pgs. 1999 y 2000.

(38) Defiende Peña y Peña que el atentado es extraño al bien jurídico protegido y que habría sido sistemáticamente más adecuado llevar este delito a continuación del art. 87, en el título dedicado a la institución militar. PEÑA Y PEÑA, V.: *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., pgs. 1986, 2001 y 2002.

ciones encomendadas por el ordenamiento jurídico y mantener así el orden en el seno de la institución militar.

Si acudimos al texto penal ordinario encontramos que el atentado abarca diversas infracciones englobadas bajo la rúbrica «Delitos contra el orden público». Entiende Cuerda Arnau que la noción de orden público como bien jurídico categorial es más precisa que la referencia del CP derogado a la seguridad interior del Estado, si bien el concepto de orden público en sentido estricto –como orden material de la vida pública–, no es suficiente para englobar los concretos bienes tutelados en las diferentes figuras, de manera que si se pretende encontrar un elemento que los unifique y justifique la opción legislativa hay que recurrir a un concepto de orden público omnicomprendivo, que abarque el normal funcionamiento de las instituciones públicas, el mantenimiento del conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia social y la tutela de la paz pública (39). Partiendo de ese orden público, creemos que debe llegarse al principio de autoridad como objeto de tutela.

Efectivamente, doctrina y jurisprudencia han defendido tradicionalmente que lo tutelado en el atentado es el interés del Estado en el respeto al principio de autoridad que, encarnado en las personas que la ostentan, se entendía como *potestas e imperium* y cuya relación con el orden público derivaba de que no hay disciplina social y política posible si los órganos a través de los que el Estado cumple sus fines no son respetados. Es importante al respecto recordar, como hace Roig Torres, que la visión del principio de autoridad como un atributo personal ha sido progresivamente reemplazada por una concepción funcional en virtud de la cual la protección de las autoridades, agentes y funcionarios, operada a través del delito de atentado, tiene como norte garantizar el desempeño de las funciones públicas a aquéllos encomendadas (40). Esta ha sido la interpreta-

(39) Reconoce Cuerda Arnau que ese bien jurídico categorial es de utilidad limitada por su amplitud, pero no cree un dislate renunciar a una delimitación más concreta pues no tiene la trascendencia que tenía en otros momentos históricos en los que la doctrina se esforzó por limitar una noción que aparecía como habilitadora de poderes indeterminados. **CUERDA ARNAU, M.L.:** *Los delitos de atentado y resistencia*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pgs. 25 a 33.

(40) No obstante adscribirse a esa opción, la autora reconoce que otros autores acuden a valores distintos al secular principio de autoridad, tratando de borrar todo resquicio de autoritarismo del texto punitivo. **ROIG TORRES, M.,** *El delito de atentado*, editorial Aranzadi, Valencia, 2004, pgs. 50 a 56. En ese sentido, Prats Canut estima que en el marco constitucional deviene imposible seguir caracterizando ese bien jurídico conforme a criterios de autoridad, y defiende, por el contrario, su búsqueda en las necesidades propias de la función pública, como servicio a los ciudadanos. **PRATS CANUT, J.M.,** en la obra colectiva, dirigida por Quintero Olivares, G.: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, cit., pg. 1565.

ción doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, habiendo proclamado la Sala 2.^a del TS de modo uniforme que el objeto de tutela del delito de atentado es el principio de autoridad, concebido en aras del correcto funcionamiento de la Administración. Además, ha precisado esa Sala que la incriminación se genera en consideración a la misión o función asumida, y no a la consideración de la persona particular agredida (STS 19 de mayo de 1981). Así, partiendo del objeto de tutela, no parece correcto que una infracción que puede calificarse de atentado se cobije entre los delitos contra la Justicia Militar, lo que nos lleva a buscar una alternativa.

Llegados a este punto, advertimos que existe otro precepto en la norma castrense que sanciona la conducta de atentar contra una autoridad militar, el art. 87, y estimamos que ésta es la ubicación sistemática correcta donde debe encuadrarse la acción de quien acomete contra un Juez Militar en el ejercicio de su cargo. En efecto, el título IV del Libro II CPM (Delitos contra la nación española y contra la institución militar) abarca el art. 87, que sanciona el atentado contra la autoridad militar cometido en tiempo de guerra, o de paz si el sujeto activo es militar. Así, partiendo de que el objeto de tutela del atentado contra autoridad militar es el principio de autoridad militar, no hay mejor título en el que cobijar tal infracción que el dedicado a tutelar la institución militar, pues no olvidemos que interpretamos tal principio como el deber de obediencia que se tiene frente a la autoridad castrense para que ésta pueda ejercer las funciones encomendadas por el ordenamiento jurídico y mantener así el orden en el seno de la institución militar.

En definitiva, la inclusión de un atentado específico para proteger a quienes conforman la justicia militar en el título dedicado a dicha Administración de justicia no nos parece una decisión sistemáticamente correcta. De esta manera, más adecuado sería suprimir el art. 186 y modificar la regulación del atentado contra autoridad militar que lleva a cabo el CPM. En efecto, creemos que bajo el concepto de «Autoridad Militar» del art. 9 CPM deberían cobijarse los Secretarios Relatores y, por otro lado, defendemos que el art. 87 debería admitir al sujeto activo no militar para tiempo de paz, pues actualmente ese precepto sólo sanciona su conducta si se da en tiempo de guerra.

4.8. EL DESACATO CONTRA JUEZ O TRIBUNAL MILITAR

El art. 187 recoge la conducta de quienes en procedimiento judicial militar, en su vista o en comparencias obligadas o legales cometa desacato o desobediencia contra Tribunales o Jueces Militares.

Tradicionalmente ha estimado la doctrina que estamos ante figuras que lesionan el principio de autoridad, si bien de forma algo más leve que con el atentado, lo que nos lleva a estimar desafortunada la inclusión de esta figura en un título destinado a tutelar el funcionamiento de la jurisdicción militar. También reconoce la jurisprudencia que el desacato lesiona el principio de autoridad y así, en referencia a un supuesto de desacato a la autoridad judicial, afirma que este desacato particular requiere los mismos elementos que todo desacato en general, a saber: uno objetivo u ontológico, constituido por la amenaza, injuria o calumnia, y otro subjetivo, tendencial o teleológico, constituido por el *animus infamandi* o *iniurandi*, que no tiene sólo alcance deshonorante, como acontece en el paralelo delito privado, sino que precisa una mayor matización, en cuanto exige el dolo directo de menospreciar o vejar precisamente a la persona que encarna la autoridad y en cuanto la misma es representante de esa cualidad pública (STS 12 de marzo de 1975).

No obstante fundar el desacato en el principio de autoridad, un sector doctrinal estimaba, tras la entrada en vigor de Constitución, que esta infracción contradecía dos pilares de nuestra Carta Magna, cuales eran el principio de igualdad y la libertad de expresión. En efecto, esta especial protección parecía infringir el derecho a la igualdad en cuanto que se privilegiaba en su protección penal a ciertos ciudadanos atendiendo a su función pública, y, por otro lado, limitaba el derecho a la libertad de expresión. De hecho, se estimaba en algún caso que no se protegía la función pública, sino una especial y pretendidamente superior dignidad de determinadas personas constituidas en autoridad (41).

Si estudiamos el debate parlamentario del CP de 1995 observamos que se suprimieron los desacatos a la autoridad y demás funcionarios por con-

(41) Moreno Alcazar se ocupa del bien jurídico protegido en los desacatos y afirmaba, vigente el texto penal de 1973, que en algún caso se protegía una especial dignidad de determinadas personas constituidas en autoridad. Estudia el autor una STS de 10 de marzo de 1992, en cuyo fundamento jurídico segundo aduce la Sala 2.^a que el bien jurídico no es sólo la persona que ostenta la cualidad de funcionario público, sino principalmente la función pública misma, que no puede verse menoscabada gratuitamente. Pues bien, critica el autor esa resolución en cuanto dicha función no llega a lesionarse en tal supuesto, ni siquiera a ponerse en peligro, pareciendo que lo único protegido es esa superior dignidad del funcionario. Octavio de Toledo, por su parte, critica que la dignidad de la función pública se configure como un valor especial y sobrevalorado que la aleje de los ciudadanos. La complejidad de averiguar cual es el bien tutelado lleva a otros autores como Muñoz Conde a propugnar que el desacato desaparezca, castigándose sólo el delito común de injurias, calumnias o amenazas. Sobre esta cuestión vid.: **MORENO ALCAZAR, M.A.**: «El honor en relación con el bien jurídico protegido en los desacatos. Comentario a la Sentencia del TS –Sala 2.^a– de 10 de marzo de 1992», en *Revista General de Derecho*, 1993, julio-agosto.

llevar esas infracciones una especial protección del sujeto pasivo que se estimó injustificada. Así, se entendía prevalente la consideración de la autoridad o el funcionario como sujeto al servicio de los ciudadanos y no privilegiados en su protección penal (42).

En suma, atendiendo al objeto de tutela y a las razones antes mencionadas que han conducido a la supresión del desacato en el CP ordinario, creemos que debería desaparecer esta infracción del CPM. Ello no supondría la impunidad de injurias, calumnias o amenazas contra los juzgadores militares, pues cabe aplicar en tal caso el texto penal ordinario, –pensemos en unas injurias, coacciones o amenazas–, o el mismo CPM. Esto es, pensemos por ejemplo que si un testigo o un imputado es militar de graduación inferior a un Juez Togado y lo insulta, hoy día incurre en un delito de desacato, pero de desaparecer éste subsistiría el de insulto a superior.

4.9. EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA O PRISIÓN

El art. 188 CPM sanciona al sentenciado por la jurisdicción militar que quebranta su condena, prisión, conducción o custodia. Estamos ante un delito que lesiona claramente la función jurisdiccional, más concretamente la fase ejecutiva de ésta, pues un quebrantamiento de condena o prisión hace ineficaz el pronunciamiento condenatorio previo y convierte en papel mojado todo el largo y costoso proceso penal militar que ha conducido a éste.

Apenas entrado en vigor el precepto, la doctrina jurídico penal advirtió el principal defecto de esta norma. En efecto, Peña y Peña apuntaba en 1988 que el precepto contempla el tipo básico del delito común denominado quebrantamiento de condena y difícilmente alcanza al de evasión de presos, que recoge unido al anterior la legislación común (43). Para que exista el delito se exige que un «sentenciado» se evada del lugar donde se encuentre sujeto a las disposiciones judiciales. Queda fuera del tipo la huida de un preso preventivo, todavía no sentenciado, por lo que más

(42) Esa supresión la mantuvieron inicialmente el Sr. Lázaro Lázaro (Grupo Popular), por suponer una especial protección del sujeto pasivo, y también el Sr. López Garrido, que estimaba excesiva la protección del principio de autoridad como parte del orden público, por lo que se proponía la remisión a los delitos comunes de injurias, calumnias o amenazas. Vid., al respecto, **LOPEZ GARRIDO, D. Y GARCÍA ARÁN, M.:** *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, editorial Tecnos, Madrid, 1996, pgs. 200 a 202.

(43) **PEÑA Y PEÑA, V.:** *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., pgs. 187 y 188.

correcto hubiera sido iniciar el artículo de la misma forma que su homónimo del Código Penal común: los sentenciados o presos.

No parece lógico que la huida de un preso preventivo, en el marco de un proceso penal militar, quede extramuros de este delito y, por tanto, sea competencia de la jurisdicción ordinaria, por lo que la doctrina jurídico penal ha apuntado diversas soluciones. En este sentido, el tratamiento procesal que cabe ante la fuga de un preso preventivo de la jurisdicción militar es diverso, y puede sintetizarse así:

a) Estimar que la conducta del preso preventivo por la jurisdicción militar que se fuga del lugar de custodia es atípica. Como antecedente de esta solución, podemos acudir a un auto de archivo dictado por el Juez Togado Militar 42 de La Coruña. En efecto, ante una fuga de un militar que era preso preventivo de ese Juzgado se planteó conflicto de jurisdicción con el Juzgado de instrucción n.º 1 de Pontevedra, decidiendo la Sala de conflictos la competencia del órgano militar. Este Juzgado emitió un controvertido auto de archivo, con fecha 10 de julio de 1990, por ser atípica la conducta, que fue recurrido por la Fiscalía y confirmado por el Tribunal Militar Territorial Cuarto. El argumento jurídico es simple, y se funda en que la competencia de la jurisdicción militar se fija por el delito, y no por la persona o el lugar, no existiendo aquí tipo militar aplicable al hecho de la fuga de un preso, pues el art. 188 CPM exige que esté sentenciado. Por otro lado, estimó el Juzgado Togado que no cabe aplicar el Código penal ordinario por no encontrarnos ante un supuesto de conexidad material ni ante una incidencia de un procedimiento judicial incoado previamente. Pone de manifiesto Martínez Aznar lo «explosivo» de esta situación, si bien recuerda que el estado normal de la cuestión consistía en que los Tribunales Militares aceptaban la calificación de los hechos conforme al CP ordinario, sin plantear la más mínima duda sobre la competencia de la jurisdicción militar (44);

b) Efectivamente, una segunda posibilidad, utilizada en multitud de ocasiones por nuestros órganos judiciales castrenses, es aplicar el CP ordinario en el seno del proceso militar, justificando esa atribución competencial en ambiguas referencias al carácter militar del sujeto activo o a ser los intereses en juego, o el mismo bien jurídico, de naturaleza militar. No coincidimos con esa solución, pues aunque su resultado final parece pro-

(44) Martínez Aznar realiza un profundo estudio de esta cuestión, que abarca instrucciones de la Fiscalía Togada y sentencias de la Sala de conflictos de jurisdicción, proponiendo soluciones que atienden a la duración de la ausencia. **MARTÍNEZ AZNAR, G.**: «Quebrantamiento de prisión preventiva en el ámbito castrense: problemas de tipicidad, jurisdicción y competencia», en *REDM*, n.º 67, 1996, pgs. 73 a 97.

cedimentalmente correcto, o al menos encierra cierta justicia material, la atribución competencial respecto a un delito común debe estar más solidamente fundada en razones penales o procesales. Esto es, suelen acudir esas resoluciones a cláusulas de tipo general, como la del «carácter estrictamente castrense» del bien jurídico atacado, utilizada en la Sentencia de la Sala Especial de Conflictos de 2 de abril de 1990. Parece insuficiente tal argumento, extraído de una resolución aislada, pues es la jurisdicción ordinaria la que tiene carácter general y *vis atractiva*, por lo que, en principio le compete a un juzgador militar aplicar preceptos del CP ordinario. No olvidemos la limitación que el art. 117.5 CE establece para la jurisdicción militar, si bien ello no impide que en algún caso se aplique en su seno el CP ordinario, pero ello sólo acontecerá de existir norma procesal que lo permita, sin ser suficiente una ambigua referencia al ámbito militar en que se produce la fuga.

c) Atendiendo a la duración de la ausencia, estima parte de la doctrina, así como diversos Tribunales Militares, que debe aplicarse el delito de abandono de destino del militar profesional recogido en el art. 119 CPM. La propia Sala 5.^a opta en algún caso por esta idea, y así, en Sentencia de 9 de junio de 1995, establece que es lugar de residencia, a efectos del tipo penal, el Acuartelamiento en el que permanecía provisionalmente como preso el soldado a disposición del Juez, por lo que al ausentarse éste por su propia voluntad infringió el art. 119 CPM.

Por su parte, Martínez Aznar advierte que esa posibilidad supone un concurso aparente de normas, entre la ley penal ordinaria y la militar, a resolver a favor de la norma militar. En concreto tiende a aplicar el mencionado art. 119 CPM, conforme a los principios de alternatividad y consunción (45).

Esta alternativa es razonable, pero encierra dos inconvenientes: en primer lugar se requiere que la huida supere un límite temporal, de 3 días, según el art. 119 CPM, por lo que no cabe aplicarlo al supuesto del preso que se entrega o es detenido a las pocas horas. En segundo lugar, parece partir esta teoría de que el militar preso tiene idéntica obligación a permanecer en su destino que en una establecimiento penitenciario y no creo que

(45) En efecto, especifica Martínez Aznar que si la ausencia injustificada del preso tras la huida supera los 3 días que prevé el art. 119 CPM estaríamos ante un concurso aparente de normas penales, para cuya resolución acude al principio de alternatividad, prevaleciendo la norma militar por ser más grave la penalidad que la del CP ordinario. Además, estima que puede aplicarse el criterio de consunción, ya que el desvalor de la acción tipificada en el art. 119 CPM abarca el desvalor del tipo común. **MARTÍNEZ AZNAR, G.:** «Quebrantamiento de prisión preventiva en el ámbito castrense: problemas de tipicidad, jurisdicción y competencia», en *REDM*, cit., pgs. 83 a 85.

la obligación tenga la misma naturaleza ni, por tanto, iguales consecuencias su incumplimiento. Esto es, estamos ante preceptos que tutelan bienes jurídicos diversos y cuya utilización no es intercambiable: quien vulnera su prisión lesiona el correcto funcionamiento de la justicia militar, al impedir el cumplimiento de una decisión judicial, mientras que quien se ausenta de su unidad vulnera su disponibilidad permanente para todo servicio.

d) Por último, podemos acudir a una institución procesal, como es la conexidad delictiva, para subsanar esta deficiencia técnica de la norma penal castrense. De hecho, el estimar que la fuga de un preso preventivo de establecimiento militar es un delito conexo nos parece la solución teóricamente más útil y mejor fundada, pues conlleva que sea la jurisdicción militar la que aplique la norma penal común. En efecto, la conexidad procesal que regulan los arts. 14 y 15 LOCOJM permite al juzgador militar aplicar un precepto penal ordinario. Así, establece ese art. 14 que la jurisdicción a que esté atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave conocerá de los delitos conexos, y concreta el 15 en su punto 3.º que se considera delito conexo el cometido como medio para perpetrar o facilitar la ejecución de otros o procurar su impunidad. Permite esta norma que un Juez Togado conozca como delito conexo de la fuga que realiza un militar cuya prisión acordó, dado que es lógico deducir que esa evasión persigue bien la destrucción de pruebas, bien la coacción de testigos o bien, simplemente el escapar a la acción de la justicia y la impunidad ante el presunto delito militar que motivó la prisión (46).

5. EL ENCUBRIMIENTO COMO DELITO AUTÓNOMO

Estudiadas estas figuras delictivas debemos ocuparnos ahora de una carencia injustificable entre ellas, como es el encubrimiento, que debería configurarse como delito especial propio, abandonando su tradicional

(46) Para el caso de no superarse el plazo previsto en el delito de abandono de destino Martínez Aznar defiende esta opción, pues cree que desde un punto de vista jurídico, someramente gramatical, quien quebranta una prisión preventiva acordada en un proceso, favorece la impunidad del delito precedente en cuyo proceso se acordó la medida. Para el procesalista Gómez Orbaneja la evasión de detenidos encaja en la regla de conexidad de favorecimiento de la impunidad, por lo que parece obligado entender igualmente incluida en ese n.º 4 del art. 17 Lecrim la conducta del quebrantamiento de prisión preventiva y, por consiguiente, en el correlativo 15.3 LOCOJM. **MARTÍNEZ AZNAR, G.:** *Quebrantamiento de prisión preventiva en el ámbito castrense: problemas de tipicidad, jurisdicción y competencia*, cit., pgs. 93 a 95; **GÓMEZ ORBANEJA, E.:** *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo I, editorial Bosch, Barcelona, 1947, pg. 448.

encaje como mera forma de participación. En efecto, el art. 23 CPM lo regula de esa manera, a pesar de lo ilógico que es catalogar de partícipe al encubridor que interviene tras la ejecución del hecho punible, dado que, consumado el delito no existe posibilidad de colaborar en él.

No cabe duda de que el fundamento de la pena del encubridor es independiente del que motiva la imputación al autor, y ello movió al legislador del CP de 1995 a recoger el encubrimiento simple, antes una mera forma de participación, como delito autónomo (art. 451) en el título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia. Por otro lado, el encubrimiento con ánimo de lucro y la receptación se ubican entre los delitos contra el patrimonio. Esta modificación indica que el legislador punitivo no aprecia el mismo contenido de injusto en actuar ilícitamente cuando todavía puede evitarse la afectación del bien jurídico que en hacerlo posteriormente, cuando ya se ha producido lo que la norma penal pretendía evitar (47).

Para Sánchez-Ostiz la traslación del encubrimiento al título de los delitos contra la Administración de Justicia encierra una concepción sobre la intervención penal misma. Se pretende evitar, entre otros efectos, la violencia privada informal para la tutela de los bienes jurídicos: que tras la comisión del delito no sean los particulares quienes restauren la situación creada por el delito, sino sólo la Administración de Justicia, que obra con sometimiento al Derecho. De esta manera, es esta Administración la llamada a intervenir en sustitución del titular mismo del bien jurídico. El encubrimiento se revela ahora como el medio subsidiario de tutela de los bienes jurídicos, para el caso de que haya fracasado la contenida en los restantes tipos. La novedad de la reforma de 1995 no reside tanto en la traslación de una forma de participación a un delito contra la Justicia, cuanto en confirmar que la intervención penal tras la comisión de delitos se reduce a los casos más graves: el encubrimiento sobre todo, no existiendo deberes generales de colaboración, salvo limitadamente durante el proceso (48).

Debemos recordar que el momento histórico de redacción del CPM coincide con el proyecto de CP de 1980 y con la propuesta de anteproyecto de CP de 1983, y allí ya se introducía, como finalmente admitió el CP de 1995, el desdoblamiento del encubrimiento en dos delitos: por un lado origina una receptación dentro de los delitos contra el patrimonio y, por

(47) Sobre las formas de intervención en el delito, la accesoriidad y el fundamento de pena de los partícipes puede verse: **PEÑARANDA RAMOS, E.:** *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, editorial Tecnos, Madrid, 1990, pgs. 326 a 336.

(48) Según este autor se trata de una tutela subsidiaria de los bienes jurídicos, constatado el fracaso de las normas penales que definían delitos y penas. **SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P.:** *El encubrimiento como delito*, editorial Tirant lo blanch, Valencia., 1998, pgs. 48 a 50.

otro, da lugar al encubrimiento como favorecimiento personal y real dentro de los delitos contra la Administración de Justicia. Sin embargo, en vez de entender, como defendían esos proyectos, que esos delitos eran autónomos, el legislador penal militar introdujo toda la figura del encubrimiento en un único precepto, el 23, encuadrado en la parte general del CPM. El art. 23 acaba recogiendo una excusa absolutoria para ciertas personas, el denominado encubrimiento entre parientes, que se acepta de forma similar en el vigente art. 454 del CP ordinario, encuadrado entre los delitos contra la Administración de Justicia.

En cuanto al bien jurídico que tutelaría el encubrimiento, de configurarse como nueva figura delictiva contra la Justicia Militar, parece que, de modo indirecto se protege el mismo objeto de tutela del delito que se pretende encubrir. Empero, tal protección sólo cabe tras la comisión del delito, momento en que, por haberse consumado éste, se habrá lesionado ya ese bien jurídico. Por tanto, es más correcto hallar el objeto de tutela directo en la propia Justicia Militar, esto es, en el correcto funcionamiento de la jurisdicción castrense (49).

En suma, en atención al bien jurídico afectado, conviene reformar el tratamiento otorgado al encubrimiento en el CPM, creando dos delitos autónomos, de modo similar a los que rigen en el CP de 1995. Así, surgiría un nuevo delito encuadrado entre los delitos contra la Administración de Justicia Militar y otro entre los referidos a la Hacienda Militar. La redacción actual del art. 23 CPM no respeta el objeto penal de tutela, al tiempo que refleja una ubicación sistemática equivocada. De hecho, posibilita su aplicación a la receptación o encubrimiento como delito contra el patrimonio, dando lugar a una especialidad infundada respecto al CP ordinario que excede de las razones de política criminal que apoyan la existencia de esta excusa absolutoria.

6. CONCLUSIONES CRÍTICAS

Las páginas anteriores nos han puesto de manifiesto la importancia que tiene esclarecer la esencia del bien jurídico de cualquier figura delictiva

(49) En referencia al encubrimiento como delito ordinario, Sánchez-Ostiz reconoce la protección del bien jurídico del hecho previo, pero siempre que se incluya el matiz de que lo es en la medida en que se ha previsto tutelarlos a partir de la ejecución de un delito. Tanto la norma que se plasma en el tipo como la conducta que lo realice serán distintos en un tipo de la fase primaria (homicidio.p.ej) que en uno de la fase subsidiaria (encubrimiento de un homicidio). En ciertos casos, como cuando determinados funcionarios deben perseguir el delito, estima el autor que sería la Administración de Justicia el bien jurídico directamente tutelado. **SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P.:** *El encubrimiento como delito, cit., pg. 58.*

tivo, siendo ello útil no sólo como criterio sistemático, sino también como solución a diversos problemas concursales. Estableceremos ahora las conclusiones críticas a las que estas líneas nos han llevado:

1.^a La Administración de Justicia Militar es un objeto de tutela abstracto que requiere precisión, y sin volver a las elucubraciones realizadas anteriormente baste decir que debe concretarse en el ejercicio de la función jurisdiccional de los juzgadores militares conforme al imperio del Derecho, y ello a lo largo de tres fases: pre-procesal, procesal y post-procesal o fase ejecutiva. A tutelar estas fases se dirige el título que nos ocupa.

2.^a Sentado y delimitado el objeto de tutela observamos que «no están todos los que son, ni son todos los que están». Esto es, cabe mejorar el criterio sistemático utilizado por el legislador penal militar de 1985, en cuanto que echamos en falta figuras delictivas como la acusación y denuncia falsa en proceso penal militar, para cuyo castigo debemos acudir al CP ordinario, no siendo ello lógico a la vista de que existe un título en el CPM dedicado a tutelar la Justicia Militar. Otras infracciones se recogen pero pueden mejorarse, como acontece con la figura omisiva del art. 181 CPM, en la que debería preverse la conducta del militar que, pudiendo evitar un delito sin riesgo propio o ajeno, se abstiene voluntariamente de hacerlo, a imagen de lo previsto en el art. 450 CP.

Otra carencia a suplir es la referida al encubrimiento, en cuanto éste debería tomar forma de delito autónomo, a la vista de que no estamos ante una mera participación, al ocurrir cuando el delito ha terminado y no existe posibilidad de actuar en él.

Además, tampoco «son todos los que están», con lo que queremos decir que sobra alguna infracción. Tal es el caso del art. 186 CPM, referido al atentado contra autoridad judicial, pues, atendiendo a razones de bien jurídico, conviene su supresión por quedar cobijada la esencia de la conducta en el art. 87 CPM, siendo recomendable, no obstante, que se modifique dicho precepto en el sentido de cobijar a sujeto activo no militar en tiempo de paz, así como que el art. 9 CPM se amplíe, incluyendo a los Secretarios Relatores. Por otro lado, también propugnamos la desaparición del desacato, al igual que ha sucedido en el texto penal ordinario, dado que su existencia restringe la libertad de expresión y arremete contra el mismo principio de igualdad, al privilegiar al servidor público en atención a su función.

3.^a Conviene también ciertas reformas del CPM, a fin de evitar controvertidas aplicaciones del texto ordinario a actos que afectan la Justicia castrense. Así acontece con el falso testimonio y el quebrantamiento de condena. En cuanto a la primera, debería crearse *ex novo* una exención o atenuación de pena para el caso del testigo falso que se retracta antes de que finalice

la vista oral, pues se trata de beneficiar a ese testigo en aras a obtener una mejor Justicia. En segundo lugar, debería reformarse el art. 188 CPM, posibilitando que, además de los sentenciados, puedan ser sujeto activo los presos preventivos sujetos a la jurisdicción militar que quebrantan su prisión.

4.^a En cuanto al juzgador militar que dicta sentencia injusta, resulta que su acción queda cobijada en el art. 183 CPM, que desplaza por el principio de especialidad al CP ordinario. No obstante, la regulación de la prevaricación que se recoge en la ley penal ordinaria es más amplia y exhaustiva, de modo que nada impide que esa norma se aplique al juzgador militar por conductas como el retardo malicioso o la negativa a juzgar so pretexto de insuficiencia de ley.

Como ya apuntábamos anteriormente, razones de política criminal han llevado al legislador a tipificar el tipo base de la prevaricación judicial como delito especial propio de naturaleza militar, pero defendemos su supresión. Esto es, aunque los bienes jurídicos «Administración de Justicia» y «Administración de Justicia Militar» tutelados en el CP y en el CPM hemos visto que no son idénticos, atendiendo a los valores que vertebran el Derecho penal Militar, no podemos negar que cuando nos referimos al juzgador la cuestión no es sencilla. Esto es, el bien jurídico a tutelar en ambos casos –tanto en la prevaricación judicial cometida por Juez común como por la que comete Juez Militar–, coincide en su esencia, pues atiende al correcto funcionamiento de la función jurisdiccional, si bien en el caso de la ley penal militar debe atenderse concretamente a que la Justicia Militar se funda en valores propios, como el honor o la disciplina, que la diferencian de la jurisdicción ordinaria. Estos valores justifican la configuración de la mayoría de delitos militares como delitos especiales, pero no creemos que ello acontezca cuando se trata de incumplir una función sagrada en el estado de derecho como es la jurisdiccional. Así pues, estimamos que el Juez que dicta sentencia injusta debe ser sancionado penalmente conforme a la misma ley y ante el mismo Tribunal, con independencia de que el juzgador sea del orden penal, civil, laboral, contencioso-administrativo o militar, pues esos cinco órdenes se unen en la cúspide del TS. Propugnar otra cosa sería defender un derecho militar de casta e ir en contra de la unidad del Poder Judicial que antes hemos defendido. De este modo, siendo mucho más completa la regulación ordinaria, sería deseable que se eliminara el art. 184 CPM, y con ello la denominada prevaricación judicial militar, pero sin desatender la especialidad de esta Justicia castrense. En suma, la supresión de esa norma militar debería acompañarse de la creación de otro precepto en el Código Penal ordinario que regulase expresamente la prevaricación en causa militar o contencioso-disciplinaria.

5.^a La idea anterior conlleva, en el fondo, aligerar el CPM de algunos preceptos que pueden derivarse a la ley penal ordinaria, y podría aplicarse a otras figuras delictivas del texto castrense. En este sentido, no faltan en la actualidad autores que propugnan reducir esta ley penal especial. De hecho, acogemos con agrado una idea innovadora de CPM propugnada por un sector de la doctrina jurídico penal que encabeza el Doctor Rodríguez-Villasante. Efectivamente, coincide este autor con otros, como Calderón Susín o Millán Garrido, en que resulta llamativa y desmesurada la considerable extensión de nuestras vigentes leyes penales, orgánicas y procesales militares, resultando un hecho aislado y singular en las modernas codificaciones castrenses de la segunda mitad del siglo XX. Así, para el caso de una próxima reforma penal militar, sería bueno suprimir lo que hay de redundante y vano en las leyes castrenses, por entrañar repetición innecesaria de las normas comunes o regulación no justificada por su especialidad (50).

En consonancia con ello, propugna este autor una definición novedosa y más adecuada de los delitos militares, la cual, junto a una labor de coordinación entre el Código Penal y el texto punitivo castrense, permitiría eliminar de la parte especial del CPM gran parte de infracciones, como los delitos contra las leyes y usos de la guerra, contra la institución militar, contra la Hacienda Militar o contra la Administración de la Justicia Militar. Si a ello unimos la simplificación y eliminación de otros tipos castrenses, como los referidos a los deberes del servicio, podríamos acercarnos a un deseable CPM de extensión similar a los mejores ejemplos de Derecho comparado, cuyo núcleo, en la parte especial, está integrado por los delitos contra la disciplina y los delitos contra los deberes del servicio. En cuanto a los Delitos contra la Administración de Justicia Militar, defiende este autor la modificación del art. 16 de la LOCOJM, para dar solución al enjuiciamiento por la Jurisdicción Militar de este tipo de delitos (51).

(50) Rodríguez-Villasante prefiere, por ello, no continuar la técnica de militarizar los delitos comunes con el fin de atraer la competencia de la jurisdicción militar, al estilo de como hace el CPM con los Delitos contra la Administración de Justicia Militar. **RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.:** *El Derecho Militar del siglo XXI: un proyecto de Código Penal Militar Complementario*, REDM, n.º 77, Madrid, 2001, pgs. 92 a 96.

(51) Estamos ante un proyecto de Código Penal Militar auténticamente complementario del CP que, reducido a 83 artículos, ha huido de la elefantiasis que caracteriza al vigente. Se presenta así un texto punitivo castrense, que pretende responder a las necesidades del Derecho Militar del siglo XXI, plenamente integrado en el sistema español a través de una mayor complementariedad respecto del CP común. **RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.:** *El Derecho Militar del siglo XXI: un proyecto de Código Penal Militar Complementario*,

BIBLIOGRAFÍA

- CANOSA USERA, R.: «Configuración constitucional de la jurisdicción militar», en *PJ*, n.º34, 1994.
- CUELLO CONTRERAS, J.: «Jurisprudencia y prevaricación», en *La Ley*, 1993-1.
- CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado y resistencia*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- DE OTTO, I.: *Estudios sobre el Poder Judicial*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, G.: «La prevaricación judicial: de la teorización a su plasmación efectiva en la tipificación sustantiva», en *La Ley*, 1993-3.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz. (Reflexiones en torno al art.12 de la Ley Orgánica 4/1987, de la competencia y organización de la jurisdicción militar)», en *PJ*, n.º 36, 1994.
- FERRER BARQUERO, R.: *El delito de prevaricación judicial*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- GARCÍA ARÁN, M./ MAGALDI, M.J.: «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal», en *Documentación Jurídica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.
- GARCÍA ARÁN, M.: *La Prevaricación Judicial*, editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- GARCÍA MIGUEL, M.: «Los delitos contra la Administración de Justicia en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal», en *Documentación Jurídica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.
- GILI PASCUAL, A.: *El favorecimiento personal en el sistema penal español*, tesis doctoral, Palma de Mallorca, 1998.
- GIMENO SENDRA, V.: *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981.
- GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo I, editorial Bosch, Barcelona, 1947.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1984.
- HERNÁNDEZ MUNTIEL, A./ FERRER BARQUERO, R.: *Manual práctico de la jurisdicción militar*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1998.
- LOPEZ GARRIDO, D. Y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, editorial Tecnos, Madrid, 1996.

- MAQUEDA ABREU, M.L.: *Acusación y denuncia falsa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MARES ROGER y MARTÍNEZ LLUESMA en la obra colectiva, (coordinada por Frigola, J.): *Delitos contra la Administración Pública; Delitos contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, editorial Bosch, Barcelona, 1998.
- MARTÍN CONTRERAS, L.: «La Administración de Justicia: una reforma anhelada», en *La Ley*, n.º 4641, 1999.
- MARTÍNEZ AZNAR, G.: «Quebrantamiento de prisión preventiva en el ámbito castrense: problemas de tipicidad, jurisdicción y competencia», en *REDM*, n.º 67, 1996.
- MILLÁN GARRIDO, A.: Prólogo, en *Competencia y organización de la jurisdicción militar*, Tecnos, Madrid, 1987.
- MONTERO AROCA en Montero Aroca, J./ Ortells Ramos, M./ Gómez Colomer, J.L.: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, editorial Bosch, Barcelona, 1991.
- MORENO ALCAZAR, M.A.: «El honor en relación con el bien jurídico protegido en los desacatos. Comentario a la Sentencia del TS-Sala 2.ª de 10 de marzo de 1992», en *Revista General de Derecho*, 1993, julio-agosto.
- ORTS BERENGUER en VIVES, T.S./ BOIX, J./ ORTS, E./ CARBONELL, J.C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ORTS BERENGUER, E. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- PEÑA Y PEÑA, V.: *Comentarios al Código Penal Militar*, varios autores, coord. por Bleuca Fraga, R. y Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L., editorial Civitas, Madrid, 1988.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- PÉREZ ESTEBAN, F.: «La unidad jurisdiccional y sus consecuencias en la jurisdicción militar», en *PJ*, n.º 55.
- QUINTERO OLIVARES, G, en la obra colectiva que coordina: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, editorial Aranzadi, Barcelona, 1999.
- RAMÍREZ SINEIRO, J.M.: «La estructura orgánica de la jurisdicción militar: consideraciones acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *PJ*, n.º 33, 1994.

- RAMOS TAPIA, M.I.: *El delito de prevaricación judicial*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: *El Derecho Militar del siglo XXI: un proyecto de Código Penal Militar Complementario*, REDM, n.º 77, Madrid, 2001.
- ROIG TORRES, M., *El delito de atentado*, editorial Aranzadi, Valencia, 2004.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P.: *El encubrimiento como delito*, editorial Tirant lo blanch, Valencia., 1998.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: «Introducción a los delitos contra la “realización” de la Justicia», en la obra colectiva: *Delitos contra la Administración de Justicia. Artículos 325 a 338 bis del Código Penal*, Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, editorial Comares,, Granada, 1995.

2. NOTAS

LA NUEVA REGULACION DE LOS CONVENIOS DE COLABORACION INTERADMINISTRATIVOS

Juan Pozo Vilches
Teniente Coronel Auditor
Doctor en Derecho

1. INTRODUCCIÓN

Una de las figuras jurídicas más polémicas del Derecho Administrativo (o, más concretamente, del Derecho Contractual Público), y, a pesar de ello, más ignorada por la doctrina, es el convenio de colaboración.

En el presente trabajo se examinarán las principales novedades introducidas en esta materia tras la modificación del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (1) por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo.

Para comprender tal reforma, debemos partir de la clasificación de los convenios de colaboración en:

a) Convenios de colaboración interadministrativos, que son aquellos que celebra la Administración General del Estado con otras Administraciones o entidades públicas, o cualquiera de ellas entre sí.

b) Convenios de colaboración celebrados por la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho Privado (2), y que a los

(1) En adelante, TRLCAP.

(2) Estos convenios no se contemplaban en el texto originario de la Ley de Contratos del Estado de 1965. Fueron introducidos en la citada Ley en 1973. En efecto, el artículo 2.7 de la Ley de Contratos del Estado, tras su modificación por Ley 5/1973, establecía que que-

exclusivos efectos de este trabajo, y para diferenciarlos de los anteriores, denominaremos convenios de colaboración *con particulares*.

Ambas clases de convenios se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP (artículo 3 del TRLCAP).

La diferencia entre ambos tipos de convenios, desde el punto de vista normativo, era muy diáfana hasta la reforma del año 2005: los convenios de colaboración con particulares no podían tener por objeto un contrato de los regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales, mientras que tal prohibición no se establecía para los convenios de colaboración interadministrativos.

Por consiguiente, no existía inconveniente legal alguno a que el objeto de un convenio de colaboración *interadministrativo* fuese el de alguno de los contratos regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales.

Y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se manifestó, en reiteradas ocasiones, en el mismo sentido. Así, en informes, entre otros, de 13 de junio de 1984 (expediente 14/84), 15 de octubre de 1985 (expediente 37/85), 4 de abril de 1989 (expedientes 1/89, 6/89 y 8/89), 28 de julio de 1994 (expediente 11/94), 16 de diciembre de 1994 (expediente 25/94), 20 de marzo de 1997 (expediente 12/97), 12 de noviembre de 1999 (expe-

daban fuera del ámbito de la citada Ley «los convenios de colaboración que, en virtud de autorización del Gobierno, celebre la Administración con particulares y que tengan por objeto fomentar la realización de actividades económicas privadas de interés público».

En 1988 se modificó este precepto, mediante Ley 37/1988, de Presupuestos Generales del Estado para 1989. A partir de entonces, el artículo 2.7 de la Ley de Contratos del Estado establecía que quedaban fuera del ámbito de la citada Ley «los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulen, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas de Derecho Privado, siempre que su objeto no este comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales».

Las diferencias entre este texto y el anterior eran las siguientes:

1. Se suprimía el requisito de la previa autorización del Gobierno (de difícil cumplimiento en la práctica).

2. Se suprimía que estos convenios debían tener por objeto «fomentar la realización de actividades económicas privadas de interés público».

3. Se exigía que el objeto de estos convenios no debía estar comprendido en los contratos regulados en la Ley de Contratos del Estado o en normas administrativas especiales. De esta manera se trataba de terminar con una práctica muy extendida hasta entonces, consistente en esconder bajo la forma de convenios de colaboración, auténticos contratos administrativos, con la finalidad de obviar los principios de publicidad y concurrencia.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, en su artículo 3.1.d), reiteraba la redacción anterior, si bien hablaba de «personas jurídicas sujetas al Derecho Privado» en vez de «personas jurídicas de Derecho Privado». Con tal matización el legislador probablemente haya pretendido evitar cualquier tipo de equívocos con respecto a las sociedades estatales, que, a estos efectos, se equiparan a cualquier sociedad mercantil. Y tal redacción se ha mantenido en el TRLCAP del año 2000.

diente 42/99), la Junta Consultiva de Contratación Administrativa expresó que las relaciones «contractuales» entre un Organismo Autónomo y otro Organismo o Ente Público, debían articularse por la vía de los convenios de colaboración, previstos en el artículo 3.1.c) del TRLCAP, y *sólo excepcionalmente a través de verdaderos y propios contratos administrativos*.

Pues bien, lo expuesto anteriormente debe ser matizado en la actualidad, ya que el artículo 3.1.c) del TRLCAP ha sido modificado por el artículo 34.3 de Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (3).

Tal modificación, como se expresa en la propia Exposición de Motivos del citado Real Decreto-Ley, deriva de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (4) de 13 de enero de 2005, que obligó a España a reformar su normativa sobre contratos públicos.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 13 DE ENERO DE 2005

La citada sentencia resuelve el recurso por incumplimiento interpuesto contra España por la Comisión de las Comunidades Europeas ante el citado Tribunal, con fecha 26 de febrero de 2003.

Mediante el citado recurso, la Comisión solicitó que el TJCE declarase que España había incumplido las obligaciones que la incumbían en virtud de las disposiciones del Tratado CEE y de las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas.

La Comisión formulaba tres motivos en apoyo de su recurso. El segundo de estos motivos se refería a los convenios de colaboración, y alegaba la Comisión que España había excluido de forma absoluta del ámbito de aplicación del TRLCAP a los convenios de colaboración interadministrativos, y ello constituía una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37, ya que tal exclusión no figuraba en las mismas,

(3) Tal Real Decreto-ley fue convalidado por el Congreso de los Diputados con fecha 7 de abril de 2005.

(4) En adelante, TJCE.

y algunos de estos convenios podían tener *la misma naturaleza* que los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de tales Directivas.

El citado artículo 3.1.c) del TRLCAP establecía, en aquel entonces, que quedaban fuera del ámbito de aplicación de dicha Ley:

«Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí».

La Comisión invocaba la definición de contrato contenida en el artículo 1.a) de las Directivas 93/36 y 93/37, y la jurisprudencia del TJCE, en concreto la sentencia Teckal, de 18 de noviembre de 1999, según la cual «para determinar la existencia de un *contrato*, es necesario comprobar si ha existido un *convenio* entre dos personas distintas». En consecuencia, la Comisión estimaba que los «acuerdos» de colaboración interadministrativos podían ser «contratos» en el sentido de las Directivas 93/36 y 93/37.

En la sentencia, el TJCE considera lo siguiente:

«37. Según las definiciones contenidas en el artículo 1, letra a), de las Directivas 93/36 y 93/37, un contrato público de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un proveedor o contratista y, por otra, una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de dichas Directivas y que tenga por objeto la compra de productos o la ejecución de determinado tipo de obras.

38. Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. *Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan* (5) (sentencia Teckal, apartado 50).

39. Habida cuenta de la identidad de los elementos constitutivos de la definición de contrato en las Directivas 93/36 y 93/37, a

(5) Se resalta el texto por su interés para los requisitos de las encomiendas de gestión, que luego se abordará.

excepción del objeto del contrato considerado, procede aplicar la solución adoptada así en la sentencia Teckal, antes citada, a los acuerdos interadministrativos a los que se aplica la Directiva 93/37.

40. En consecuencia, dado que excluye *a priori* del ámbito de aplicación del TRLCAP las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho Público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, *la normativa española de que se trata en el caso de autos constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37.*

41. En tales circunstancias, procede estimar el segundo motivo de la Comisión».

Como consecuencia de esta sentencia, el artículo 34.3 de Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, modificó el artículo 3.1.c) del TRLCAP, que establece en la actualidad que quedan fuera del ámbito del TRLCAP:

«Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2».

Por su parte, permanece inalterable el artículo 3.1.d) del TRLCAP relativo a los convenios de colaboración con particulares. Establece tal precepto que quedan fuera del ámbito del TRLCAP:

«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. Quedarán asimismo excluidos de la presente Ley los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea».

Además, el citado Real Decreto-ley introduce un apartado nuevo en el artículo 3.1 del TRLCAP, según el cual quedan también fuera del ámbito del TRLCAP:

«l) Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública».

Vamos a examinar los diversos problemas que plantean en la actualidad los convenios de colaboración y las encomiendas de gestión.

3. LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN INTERADMINISTRATIVOS

Antes de la reforma del TRLCAP del año 2005 todos los convenios de colaboración interadministrativos, cualquiera que fuese su objeto y su cuantía, estaban excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP. Tras la reforma del TRLCAP por el Real Decreto-ley 5/2005, hay que distinguir dos supuestos:

a) Convenios cuyo objeto no es el propio de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia, o de servicios: estos convenios se encuentran fuera del ámbito del TRLCAP, cualquiera que sea su importe.

b) Convenios cuyo objeto es el propio de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia, o de servicios: estos convenios se encuentran fuera del ámbito del TRLCAP, siempre que no excedan de los siguientes importes (6):

- Si se trata de una obra: 5.278.227 euros, IVA excluido.
- Si se trata de un suministro: 137.234 euros, IVA excluido.
- Si se trata de una consultoría o asistencia, o de un servicio: 200.000

o 137.234 euros, IVA excluido, según los diversos supuestos previstos en el artículo 203.2 del TRLCAP.

Aunque el TRLCAP no lo diga expresamente, parece que el legislador considera que si el convenio supera estos importes, ya no nos encontraríamos realmente ante un «convenio», sino ante un típico «contrato» admi-

(6) Los importes han sido actualizados conforme a la Orden EAH/4110/2005, de 29 de diciembre. Por otra parte, nos limitaremos, en cuanto a los importes, únicamente a los supuestos en que el contrato sea adjudicado por los órganos de contratación de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales.

nistrativo, sometido a los principios contenidos en el artículo 11 del TRLCAP, esto es, publicidad y concurrencia (salvo las excepciones establecidas en el TRLCAP), y en todo caso, igualdad y no discriminación.

Ahora bien, varias son las cuestiones que plantea la modificación indicada, y que vamos a apuntar a continuación.

I. No resulta fácil comprender por qué una relación jurídica se califica de «convenio» si no supera cierto importe, y de «contrato» si supera dicho importe. Y llama más la atención que tal importe varíe según el objeto del contrato.

¿Qué argumento puede sustentar que un «acuerdo» interadministrativo que tenga por objeto un suministro, se considere «convenio» si su importe es inferior a 137.234 euros, y si supera tal cantidad (aunque sólo sea por un céntimo de euro), se considere «contrato»? Un convenio será siempre un convenio, cualquiera que sea su importe y su objeto, y un contrato será siempre un contrato, cualquiera que sea su importe y su objeto.

II. Se desconoce el origen del límite de los importes que figuran en el artículo 3.1.c) del TRLCAP. La sentencia del TJCE no habla en absoluto de importes por encima de los cuales un «convenio» *se convierte* en «contrato».

III. Se desconoce por qué se han elegido como frontera entre los convenios y los contratos los importes a partir de los cuales el TRLCAP exige publicidad comunitaria (7).

IV. El legislador no ha hecho referencia alguna en el artículo 3.1.c) del TRLCAP a los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (8), a diferencia de lo que ocurre en el artículo 3.1.d) del TRLCAP. Por su importancia, trataremos de esta cuestión en el siguiente apartado de este trabajo.

V. No resultará nada fácil a una Administración o entidad pública poder acudir, como licitador, a un procedimiento de adjudicación del TRLCAP. Los requisitos que debe reunir todo licitador son capacidad, solvencia (o, en su caso, clasificación) y no estar incurso en alguna de las prohibiciones del artículo 20 del TRLCAP. Pues bien, una Administración o entidad pública se encontraría, como licitador, con problemas, entre otros, como los siguientes:

(7) A pesar que el legislador menciona el artículo 135.1, y no el artículo 135.2, los límites no son los del anuncio indicativo (que regula el artículo 135.1) sino los de la publicidad comunitaria (como lo demuestran los artículos 177.2 y 203.2). Si el legislador ha mencionado el artículo 135.1 y no el artículo 135.2 (como hubiese sido lo coherente con las demás referencias) se debe a que el artículo 135.2 no menciona importe alguno, sino que se remite al importe que figura en el artículo 135.1.

(8) En adelante, TCEE.

a) La ausencia, en ocasiones, de personalidad jurídica propia, requisito esencial para que pueda existir contrato. ¿Cómo un Ministerio va a ser adjudicatario del contrato de otro Ministerio, si ambos pertenecen a la misma Administración (a la Administración General del Estado)? El artículo 15 del TRLCAP es terminante al afirmar «podrán contratar con la Administración *las personas* naturales o jurídicas, españolas o extranjeras...». Y el artículo 2.2 de la LOFAGE dispone que «la Administración General del Estado... actúa con personalidad jurídica única».

La propia sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005 (y en la sentencia Teckal de 18 de noviembre de 1999) reconoce que no puede existir «contrato» *si no existe personalidad jurídica distinta*. En efecto, en el apartado 38 de la sentencia se expresa «Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que *el contrato* haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, *por otra, una persona jurídicamente distinta de éste*».

En la práctica, hasta la fecha, las relaciones de tipo contractual entre dos Ministerios se han regulado a través de convenios de colaboración, sin que la falta de personalidad jurídica propia de cada Departamento haya provocado reparos. Podría objetarse, al igual que en el caso de los contratos, que no pueden celebrarse convenios de colaboración dentro de una misma Administración, al no existir dos personas jurídicas distintas. Pero tal postura podría combatirse ya que, además de los problemas interpretativos que plantea la expresión «cualquiera de ellos entre sí» del artículo 3.1.c) del TRLCAP (9), al legislador no le repugna en absoluto que existan «*acuerdos*» *entre órganos de una misma Administración*, como lo demuestra el artículo 15.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (10).

b) Las dificultades presupuestarias que podrían tener algunas entidades públicas para constituir, en su caso, las garantías exigidas por el TRLCAP.

c) Conflictos por la posible aplicación del artículo 20.e) del TRLCAP.

d) La ausencia de clasificación por las entidades públicas. En los contratos de obras y de servicios de importe igual o superior a 120.202,42 euros, se precisa clasificación (artículo 25.1 del TRLCAP). Pero la clasi-

(9) ¿Se refiere a las relaciones entre Administraciones y entidades públicas, o a las relaciones dentro de cada Administración, o a ambas cosas?

(10) Si bien tal precepto habla de «acuerdo» cuando se trata de encomiendas de gestión «entre órganos administrativos o Entidades de derecho público *pertenecientes a la misma Administración*» y reserva la palabra «convenio» cuando la encomienda de gestión se realiza «entre órganos y Entidades de *distintas Administraciones*»; pero tal diferenciación terminológica puede deberse más bien a influencias del artículo 6 de dicha Ley.

ficación está prevista, en principio, para «empresarios», no para entidades públicas. En tal caso, no se admitiría a licitación a una entidad pública, salvo que se acudiese al mecanismo previsto en el artículo 25.3 del TRLCAP, esto es, que el Consejo de Ministros (en el ámbito de la Administración General del Estado), previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, autorizase la contratación (11). Pero tal posibilidad tendría los siguientes obstáculos:

– El mecanismo del artículo 25.3 del TRLCAP sólo se permite para casos «excepcionales» (así lo exige el propio artículo), por lo que no se puede convertir en la regla general.

– Se debe acreditar que la contratación con la entidad pública no clasificada es conveniente para los intereses públicos (extremo nada fácil de justificar, dada la vigencia de los principios de igualdad y no discriminación dentro del procedimiento de adjudicación).

– Para que la Mesa de Contratación pudiese admitir a licitación a la entidad pública no clasificada, se debería conceder la autorización antes de la adjudicación, y más concretamente, dentro del plazo de presentación de las proposiciones económicas. Siendo estos plazos tan breves, resultaría absolutamente imposible que se tramitara dentro de dicho plazo una solicitud de autorización al Consejo de Ministros, y que éste se pronunciara, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Tal inconveniente no lo tendrían las entidades públicas extranjeras de países comunitarios, ya que no tendrían que acreditar la clasificación, sino sólo la solvencia económica y financiera, técnica o profesional (por analogía, artículo 25.2 del TRLCAP), lo que provocaría una discriminación en perjuicio de las entidades públicas españolas.

Como hemos visto, no son pocos los problemas que se plantean, algunos de ellos de muy difícil solución, en el caso de que una Administración o entidad pública pretenda acudir, como licitador, a un procedimiento de adjudicación del TRLCAP.

4. CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS CONSECUENCIA DEL ARTÍCULO 296 DEL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Como hemos indicado anteriormente, el legislador no ha hecho referencia alguna en el artículo 3.1.c) del TRLCAP a los convenios que sean

(11) En el informe 12/1997, de 20 de marzo, de dicha Junta, se analizaba el supuesto comentado.

consecuencia del artículo 296 del TCEE, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 3.1.d) del TRLCAP.

En efecto, el artículo 3.1.d) del TRLCAP establece que quedan fuera del ámbito de aplicación del TRLCAP:

«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. *Quedarán asimismo excluidos de la presente Ley los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*».

El artículo 296, apartado 1, letra b), del TCEE (anterior artículo 223) dispone que «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 y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares».

Aunque el Derecho Comunitario permite excluir de la normativa sobre contratación pública a los contratos sobre producción o comercio de armas, municiones y material de guerra (12), el legislador español no ha ido tan lejos, y ha regulado la materia de forma confusa, realizando la siguiente distinción (13), de difícil comprensión:

a) «Convenios de colaboración» con particulares «que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea»: estos «convenios» se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP, según su artículo 3.1.d).

b) «Contratos» de suministros, consultoría y asistencia, y de servicios «que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea»: estos «contratos» se encuentran sometidos al TRLCAP, pero con las siguientes particularidades, principalmente:

(12) Expresión muy genérica en la que se pueden incluir los contratos de suministros, consultoría y asistencia, y de servicios.

(13) Esta distinción aparece por primera vez en nuestra legislación de contratos del Estado en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995.

- Se les excluye de publicidad comunitaria, conforme a los artículos 177.2 y 205.c) del TRLCAP.

- Pueden ser adjudicados por procedimiento negociado sin publicidad, conforme a los artículos 182.f y 210.i) del TRLCAP.

La distinción entre convenios y contratos radicaba, como apunté en un trabajo anterior (14), en que los convenios obedecen a la idea de colaboración de las partes en un fin de interés general, sin contraposición de intereses. No obstante, la distinción convenio/contrato debería ser objeto de revisión, hoy día, a la vista del concepto amplio de contrato que ofrece la jurisprudencia del TJCE.

Ahora bien, si los «convenios» con un particular sólo se permiten si su objeto no está comprendido en los contratos regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales, según establece la primera frase del artículo 3.1.d) del TRLCAP, ¿por qué el legislador vuelve a hacer una excepción en la segunda frase del precepto, en lo relativo al artículo 296 del TCEE? ¿Se trata de una reiteración innecesaria? ¿O el legislador ha querido decir otra cosa? ¿No habrá querido decir que se permiten los convenios cuyo objeto no sea el de un contrato público, salvo que se trate de convenios consecuencia del artículo 296 TCEE, *que se admiten siempre*, cualquiera que sea su objeto?

Podría entenderse que los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del TCEE pueden tener cualquier objeto (incluso el de un contrato regulado en el TRLCAP o en normas administrativas especiales), y por tal motivo el legislador se ha visto obligado a exceptuarlos expresamente. Si los convenios que fuesen consecuencia del artículo 296 del TCEE no pudiesen tener por objeto un contrato público, no hubiese hecho falta realizar mención alguna en el artículo 3.1.d) del TRLCAP, pues bastaba la primera frase del precepto para entender que *ningún convenio* (fueran o no consecuencia del artículo 296 TCEE) puede tener tal objeto.

En definitiva, podría entenderse que, conforme al artículo 3.1.d) del TRLCAP quedan fuera del ámbito de aplicación del TRLCAP los convenios de colaboración que sean consecuencia del artículo 296 del TCEE, aunque su objeto sea un contrato de suministros, de consultoría y asistencia, o de servicios, *cualquiera que sea su importe*.

Y si se admite tal posibilidad en el artículo 3.1.d), ¿qué razón existe para negar tal objeto a los convenios de colaboración interadministrativos del artículo 3.1.c) del TRLCAP?

(14) «Los Convenios de Colaboración con empresas», *La privatización de las empresas públicas en el ámbito de la Defensa*, Madrid, 2000, pág. 118.

Bien es cierto que el artículo 3.1.c) del TRLCAP no hace referencia alguna al artículo 296 del TCEE. Pero ello puede deberse a un simple olvido del legislador, ya que antes de la reforma del TRLCAP del año 2005 tampoco se hacía referencia alguna; pero ello era debido a que en aquel entonces *no era necesario*, ya que «todos» los convenios interadministrativos estaban excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP.

Hoy día, que no «todos» los convenios interadministrativos están excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP, el legislador debería haber contenido, en el artículo 3.1.c) del TRLCAP, idéntica exclusión a la prevista en el artículo 3.1.d), en relación con el artículo 296 del TCEE. Pero tal olvido del legislador podría ser colmado mediante una interpretación integradora, pues carece absolutamente de sentido que un convenio de colaboración con un particular, que sea consecuencia del artículo 296 del TCEE, esté excluido del ámbito de aplicación del TRLCAP, y no se aplique la misma regla (incluso con mayor razón) a un convenio de colaboración interadministrativo.

Quizá lo que tendría que haber hecho el legislador es haber previsto como un supuesto más, dentro del listado del artículo 3.1 del TRLCAP, a los convenios de colaboración consecuencia del artículo 296 del TCEE, cualquiera que fuese su objeto, y cualquiera que fuesen las partes intervinientes, y suprimir las referencias a los «contratos» que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

5. LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN

Como se ha indicado, el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo, ha introducido un nuevo apartado en el artículo 3.1 del TRLCAP, excluyendo del ámbito de aplicación de la citada Ley las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades (15) cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública.

Evidentemente la encomienda de gestión a la que alude el artículo 3.1.1) del TRLCAP es aquella que puede tener por objeto un contrato público, pues en otro caso carecería de sentido su mención en el TRLCAP,

(15) La referencia a las «sociedades» supone una auténtica novedad en nuestro Derecho, e implica una modificación de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (que no permite la encomienda de gestión a favor de personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado).

y seguiría regulándose, como hasta ahora, por el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Sentado lo anterior, podríamos distinguir tres figuras jurídicas dentro de los negocios jurídicos bilaterales interadministrativos, *cuyo objeto sea el propio de un contrato público*: convenio de colaboración, contrato administrativo y encomienda de gestión. La distinción consistiría en lo siguiente:

a) El convenio de colaboración se utilizaría cuando, a pesar de tener por objeto un contrato administrativo, no se superasen los importes a los que se remite el artículo 3.1.c) del TRLCAP.

b) El contrato administrativo se utilizaría cuando se superasen los importes a los que se remite el artículo 3.1.c) del TRLCAP.

c) La encomienda de gestión se utilizaría cuando, a pesar de superarse los importes a los que se remite el artículo 3.1.c) del TRLCAP, concurren los siguientes requisitos:

- Que el encomendante ejerza sobre el encomendado un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
- Que el encomendado realice la parte esencial de su actividad con el encomendante.

Estos requisitos no están recogidos en el TRLCAP, pero sí en las sentencias del TJCE de 19 de noviembre de 1999 (apartado 50) y 13 de enero de 2005 (apartado 38). El legislador sólo se limita a exigir que la encomienda de gestión se realice a entidades y sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública.

La nueva regulación de la encomienda de gestión va a suponer que numerosos acuerdos interadministrativos que, por su objeto, y por superar los importes del artículo 3.1.c) del TRLCAP, no podrían calificarse de convenios de colaboración, sino de contratos administrativos, puedan adoptar la forma de encomiendas de gestión y, de esta manera, estar excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP.

CONCLUSIONES

De lo expuesto en las líneas anteriores se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a) Se encuentran fuera del ámbito de aplicación del TRLCAP los siguientes convenios de colaboración interadministrativos:

1) Convenios (o, si se prefiere, «acuerdos») celebrados entre órganos pertenecientes a una misma Administración, ya que no estamos ante per-

sonas jurídico-públicas distintas, por lo que nunca podrían ser contratos, cualquiera que sea su objeto e importe.

2) Convenios cuyo objeto no es el propio de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, cualquiera que sea su importe.

3) Convenios cuyo objeto es el propio de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, siempre que no excedan de los siguientes importes:

- Si se trata de una obra: 5.278.227 euros, IVA excluido.
- Si se trata de un suministro: 137.234 euros, IVA excluido.
- Si se trata de una consultoría o asistencia, o de un servicio: 200.000 o 137.234 euros, IVA excluido, según los diversos supuestos previstos en el artículo 203.2 del TRLCAP.

b) Se encuentran fuera del ámbito de aplicación del TRLCAP las encomiendas de gestión que, a pesar de tener por objeto un contrato público, reúnan los siguientes requisitos:

- Que el encomendante ejerza sobre el encomendado un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
- Que el encomendado realice la parte esencial de su actividad con el encomendante.

**EL RESERVISTA VOLUNTARIO. UNA NUEVA (Y OPORTUNA)
FIGURA JURÍDICA PARA PERMITIR LA ÓSMOSIS ENTRE
EL EJÉRCITO Y LA SOCIEDAD CIVIL**

José M.^a A. MAGÁN PERALES

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Castilla-La Mancha.*

Alférez Reservista Voluntario del Ejército de Tierra (1).

**I. EL PUNTO DE PARTIDA: LA POTENCIALIDAD CONTENIDA
EN LA LEY 17/1999, DE RÉGIMEN DEL PERSONAL
DE LAS FUERZAS ARMADAS**

Mucho se ha discutido y exegetizado la Ley 17/1999 (2), cuyo objetivo básico no fue otro que el regular un personal militar marcado por la impronta de un proceso de profesionalización, que en el momento de ser promulgada la Ley se intuía como una posibilidad, y que llegaría efectivamente con la sus-

(1) A los Mandos e Instructores Promoción de Aspirantes a Reservistas Voluntarios, en su categoría de Oficiales, del Primer Ciclo de Selección del año 2004, 2.^a incorporación: Capitán D. Juan Francisco Moreno García; Teniente D. Ricardo Mañalich Jaramillo, Sargento 1º D. Manuel Ponce Ortiz y Sgto. 1º D. José Juan Cazalla Vega.

(2) A pesar de esta categórica aseveración, pocos son los autores que se han ocupado, jurídicamente hablando, del Derecho militar. Principalmente resulta obligada la referencia a los siguientes autores:

ALCANTARILLA HIDALGO, F.J.: «La naturaleza contencioso-administrativa del procedimiento contencioso-disciplinario militar: incidencia de la Ley 29/1998, de 13 de julio», en *Justicia Administrativa-Revista de Derecho Administrativo*; n.º 14; enero 2002.

ALLI TURRILAS, Juan Cruz: *La profesión militar: análisis jurídico tras la Ley 7/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas*; Instituto Nacional de Administración Pública; Madrid, 2000; 680 págs.

pensión (que no supresión) en 2001 del servicio militar obligatorio, que había marcado la existencia y el modo de ser de muchas generaciones de españoles.

Desde el fin de la Guerra Fría, a principios de los años noventa, los Gobiernos de los países de nuestro entorno comenzaron a aplicar una política de reducción de las Fuerzas Armadas, tanto en recursos humanos como materiales. Un acontecimiento sin duda histórico, fue la desaparición en España del servicio Militar Obligatorio, el 31 de diciembre de 2001, tras 231 años de vigencia y de exigencia personal para los varones (y sólo para los varones) por el hecho de serlo; y del que ha dado cuenta el Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo por el que se adelantó la suspensión de la prestación del Servicio Militar (3). Con el horizonte de la

COTINO HUESO, Lorenzo: *La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas del siglo XXI*; presentación de Remedio SÁNCHEZ FERRIZ; Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid, 2000, 134 págs.

FERNÁNDEZ-PIÑEIRO Y HERNÁNDEZ, E. *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares*, Marcial Pons, 1995.

GIL GARCÍA, Olga: *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*; prólogo de Alejandro Ruiz-Huerta Carbonell; Ed. Marcial Pons; Madrid, 1999; 243 págs.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Director): *La función militar en el actual Ordenamiento constitucional español*; Ed. Trotta, Academia General Militar, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales «Lucas Mallada», Madrid, 1995, 646 págs.

NEVADO MORENO, Pedro Tomás: *La Función Pública militar*. Prólogo de Miguel Domínguez-Berrueta y Estudio Preliminar de Ramón Parada Vázquez; Editorial Marcial-Pons; Madrid, 1997; 531 páginas.

PEÑARRUBIA IZA, J. M.ª: *Presupuestos constitucionales de la función militar*; Prólogo de Luis COSCULLUELA MONTANER; Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid, 2000.

(3) En esa fecha, quienes se encontraban realizando el Servicio Militar Obligatorio, dejaron de hacerlo pasando a la situación de reserva. Igualmente, quienes a esa fecha no se habían incorporado todavía por estar disfrutando de algún aplazamiento, ya no tuvieron que incorporarse, pasando también a la situación de reserva.

La disposición adicional 13.ª de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, determinó que a partir del 31 de diciembre del año 2002 quedaría suspendida la prestación del Servicio Militar, regulada en la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar: «los españoles varones nacidos con posterioridad al 31 de Diciembre del año 1982 no prestarán el servicio militar obligatorio y en consecuencia, quedan suspendidas las operaciones de reclutamiento de dicho personal». Para ello, la disposición transitoria decimotercera de la mencionada Ley 17/1999 estableció en sus tres primeros apartados distintas fechas determinantes del período transitorio del servicio y, en su apartado 4, autorizó al Gobierno para modificar tales fechas y acortar así el período transitorio, todo ello en función del proceso de profesionalización de las Fuerzas Armadas. Precisamente debido al nivel alcanzado en el proceso de profesionalización (y a la amplia expectativa y demanda social, para que ocultarlo), el Gobierno consideró oportuno proceder a la suspensión del servicio militar obligatorio. Ello tuvo lugar en el Consejo de Ministros del día 9 de marzo de 2001: Concretamente se adelantó al 31 de diciembre de 2001 la fecha de la suspensión de la prestación del Servicio Militar, que jurídicamente se articuló a través del Real Decreto n.º 247/2001 de 9 de marzo.

plena profesionalización de las Fuerzas Armadas (en lo sucesivo, FFAA), y sin que según los políticos de la época, fuera necesaria reforma constitucional alguna, lo cierto es que el artículo 30 de la Constitución quedaba vacío de contenido. En efecto, «*el derecho y el deber de defender a España*», en el contexto de unas FFAA plenamente profesionalizadas, quedaba en la mera potencialidad de poder pertenecer a las FFAA como militar profesional (el «derecho»), mientras que en lo relativo al «deber» de defender a España, quedaba reducido, o subsumido si se quiere, a la obligación de contribuir a través del pago de impuestos (supuesto del art. 31 CE) admitiendo los eventuales costes que un Ejército profesional supondría para el conjunto de los contribuyentes. Todo ello con las pertinentes declaraciones sobre la innecesidad de una reforma constitucional al respecto.

Lo cierto es que por más que se trate de forzar la redacción del artículo 30 CE, lo cierto es que el tenor literal del artículo 30.2 es lo suficientemente claro cuando establece lo siguiente:

1.º La Ley fijará las obligaciones militares de los españoles.

2.º La ley regulará –con las debidas garantías– la objeción de conciencia.

3.º La Ley regulará las demás causas de exención del Servicio Militar Obligatorio.

Las obligaciones militares de los españoles se encuentran en la actualidad reguladas por la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las FFAA.

Hasta su suspensión en diciembre de 2001, la obligación de prestación del servicio militar estuvo regulada por la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar. Por su parte, la objeción de conciencia tuvo su última regulación legal en la Ley de Objeción de conciencia de 1998 (que derogó a la Ley 48/1984, de 26 de diciembre) y su correspondiente Reglamento, aprobado por Real decreto 266/1995, de 24 de febrero (4). La evolución de ambas legislaciones sufrió, a lo largo de los años noventa, los diferentes «impactos» de una serie de modificaciones, muy exigidas socialmente, destinadas a «equiparar» en la medida de lo posible, la prestación del servicio en filas con su homóloga prestación social sustitutoria, en todo lo referente a duración.

(4) En materia de objeción de conciencia resulta obligada la cita a GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*; Ed. Centro de Estudios Constitucionales; Madrid, 1990.

Respecto al tercer punto, lo cierto es que constitucionaliza (es decir, impone la existencia, y por ende, la exigencia) de un sistema de servicio militar obligatorio (5). Por ello, la fórmula jurídica para poner fin al mismo fue la suspensión de la obligación. No cabía –con el propio tenor literal de la Constitución– la supresión pura y simple del servicio militar obligatorio. Cuestión distinta es la posibilidad de volverlo a poner en funcionamiento, cuestión que creemos no será asumida por ningún Gobierno, del signo político que sea, en tiempo de paz o en situaciones de normalidad democrática. El tema resulta de interés por cuanto nos encontramos en los albores de una nueva reforma constitucional que sin duda no debe dejar la oportunidad de mejorar la redacción de dos artículos fundamentales de nuestra Carta Magna: el 8 y el 30.

Pues bien, lo cierto es que con la suspensión del servicio militar el 31 de diciembre de 2001, no había fórmula alguna que permitiese a los españoles que lo desearan (y también a las españolas) cumplir con el derecho reconocido en el artículo 30 de la Constitución. El derecho y el deber de defender a España necesitaban de una nueva figura jurídica, por ello, la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, previó por vez primera (a diferencia de su predecesora, la 17/1989) en su Título XIII («aportación suplementaria de Recursos Humanos») la creación de una nueva categoría de personal militar: la figura de los Reservistas Voluntarios, figura cuyo desarrollo reglamentario sin embargo, aún tardaría otros cuatro años y medio en ser desarrollada jurídicamente, como a continuación veremos. Concretamente, en 2002 se aprobó en España la «Revisión Estratégica de la Defensa (6)», documento de carácter doctrinal, a modo de «Libro», en el que se expresan los fines u objetivos a alcanzar por el Estado español en materia de seguridad y defensa, y en el que se establecen la entidad y las características de las Fuerzas Armadas españolas, para un período que se extiende hasta el año 2015. En dicho documento, al referirse al «factor humano» propio del modelo de FFAA íntegramente profesionalizado, se proclaman, entre otras, la necesidad de establecer medidas

(5) Obligación, por otra parte, constitucionalizada en otras constituciones europeas próximas a la nuestra, que hablan también de «servicio militar obligatorio»: arts. 275 y 276 de la Constitución Portuguesa de 1976; art. 52 de la constitución italiana de 1946 ó al art. 182 de la Constitución Federal belga de 1994.

(6) Disponible en la siguiente página web: <http://www.gees.org/pdf/204/> (consultada en marzo de 2005).

conducentes a «asumir y desarrollar el concepto de reservista (...) que permita un aporte suplementario de recursos humanos de forma ágil, constante y oportuna», estableciendo «*un procedimiento de obtención de los efectivos necesarios que complete las demandas de cada momento*», y desarrollando en particular «*una reserva voluntaria que permita, además, un mayor nexo de unión entre la Sociedad y las Fuerzas Armadas*».

Las razones de la tardanza en regular la figura del reservista voluntario son fácilmente explicables. La complejidad y dimensiones del proceso de profesionalización de las Fuerzas Armadas exigieron centrar todos los esfuerzos en la implantación de un nuevo modelo de Tropa y Marinería Profesionales a través de la Ley 17/1999. Una vez que el modelo de Ejército profesional se hubo asentado, pareció oportuno completar el proceso iniciado con la definición y posterior desarrollo de un procedimiento para establecer el sistema de Fuerzas de Reserva, lo que completaría el círculo de la profesionalización.

Los Ejércitos de otros Estados europeos han afrontado también este proceso de profesionalización (Gran Bretaña, Holanda, Francia, y muy recientemente Italia –a partir del 1 de enero de 2005– y la República Checa –a partir de 2006–). Asimismo, la caída de los regímenes comunistas y la emergencia de Estados Unidos como potencia hegemónica en solitario, «desbloquearon» el sistema de protección de Naciones Unidas, y colocaron en las FFAA de los distintos Estados la asunción de unas nuevas misiones, distintas a las tradicionales de defensa individual o colectiva ante una agresión armada, que son las misiones de carácter humanitario o de mantenimiento de la paz, previstas y contempladas como una Política comunitaria específica en el Título V arts. 11 a 28 del Tratado de la Unión Europea (antiguos artículos J.1 a J.18, antes de la reenumeración dada a los mismos por el Tratado de Ámsterdam, y artículos III-294 a III-315 de la futura Constitución Europea, firmada en Roma el 29 de noviembre de 2004).

La creación de una Reserva Voluntaria resultaba también necesaria para igualar al Ejército español con otros Ejércitos de Estados miembros de la OTAN. España, como miembro de pleno derecho de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, participa, en el Comité de Fuerzas Nacionales de Reserva (NRFC), de gran influencia en el Comité Militar. El NRFC, periódicamente y en coordinación con la Confederación interaliada de Oficiales de Reserva (CIOR), presenta informes y proporciona asesoramiento en materia de Reserva a dicho Comité Militar. El Comité de Fuerzas Nacionales de Reserva cuenta entre sus componentes, además de con represen-

tantes de los Estados miembros, con oficiales de enlace de cada Mando Estratégico (ACT y ACO) y del Estado Mayor Internacional (IMS).

Del nuevo panorama surgido tras la supresión del servicio militar obligatorio y de la no modificación de la Constitución resulta una evidencia: aquellos españoles que quisieran ejercitar su derecho/ deber de defender a España, lo cierto es que muy pocas posibilidades tenían salvo el ingreso en la función pública militar, bien como soldados profesionales o como militares de complemento. Pero nada más. Por ello, la posibilidad de ser reservista voluntario («militar a tiempo parcial (7)») resulta de un enorme interés tanto para personas que en su pasado tuvieron algún tipo de vinculación con el Ejército y quieran volver a tenerlo, como para aquellas personas que no conocen en absoluto el Ejército y tienen interés en conocerlo. Otra de las consideraciones que se han tenido en cuenta en la implantación de la figura del reservista voluntario se sustenta en el atractivo de abrir a la sociedad civil diversos puestos cuyas especialidades están orientadas a aquel personal que valora el riesgo y la aventura. Es el caso, por ejemplo, de la posibilidad de ser reservista voluntario como paracaidista.

II. DE POTENCIALIDAD A REALIDAD: EL REAL DECRETO 1691/2003, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ACCESO Y RÉGIMEN DE LOS RESERVISTAS VOLUNTARIOS

A. RESERVISTAS VOLUNTARIOS, TEMPORALES Y OBLIGATORIOS. TRES CATEGORÍAS DISTINTAS DE UN MISMO *GENUS*

El Real Decreto 1691/2003, de 12 de diciembre (BOE del 13) «por el que se aprueba el Reglamento de acceso y régimen de los reservistas voluntarios» desarrolló el Título XIII de la Ley 17/1999, pero lo hizo de manera parcial, pues tan sólo se contempla en el mismo la figura de los Reservistas Voluntarios.

Las Fuerzas de Reserva en su conjunto deben responder a una necesidad permanente de las Fuerzas Armadas en tanto que pueden llegar a completar algunas de sus capacidades y representan un extraordinario nexo de unión entre aquéllas y la sociedad civil (8). El concepto genérico de Fuer-

(7) Calificación no legal, pero sí muy expresiva, que se ha dado a esta figura, y que tomamos del artículo «Militares a tiempo parcial», *Revista Española de Defensa*; febrero de 2004; págs. 6 y 7.

(8) ASENSIO GÓMEZ, José Luis: «Las fuerzas de reserva. La reserva voluntaria», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; pág. 481.

zas de Reserva se basa en un tipo diferente de militares, los reservistas, caracterizados por la voluntariedad de su compromiso y por la temporalidad en la forma de ejercer su derecho constitucional de defender a España conforme al art. 30.1 CE. Cada una de las modalidades de reservista responde a unos supuestos y a unas finalidades diferentes, tanto por la distinta condición de los sujetos a los que afectan, como por la gradual intensidad de las circunstancias determinantes de la utilización efectiva de sus servicios, siendo lo común entre las tres categorías, el constituir una «aportación suplementaria de recursos humanos», como reza el Título XIII de la Ley 17/1989. La Ley 17/1989, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, da el nombre genérico de «reservista» a todo el personal militar suplementario, para seguidamente pasar a diferenciar tres categorías distintas de reservista: el temporal, el voluntario y el obligatorio, respondiendo las tres figuras a distintos supuestos:

a) Reservistas temporales

Son los propios militares profesionales, tanto los de carrera como los de complemento, y los de tropa y marinería, permanentes o no, una vez que extingan su relación de servicios, por renuncia a su condición de militar (los de relación permanente: Oficiales y Suboficiales de carrera, o Militares Profesionales de Tropa o Marinería). O, en segundo lugar, finalización de su compromiso (los de relación temporal: Oficiales de complemento y Militares Profesionales de Tropa y Marinería), todos los cuales han de pasar seguidamente a ostentar la condición de reservista durante un tiempo determinado (de ahí el nombre de reservistas temporales), que varía según los supuestos, entre uno y cinco años. Con este concepto se cubre el concepto de «reservista» que nos es conocido como aquel estado del militar de reemplazo posterior a la finalización del servicio militar cuando éste era obligatorio.

Hasta la creación de esta figura los reservistas eran concebidos como los efectivos de unas fuerzas meramente virtuales (las «Fuerzas de reserva»), planificadas ya en tiempo de paz, con vistas a su posible activación para caso de guerra u otras circunstancias excepcionales. La tendencia actual apunta a la creación de unas nuevas figuras de reservistas, cuya denominación varía según los Estados: «reserva operacional», en Francia; «Reserva operativa, en Alemania»; «reservistas activos», en Holanda; «reserva especial», en Bélgica; «fuerzas de completamiento» en Italia. Todas ellas responden a la idea de satisfacer con personal voluntario las

necesidades de personal que exija en cada momento el cumplimiento de la multiplicidad de misiones asignadas a las FFAA, completando el número de efectivos de las Fuerzas regulares o permanentes y proporcionando personal especialista procedente de determinadas áreas civiles (9). No obstante, es preciso señalar también que las diferencias entre los mismos Estados de la OTAN respecto a sus fuerzas de reserva voluntaria; ello varía dependiendo de la tradición militar, la cultura o la idiosincrasia de cada pueblo. Mientras que en algunos países los reservistas disfrutaban de un gran prestigio y un importante peso específico dentro de la estructura de sus correspondientes ejércitos, en otros Estados, apenas suponen un elemento significativo, o simplemente no existen (10).

b) Reservistas obligatorios

Se trata de una figura caracterizada por la excepcionalidad, que en la actualidad no pasa de ser una mera potencialidad. Puede ser reservista obligatorio cualquier ciudadano español que en circunstancias excepcionales (estado de guerra) podrán ser declarados como tales por el Gobierno, previa autorización de las Cortes Generales, de entre los españoles que cuenten entre diecinueve y veinticinco años de edad, teniendo en cuenta la circunstancia de que para esta categoría de reservistas su efectiva incorporación a las FFAA aparece como una mera posibilidad, contingente y no necesaria, pues lo mismo pueden ser asignados a prestar servicio en las FFAA que en otras organizaciones con fines de interés general, para la realización de actividades de utilidad pública. Esta última posibilidad pensamos que se daría en el supuesto en que reservista movilizado alegue, pensamos que según la normativa sobre objeción de conciencia, la existencia de razones de conciencia obstativas al empleo de las armas.

c) El reservista voluntario

Es la figura jurídica que estudiaremos en este trabajo, que es definido por el propio RD 1691/2003, como «*los españoles que, en ejercicio de su*

(9) GARCÍA LABAJO, Juan M.: «Fundamento y finalidad de los reservistas voluntarios», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; pág. 483.

(10) REQUEIJO PASCUA, Javier y MÁRQUEZ MÁRQUEZ, Miguel: «Los reservistas voluntarios en el Ejército del Aire», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; págs. 497.

derecho constitucional de defender a España se vinculan temporal y voluntariamente con las Fuerzas Armadas por medio de un compromiso de disponibilidad». El reservista voluntario, a diferencia del temporal y del obligatorio, se constituye como una necesidad permanente, no coyuntural, de las Fuerzas Armadas. El reservista no está llamado a cubrir huecos existentes en las plantillas de Unidades, Centros u Organismos (en abreviatura militar, las UCO's) de Defensa, sino que complementa las capacidades existentes con la experiencia y formación que posee previamente (sea ésta del ámbito civil o del propio ámbito militar). A su vez, puede enriquecer su propia experiencia al dedicarse a trabajos específicos dentro de las Fuerzas Armadas propios de su formación, pero de directa aplicación en su vida civil, creando una ósmosis absolutamente enriquecedora, no solo para el propio reservista, sino también para la sociedad civil y la Institución.

B. LA NOTA DE LA VOLUNTARIEDAD, LA PIEZA MAESTRA DEL SISTEMA

Partiendo de la definición anterior, son reservistas voluntarios los españoles que se vinculan temporal y voluntariamente con las Fuerzas Armadas. El Reglamento ha tratado de implantar un concepto moderno de reserva, en el que prima de manera fundamental la idea de la voluntariedad. La temporalidad y, sobre todo, la voluntariedad, son las dos características fundamentales del sistema de reservistas voluntarios creado en 2003. Se trata, como afirma GARCÍA LABAJO (11), de una corporación de ciudadanos que, movidos por la satisfacción personal y el orgullo de participar en la defensa de España, se vinculan temporalmente con las Fuerzas Armadas a través de un compromiso de disponibilidad.

La nota de la voluntariedad destierra todas las eventuales críticas que en su momento se hicieron sobre el servicio militar obligatorio, precisamente por ser obligatorio, y que en su mayor parte eran críticas dirigidas al Ejército, cuando como se ha visto era del Gobierno de quien dependía la decisión política –y no militar– de mantener la obligatoriedad. Pero no esta cuestión la que queremos analizar aquí, sino la eventual «objeción de conciencia» que pudiera surgir en el reservista voluntario, ya sea en la fase de formación militar o en la activación. Si analizamos globalmente la figura del Reservista Voluntario, vemos que la misma se basa en todo momento en

(11) GARCÍA LABAJO, Juan M.: «Fundamento y finalidad de los reservistas voluntarios», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; pág. 485.

la voluntariedad, no sólo en el acceso a esta condición, sino también en su permanencia y mantenimiento. La eventual alegación de una objeción de conciencia –que todo puede esperarse– pensamos que no podía prosperar por dos razones: En primer lugar, por la suspensión –homóloga a la que se hizo con el servicio militar obligatorio– de la obligación de realizar una prestación social sustitutoria, con lo cual quedaron suspendidos –que no derogados– tanto la ley de Objeción de Conciencia de 1998 como su Reglamento, de 1995. En segundo lugar, porque el propio Reglamento sobre Reservistas prevé multitud de opciones (art. 22, suspensión de la incorporación; art. 23, resolución del compromiso, que veremos más adelante) para que, quien así lo desee, pueda abandonar la situación de reservista mediante declaración expresa ante la Administración militar.

Por su parte, la única referencia que se hace a la objeción de conciencia en el Reglamento sobre Reservistas lo es para excluir de la posibilidad de acceder a la condición de reservista Voluntario a aquellos que tuvieran reconocida la condición de objetor de conciencia (art. 5.g), «Condiciones generales para el acceso»). Lo cual tampoco sería un obstáculo insalvable si tenemos en cuenta que el propio Reglamento de Objeción de 1995, consciente del elevado número de objetores que lo fueron «de conveniencia» y no «de conciencia» previó, en su artículo 10, una «cláusula de arrepentimiento» que permitía renunciar de manera irreversible y por una sola vez a la condición de objetor de conciencia reconocida por el consejo Nacional de Objeción de Conciencia.

C. EL PROCESO DE SELECCIÓN PARA EL ACCESO A LA CONDICIÓN DE RESERVISTA VOLUNTARIO

La regulación de los procedimientos para la selección, la formación, el acceso y el régimen de los reservistas voluntarios se encuentra regulada, con bastante detalle, en el Real Decreto 1691/2003, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Acceso y Régimen de los Reservistas Voluntarios. Se trata de un proceso que tiene varias fases sucesivas, que trataremos de describir a continuación.

1. Convocatoria y publicación de la misma en el BOE

El inicio del proceso de selección para el acceso a la condición de reservista voluntario se inicia con la aprobación, mediante Resolución del

Subsecretario de Defensa, de la convocatoria correspondiente y su publicación posterior en el Boletín Oficial del Estado (12). Para el desarrollo del proceso selectivo, el Director General de Reclutamiento y Enseñanza Militar nombra una Comisión Permanente de Selección que cuenta con los Centros de Selección de las Áreas de Reclutamiento de las Delegaciones de Defensa, como Órganos de apoyo, y una Secretaría compuesta por el personal técnico y auxiliar necesario (13).

El número de plazas ha sido variable en cada convocatoria. La primera de ellas, que tuvo lugar en diciembre de 2003, ofreció muy pocas plazas, tan solo 340, que se distribuyeron de la siguiente manera:

**1.ª Convocatoria de acceso a la categoría de Reservista Voluntario
(BOE de 24 de diciembre de 2003)**

Ejército	Plazas Ofertadas
Tierra	200
Armada	55
Aire	45
Cuerpos Comunes	40

Esta distribución fue consecuencia de las necesidades expresadas por los Ejércitos y por la Subsecretaría de Defensa, en lo que respecta a los Cuerpos Comunes. Se trató de una primera convocatoria muy modesta, destinada principalmente a dar una salida de tipo jurídico para determinados militares profesionales a los que se les terminaba el compromiso, sin que tuvieran la posibilidad jurídica de renovarlo. Como es sabido, la ley 17/99 obligaba a abandonar las Fuerzas Armadas a los militares que hubieran cumplido 12 años de servicio, que alcanzasen los 35 años de edad en el caso de la tropa o los 38 para los oficiales. Aún así, el número de peticiones fue muy elevado (unas 1.800), a pesar de haber sido la primera de las convocatorias, lo que llevó a realizar una segunda convocatoria en menos de seis meses.

La segunda de las convocatorias fue realizada durante el año 2004, donde la oferta de plazas ya fue mucho mayor (*«con el objeto de alcanzar*

(12) La primera de estas convocatorias tuvo lugar mediante la Resolución 452/38270/2003, de la Subsecretaría de Defensa, de 22 de diciembre de 2003.

(13) AGUIRRE SCANDELLA, Joaquín: «Procesos de selección y formación para el acceso a la condición de reservista voluntario», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; pág. 488.

los 3.000 efectivos el 31 de diciembre de 2004», según la convocatoria). Esta convocatoria permitió el acceso a la condición de reservista voluntario de numerosos civiles, que es lo que se pretendía, siendo las plazas ofertadas de la siguiente manera:

**2.^a Convocatoria de acceso a la categoría de Reservista Voluntario
(BOE de 28 de mayo de 2004)**

Ejército	Plazas Ofertadas
Tierra	1.324 (14)
Armada	423 (15)
Aire	307 (16)
Cuerpos Comunes	160 (17)

Esta segunda convocatoria generó en la sociedad civil un total de 1.817 solicitudes. Si tenemos en cuenta que la convocatoria fijó un máximo de 3.000 plazas, las solicitudes suponen una demanda social de más del 60% de las plazas ofertadas. Esta cifra quizá pueda parecer limitada, y ver la botella medio vacía, pero creemos que obedece a la novedad de la figura, y que sin duda se verá incrementada en un futuro no muy lejano.

De cara a futuras convocatorias, podemos decir que a principios de cada año natural se publicarán las plazas necesarias dentro del conjunto de la oferta pública de empleo realizada por la Administración Central del Estado, para contar con el número suficiente de reservistas voluntarios en caso de activación.

2. Requisitos generales: Nacionalidad española

El primer y obvio requisito para poder ser reservista es ser español («los españoles», dice el Reglamento). En este sentido de nuevo es preci-

(14) Distribuidas de la siguiente manera: Oficiales, 208 plazas; Suboficiales, 344 y Tropa 772.

(15) Distribuidas de la siguiente manera: Oficiales, 59 plazas; Suboficiales, 118 y Marinería 246.

(16) Distribuidas de la siguiente manera: Oficiales, 42 plazas; Suboficiales, 83 y Tropa 182.

(17) Destinadas en su integridad para ser cubiertas por reservistas voluntarios con la categoría de Oficial.

so manifestar que la referencia a «los españoles» incluye también plena y afortunadamente a «las españolas» (18), superando así un agravio histórico de difícil justificación en la actualidad, como era el cumplimiento del servicio militar obligatorio únicamente por los varones, excluyendo de manera total a la mujer por el único hecho de ser mujer. En la actualidad, y con un Ejército profesional en el que la mujer se encuentra plenamente incorporada, la exclusión de la misma de la posibilidad de acceso a la condición de reservista voluntario hubiera derivado en la inconstitucionalidad del reglamento por vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

Por su parte, se nos plantea si la mención expresa a los españoles incluye también a los extranjeros que sean ciudadanos de la Unión Europea. En este sentido, es preciso recordar que la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea permitió a los ciudadanos comunitarios acceder a la función pública en idénticas condiciones que los españoles, pero únicamente en estos ámbitos: *«función pública investigadora, docente, de correos, sanitaria, de carácter asistencial, y a los demás sectores de la función pública a los que según el Derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores (...) En todo caso, los puestos de trabajo de los sectores que impliquen ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del estado o de las Administraciones Públicas, quedan reservados a los funcionarios con nacionalidad española»*. Dicha ley fue una exigencia derivada de la realización del Mercado Único el 1 de enero de 1993. Sin embargo, es en el propio Derecho comunitario donde encontramos la limitación a la que alude la Ley 17/1993. Según el artículo 39.4 del

(18) La referencia a «las españolas» creemos necesario hacerla por cuanto de históricamente discriminatorio tuvo la exención pura y simple de la mujer del sistema de servicio militar obligatorio, pero sin incurrir en ese lenguaje «políticamente correcto», que consiste en redundar una y otra vez Y lo que ya nos parece la quintaesencia de la pretendida democratización es el «evitar el uso sexista del lenguaje administrativo», pues ello responde a una moda, ciertamente redundante últimamente, de citar continuamente mediante doblete: «los ciudadanos y las ciudadanas», «los trabajadores y las trabajadoras», «los soldados» y «¿las soldadas?», «el teniente» y «¿la tenienta?», etc., que por escrito tiene su máxima expresión de pedantería en el uso, gramaticalmente incorrecto por otra parte, de la recuperada arroba: estimad@ ciudadan@; etc. Ello no solamente es incorrecto, de acuerdo con las actuales normas gramaticales de la Real Academia Española, sino profundamente ridículo.

Tratado de la Comunidad Europea (antiguo artículo 48 y futuro artículo III-133 de la Constitución europea), las disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores «*no serán aplicables a los empleos en la Administración pública*». Más concretamente, las referencias a excepciones de carácter militar son constantes en los Tratados comunitarios (art. 296.1.b) del Tratado de la Comunidad Europea –antiguo art. 223–, art. 27 B del Tratado de la Unión Europea, introducido por el Tratado de Niza)–.

Sin embargo, la Ley 32/2002, de 5 de julio, que supuso una modificación de la Ley 17/1999, añadiéndole un artículo 68 bis con el elocuente título de «Acceso de extranjeros a militar profesional de tropa y marinería», permitió ya sin rubor alguno el acceso a la condición de militares profesionales de extranjeros «*que sean nacionales de los países que reglamentariamente se determinen de entre aquellos que mantienen con España especiales y tradicionales vínculos históricos, culturales y lingüísticos*». Este desafortunado parche legislativo, destinado a encontrar efectivos humanos que suplan la carencia de las FFAA, y con el «premio», más o menos velado, de la obtención de la nacionalidad española. Con todo, ha sido voluntad del legislador la de mantener fuera del acceso a la condición de reservista voluntario a los extranjeros, sean comunitarios o no, salvo en el caso –obviamente– de aquellos que hubieran obtenido la nacionalidad española.

3. Los más que generosos límites de edad

La convocatoria para el acceso a la condición de reservista voluntario está abierta a todos los españoles, hombres o mujeres, de entre 18 y 55 años de edad para las plazas de tropa y marinería. Para las Plazas de Oficial y Suboficial la edad se eleva hasta los 58 años. Estas edades máximas, como puede verse, se han fijado con la mayor amplitud posible con el fin de ofrecer a un amplio número de ciudadanos españoles la posibilidad de acceder a la condición de reservista voluntario. Para ello fue necesario, antes de ponerse en marcha la primera convocatoria de reservistas, del 29 de diciembre de 2003 al 29 de enero de 2004, la modificación puntual de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las FFAA utilizando para ello la fórmula de la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el año 2004, Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Fue, por cierto,

la última vez que el Gobierno utilizó esta vía para reformar otros cuerpos legislativos.

4. Empleos a los que puede acceder el reservista voluntario: Oficial, Suboficial y Tropa. Titulación exigida en cada caso

Dentro de la categoría común de Reservista Voluntario, es posible acceder a tres niveles jerárquicos distintos. Existen, pues, tres posibilidades de ser reservista: los Oficiales, los Suboficiales y los de Tropa y Marinería. En la práctica ello se corresponde con los empleos inferiores dentro de cada categoría: Alférez, Sargento y Soldado o Marinero, respectivamente. A las diferentes categorías de reservista, se accede, como a las diferentes categorías de las FFAA y, más en general, del funcionariado público, en función de la titulación académica del sistema educativo con que se cuente (19), quedando así la correspondencia entre los empleos y las titulaciones exigidas:

(19) La correspondencia entre Grupo y Titulación es una traslación de la establecida por el art. 25 de la Ley 30/1984, de 30 de agosto, que dispuso que todos los Cuerpos, Escalas, Clases y categorías de funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas se agruparían, de acuerdo con la titulación exigida para su ingreso, en cinco grupos:

Grupo A: Título de doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o Equivalente.

Grupo B: Título de Ingeniero Técnico, Diplomado Universitario, Arquitecto Técnico, Formación Profesional de tercer grado o equivalente.

Grupo C: Título de Bachiller, Formación Profesional de Segundo Grado o equivalente.

Grupo D: Título de Graduado Escolar, Formación Profesional de Primer Grado o equivalente.

Grupo E: Certificado de escolaridad.

La equivalencia entre titulación académica y Grupo (cuyos principales efectos son de carácter retributivo), pronto «contagió» al sistema Militar de la Ley 17/1989, que en su disposición final 3.^a determinó que el sistema retributivo de los miembros de las Fuerzas Armadas sería el de los funcionarios civiles de la Administración del Estado incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, adaptado a la estructura jerarquizada de las FFAA, las peculiaridades de la carrera militar y la singularidad de los cometidos que tienen asignados. En realidad esta analogía retributiva ya se recogía en el artículo 220, párrafo primero, de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, donde se habla de «analogía» de las retribuciones del militar con los criterios que rigen en la Administración civil del Estado y teniendo en cuenta las peculiaridades de la carrera militar, que sigue manteniendo una estructura jerarquizada –que ha quedado rota en la Administración civil– y una enseñanza militar propia, y en la actualidad se recoge en la ley 17/1999.

Categorías de Reservista	Empleo	Titulación exigida
Oficiales	Alférez R.V. o Alférez de Fragata R.V.	<ul style="list-style-type: none"> – Primer ciclo de educación universitaria – Estar en posesión del título de piloto (en Cuerpos que requieran vuelo) – los mismos títulos que se exijan reglamentariamente para el acceso a militar de carrera del cuerpo y escala correspondiente, en el caso de los Cuerpos de Intendencia, de Ingenieros y de los cuerpos comunes de las F.
Suboficiales	Sargento R.V.	<ul style="list-style-type: none"> – Título de Bachiller – Haber superado la prueba que se recoge en el artículo 38.2 de la Ley Orgánica de Calidad de la Educación de 2002 (para el caso de los Cuerpos de especialistas). – Títulos de Formación Profesional de Técnico Especialista, Técnico Superior o su equivalente.
Tropa y Marinería	Soldado R.V. o Marinero R.V.	– el nivel de estudios que se especifique en la correspondiente convocatoria (20).

Además de la titulación académica, para acceder a la condición de reservista es preciso la superación de un período de formación militar, dividido a su vez en dos períodos: Un primer período de formación militar básica, común para cada uno de los empleos, y un segundo período de formación militar específica, que es la que se lleva a cabo en la unidad a la que cada reservista fue asignado en función de las plazas disponible en la convocatoria correspondiente.

(20) Las primeras convocatorias efectuadas hasta la fecha vienen exigiendo estar en posesión del Título de Graduado Escolar o el segundo curso de la Enseñanza Secundaria Obligatoria aprobado en su totalidad.

5. Solicitud para ser admitido al proceso selectivo. Los órganos competentes en materia de Reserva Voluntaria

Una vez publicada la convocatoria anual, la participación de cada aspirante en el proceso selectivo se inicia con la solicitud de cita previa que debe ser dirigida al presidente de la Comisión Permanente de Selección. Normalmente, son las Delegaciones de Defensa las que cuentan con los impresos necesarios a tal fin, y las que tramitan la propia solicitud, sirviendo de registro administrativo válido a los efectos de presentación de escritos, según lo dispuesto en artículo 38.4 Ley 30/1992, respecto a los lugares válidos para la presentación de solicitudes ante la Administración. Cada una de las Áreas de Reclutamiento receptoras de la Solicitud comunica a los aspirantes que dependen de ella la fecha, hora y el Centro donde se llevará a cabo el proceso selectivo. Cuando el proceso selectivo tiene lugar fuera de la localidad de residencia del solicitante, a los mismos se les expide un pasaporte oficial de ida y regreso, y se les solicitan los documentos pertinentes que, además de acreditar su identidad, deben servir como prueba del cumplimiento de las condiciones generales y particulares reflejadas en la convocatoria de selección (titulación académica, y otros méritos que se deseen aportar). La acreditación del correspondiente nivel académico es fundamental, por cuanto de ella depende el correspondiente empleo que se pueda solicitar.

Los órganos de relación de la Reserva Voluntaria con las FF.AA se concentran en las Delegaciones y Subdelegaciones de Defensa, en el ámbito jerárquico previo a la activación y la Oficina General de Reservistas, en un nivel general, que entendemos más social y próximo a sus destinatarios. Con el fin que este organismo sirva en la práctica como fuente de información rápida y eficaz sobre los múltiples asuntos que puedan inquietar a todos los reservistas, más aún en estas primeras fases de desarrollo de la figura, creemos que dicha Oficina General debe ponerse a la mayor brevedad a disposición de la Reserva Voluntaria con todos los medios de comunicación utilizados hoy en día. En concreto, creemos que su página web interactiva, direcciones de correo electrónico, números de teléfono y fax, así como la dirección postal y horarios de atención al público deben ser establecidos y dados a conocer a la mayor brevedad, de manera que, junto con un personal adecuadamente formado para proporcionar todo tipo de información, sirva como único y preciso medio de difusión de todo cuanto afecte a la Reserva Voluntaria.

6. El procedimiento de selección: Concurso de méritos

Para acceder a la condición de reservista voluntario es preciso superar un concurso de méritos a las plazas que se convoquen. El concurso de méritos es, según la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma para la Función Pública, el sistema normal de provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública española. En él se tendrán únicamente en cuenta los méritos exigidos en la correspondiente convocatoria, entre los que figurarán los adecuados a las características de cada puesto de trabajo, así como la posesión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo desarrollado, los cursos de formación y perfeccionamiento superados y la antigüedad.

El procedimiento de selección en sí consiste en un concurso de méritos en el que se valora, con arreglo al baremo de puntos fijado en la propia convocatoria, la experiencia previa de los aspirantes (méritos militares), así como sus estudios, titulaciones e idiomas (21) (méritos académicos), su experiencia laboral y su disponibilidad para participar voluntariamente en misiones fuera del territorio nacional. Es preciso también superar un reconocimiento físico (22) y un test psicotécnico. Superados éstos, el aspirante firma un documento por el que solicita la plaza o plazas que desea, de entre las plazas publicadas.

7. La asignación de plazas por parte de la Comisión de Selección

Una vez ordenadas de mayor a menor puntuación las plazas obtenidas por los aspirantes respecto de cada plaza de las ofertadas en la convoca-

(21) Resulta sorprendente que, estando la Reserva Voluntaria formada por gran número de profesionales con dominio de uno o varios idiomas diferentes al español, además de estar adscritos parte de ellos a destinos de «lingüística» –traductores–, no se nos esté permitiendo por el momento realizar las pruebas conducentes a la obtención de diversos perfiles lingüísticos. En igual sentido, resultaría de interés conjunto, tanto para las FF. AA. como para los propios interesados, la posibilidad de realizar cursos de idiomas, en función de la oferta que periódicamente establece el Ministerio de Defensa y en concordancia con la amplia disposición de muchos reservistas a participar en misiones en el extranjero. Creemos de gran utilidad también la obtención de la habilitación de seguridad para traducir documentación OTAN, con carácter general para aquellos que ocupan destinos de «lingüística». En línea con todo lo anterior, vemos también de interés la posibilidad de conseguir el título de Intérprete Jurado a través de la condición de reservista voluntario activado en unidades de «lingüística» y una vez cursados los créditos de traducción jurídica y económica necesarios para ello.

(22) En el que se comprueba si el solicitante está englobado en algún supuesto de exclusión contemplado en el anexo al Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto (BOE de 4 agosto 2001, núm. 186, y rectificación de errores en BOE de 11 de octubre 2001), por el que se aprueba el reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas.

ria, la Comisión permanente de selección procede a su asignación en función de dichas puntuaciones y según el orden de preferencia manifestado por los aspirantes en la ficha de solicitud de plazas. El resultado definitivo es objeto de exposición pública en todas las Áreas de Reclutamiento. Asimismo, las propias Áreas, mediante notificación a través de carta, comunican a los aspirantes seleccionados la asignación de plaza, orientándoles además someramente sobre el futuro inmediato y el subsiguiente proceso de formación. A los aspirantes a reservistas no seleccionados se les remite de la misma manera información sobre el resultado y se les invita a concurrir y tomar parte en el siguiente proceso de selección.

Toda la información proporcionada por los aspirantes es tratada de manera automatizada, lo que facilita la labor de los órganos correspondientes de los Ejércitos y de la Dirección General de Reclutamiento y Enseñanza Militar para la preparación de la fase de formación. El tratamiento de la información se rige por la Ley 15/1999, de 15 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, como cualquier otro dato en manos de la Administración Pública.

La plaza obtenida en la convocatoria de acceso a la condición de reservista voluntario resulta también determinante del destino o puesto del reservista voluntario. En la práctica seguida en las convocatorias que han tenido lugar hasta ahora, las plazas ofertadas han sido de dos tipos: unas, más específicas, con determinación previa del área de trabajo y del tipo de cometidos a desempeñar, así como de la experiencia previa en el ámbito civil, que se computa a los efectos de valoración de méritos («reservistas especiales») y otras plazas, más genéricas, en las que el área de trabajo y los cometidos serán los que correspondan a las aptitudes que presenten los interesados («reservistas generales» o de plazas «sin determinar»). En este último caso, a los reservistas se les propondrán diversas opciones durante su permanencia en los centros de formación. Para ello se tendrá en cuenta el perfil del candidato y la proximidad del destino a su domicilio habitual. A su vez, tanto las plazas determinadas como las genéricas se ofrecen, por lo común, con la posibilidad de ser asignadas en varias Unidades, Centros u Organismos (UCO's) de diversa ubicación geográfica, a elección del propio aspirante. El carácter «voluntario» del reservista tiene aquí la virtualidad de excluir destinos forzosos.

Los criterios utilizados para la determinación de destinos, en línea con la tarea primordial de los reservistas, que es la de colaborar y apoyar al personal en activo en destinos de apoyo al combate, son similares a los utilizados en países miembros de la OTAN que cuentan con este tipo de personal. Para Oficiales y Suboficiales, el 40% del total de los efectivos irá a

los distintos Estados Mayores, Escuelas, Centros y Organismos, y el 60% restante a las Unidades. Se excluyen los cometidos de Mando de Fuerza. Para el personal de Tropa, el 30% del total de los efectivos irá a los Estados Mayores, Escuelas, Centros u Organismos, en tanto que el 70% restante irá destinado a Unidades.

En cualquier caso, una vez asignado el destino o puesto dentro de una determinada Unidad, Centro u Organismo, éste será ya, también en principio, el que ocupe y corresponda para siempre al reservista voluntario durante todo el tiempo de duración de su compromiso. Caben, sin embargo, cambios de destino en los supuestos determinados, motivados por circunstancias sobrevenidas. Los cambios podrán ser solicitados por los interesados, pero sin que sea preceptivo ni obligatorio para la Administración concederlos:

1.º) En primer lugar, cuando hallándose el reservista voluntario en situación de disponibilidad, cambio de lugar de residencia en la vida civil;

2.º) En segundo lugar, cuando el reservista tenga asignado destino en una unidad operativa, al ser citado para incorporación, no supere el reconocimiento médico obligatorio. En este caso podrá serle asignado otro destino acorde con las limitaciones psicofísicas apreciadas.

D. LAS FASES DE FORMACIÓN MILITAR DEL RESERVISTA VOLUNTARIO:
FORMACIÓN POR CORRESPONDENCIA, FORMACIÓN MILITAR BÁSICA
Y FORMACIÓN MILITAR ESPECÍFICA

D. El módulo de formación por correspondencia. El «Libro Básico del Reservista Voluntario»

Para facilitar la adquisición o actualización, en su caso, de unos conocimientos militares básicos y generales, previos a las fases presenciales de formación, la Subdirección General de Enseñanza prepara un módulo inicial de formación (un «Libro Básico del reservista Voluntario») que se remite por correo y que facilita y complementa la posterior formación presencial. Entre un mes y quince días antes a la fecha prevista para la incorporación, las Delegaciones de Defensa se ponen en contacto con los aspirantes a reservista convocados para cada uno de los períodos de formación fijados. A los aspirantes se les notifica la incorporación y se les remite o entrega personalmente, según el caso, el módulo de formación por correspondencia. Aunque la gestión del personal reservista, independientemente del Ejército al que estén asignados, se hace desde las Delegaciones de Defensa, la información se impartirá por cada Ejército respectivo.

2. La Formación Militar Básica (FMB)

Cada aspirante a reservista seleccionado debe superar dos períodos de formación propiamente dichos: una formación militar básica, común para todos, y una formación específica para la plaza que le fue asignada, teniendo ambos períodos una duración no superior a 30 días. En este aspecto el Reglamento sobre Reservistas voluntarios ha establecido un período máximo para ambas formaciones, que en las primeras convocatorias no ha sido agotado (15 días para la FMB y otros 15 para la específica). Sin embargo, somos de la opinión que el personal reservista, sobre todo en lo que respecta a los empleos de sargento o alférez, debería agotar –al menos en la fase de FMB– el plazo de los 30 días establecido por el Reglamento, plazo que incluso nos sigue pareciendo muy liviano, si se tiene en cuenta la procedencia tan heterogénea que puedan tener los reservistas voluntarios, además de la nula preparación militar que puedan tener colectivos como las generaciones más jóvenes (todos los nacidos con posterioridad al 31 de diciembre de 1982) o las mujeres.

También se podría, sin superar los máximos legales, redistribuir los tiempos entre la Formación Militar Básica y la Específica. Así, por ejemplo, dada la formación académica previa de los aspirantes a reservistas voluntarios en la categoría de Oficial, su fase de Formación Militar Básica podría simplificarse en cuanto a contenido teórico, supliéndola con un temario por correspondencia mucho más amplio o, mejor aún, con un «Libro Básico del Aspirante a Reservista Voluntario», que, a semejanza del editado para el soldado, le permitiera preparar adecuadamente los conocimientos teóricos, sin perjuicio de demostrar su grado de aprendizaje mediante los exámenes pertinentes. En cambio, se echa en falta mayor tiempo de formación práctica en aspectos relacionados con orden cerrado y abierto, desarrollos tácticos, armamento, material y ejecución de servicios. Todo ello implicaría la asignación de más personal instructor y quizá de categoría superior a la de suboficial en las incorporaciones para oficiales reservistas, a fin de evitar paradojas en la subordinación temporal entre instructores y alumnos. Por contra, aquellos aspirantes con formación previa militar, gran parte de los cuales consiguieron en el pasado empleos superiores al de soldado, podrían ser eximidos de conceptos que les resultan sobradamente conocidos en beneficio de un plan de estudios de mayor contenido para ellos. Se trataría, simplemente, de adecuar los planes de enseñanza de esta fase en función de los conocimientos previos de cada grupo de aspirantes, de su historial militar, en definitiva.

Con todo, el propio Reglamento de Reservistas prevé que la duración de ambas fases pueda quedar reducida en función de la experiencia y de los conocimientos militares previos de los aspirantes. La convocatoria de selección ofrece opciones predeterminadas, orientativas para los aspirantes, con el momento y la duración exacta de estos períodos, aunque los aspirantes deben reflejar en la solicitud sus preferencias. En cualquier caso, por cada convocatoria y según las respuestas de los Ejércitos, la Dirección General de Reclutamiento y Enseñanza Militar remite a las Áreas de Reclutamiento los planes para la fase de formación de los aspirantes seleccionados, el listado de los aspirantes, la relación de los Centros de Formación, los correspondientes períodos y las fechas para la ejecución de cada período, tratando además que se acomoden en lo posible a esas preferencias mayoritariamente manifestadas por los interesados. La Subdirección General de Enseñanza Militar, el Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ejército de Tierra (MADOC), la Jefatura de Personal de la Armada y el Mando de Personal del Ejército del Aire (MAPER), a la vez que envían aquellas propuestas, generan la correspondiente Orden Preparatoria, de alerta, para sus Centros de Formación (23).

En el caso del Ejército de Tierra, y hasta la fecha, la formación militar básica, para todos los empleos, se ha venido desarrollando en el Acuartelamiento de Camposoto, CIMOV n.º 2, situado en San Fernando (Cádiz). Por su parte, el Ejército del Aire utiliza los mismos centros docentes que se emplean para la formación de personal profesional permanente; por ello, los Oficiales y Suboficiales se incorporan a la Escuela de Técnicas Aeronáuticas de Torrejón de Ardoz, y el personal de Tropa a la Escuela de Técnicas de Seguridad, Defensa y Apoyo de Zaragoza.

Los Centros de Formación están preparados para impartir, como mínimo, dos módulos de conocimiento por cada empleo, organizando la enseñanza en función de la experiencia militar previa de cada aspirante. Ello se traduce en la disposición del Reglamento sobre Reservistas, y de las propias convocatorias, que contemplan la posibilidad de reducir el período de estancia de reservistas que ya tuvieran experiencia militar previa, para dar así cumplimiento a los criterios de eficiencia y economía que deben presidir la actuación de la Administración pública.

Los aspirantes a reservista voluntario, al incorporarse al correspondiente Centro de Formación, firman un documento de nombramiento

(23) AGUIRRE SCANDELLA, Joaquín: «Procesos de selección y formación para el acceso a la condición de reservista voluntario», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; pág. 490.

como aspirante a las Fuerzas Armadas, reciben el uniforme y el equipo que se haya decidido que van a necesitar, y comienzan a recibir las enseñanzas correspondientes al módulo que les corresponda. Durante este período de formación militar básica eligen también el momento de acudir a la Unidad, Centro u Organismo al que pertenece la plaza que les fue asignada en la selección, y en donde habrán de realizar la formación militar específica.

La obtención de la condición de reservista voluntario lleva implícito como requisito previo e indispensable, realizar el juramento o promesa a la Bandera, independientemente de si se realizó antes o no. Se trata, desde luego, de un requisito «*ad solemnitatem*», cuyo cumplimiento es absolutamente imprescindible para alguien que posteriormente va a ser militar. El reducido número de reservistas obligados a jurar bandera ha obligado a establecer que, en caso de que no haya posibilidad de hacer coincidir la jura de bandera de los reservistas con un acto oficial del Centro de Formación, se realice de manera íntima, pero solemne ante el Jefe de dicho Centro.

Una vez finalizado el período de formación militar básica, los aspirantes a reservista voluntario causan baja en sus centros de formación y son pasaportados a la Unidad, centro u Organismo que les corresponda para su formación militar específica, junto con el documento que certifique la superación del curso correspondiente.

3. La fase de Formación Militar Específica (FME)

Una vez superada la formación militar básica, cada reservista se incorporará a su Unidad de destino, en la que realizará el período de Formación Militar Específica, diferente en función de cada especialidad y de la experiencia previa que cada aspirante tenga en el puesto de trabajo que se le haya asignado. Para la programación de la Formación Militar Específica se tienen en cuenta las disponibilidades y preferencias de cada aspirante. El período de formación militar específica para el puesto designado por cada aspirante a reservista, no podrá exceder de treinta días presenciales. En la práctica tampoco se ha agotado la previsión legal, y se vienen desarrollando las formaciones en dos semanas consecutivas. Al igual que sucedía con la Formación Militar Básica, pueden ser eximidos de la formación militar específica quienes hubieran sido seleccionados para una plaza directamente relacionada con su profesión civil, Sin embargo, todos los reservistas deben pasar al menos un día en la UCO que les hubiera correspondido con el fin de conocerlo y familiarizarse con él. También, y al igual que en la Formación Militar Básica, existe una valoración por cada uno de los UCO's

y unos resultados por cada aspirante a reservista que son comunicados por los Centros de formación, en el caso de la formación militar básica, y por las diferentes UCO's, en el caso de la específica, al MADOC (Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ejército de Tierra), a la Jefatura de Personal de la Armada, al Mando de Personal del Ejército del Aire y a la SDG de Enseñanza que a su vez, a través de la Dirección General de Reclutamiento y Enseñanza Militar, los hacen llegar a las Delegaciones de Defensa, donde quedan incorporados a los respectivos historiales militares.

Respecto a la Formación Militar Específica, resulta notoria la indefinición en las UCO,s respecto a sus cometidos formativos, hecho que está creando cierto desencanto. Procedería, por tanto, nombrar responsables –tutores– en cada destino e instruirlos adecuadamente en cuanto a cómo debe desarrollarse tal fase y qué grado de incremento de aprendizaje se espera obtener de los aspirantes. Una información más detallada eliminaría los recelos iniciales que la figura del aspirante ha generado entre parte del personal militar, funcionarios y personal laboral. Resulta también necesario una mejor descripción de los destinos en la fase de selección, de tal forma que el aspirante no familiarizado con la terminología y cometidos militares pudiera efectuar su selección de manera más acertada, adecuando sus aptitudes y conocimientos a las necesidades específicas de cada puesto.

E. LA FIRMA DEL COMPROMISO DE DISPONIBILIDAD Y SU CONTENIDO JURÍDICO

Superadas ambas fases de formación militar se procede a la firma de un compromiso, en el cual se plasman de nuevo los caracteres ya enunciados de voluntariedad y titularidad.

Veamos como ejemplo el texto de uno de estos compromisos:

MINISTERIO DE DEFENSA

EJÉRCITO DE TIERRA

RESERVISTAS VOLUNTARIOS

COMPROMISO INICIAL

Don/ Doña ..., con DNI ..., nacido/ a el ..., seleccionado/ a como aspirante a reservista voluntario el día ..., una vez superada la formación y adquirida la categoría de Oficial/ Suboficial/ Tropa se compromete a permanecer en el Ejército de Tierra durante un período de **tres años**, con arre-

glo a lo dispuesto en el artículo 171 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, para desempeñar cometidos en el área de trabajo ...

El presente compromiso comienza en la fecha de publicación de la resolución de adquisición de la condición de reservista voluntario y el/ la abajo firmante declara expresamente conocer que la relación jurídico-pública de carácter especial que se establece con la firma de este compromiso tiene un carácter temporal y voluntario, y se rige exclusivamente por la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, y en el Reglamento de acceso y régimen de los reservistas voluntarios, aprobado por Real Decreto 1691/2003, de 12 de diciembre. Igualmente declara conocer que su condición como reservista voluntario cesará con la finalización del compromiso, salvo que se haya firmado uno nuevo, o con la resolución del mismo, en los términos previstos por el artículo 23 del Real Decreto 1691/2003, de 12 de diciembre.

Asimismo, declara expresamente su disposición para ser activado para prestar servicio en Unidades, Centros u Organismos del Ministerio de Defensa, por un período máximo de (no inferior a un mes) anualmente.

Igualmente manifiesta (SI/ NO) voluntariedad para participar en misiones en el extranjero, con carácter general para todo tipo de misiones exteriores, o (2) ... para alguna de aquellas que se encuentren en curso en el momento de suscribir el compromiso (Denominación de la misión)

San Fernando (Cádiz), ... fecha

Sello de la Unidad,
Centro u Organismo

EL/ LA INTERESADO/ A

FDO.

Del compromiso anteriormente reseñado se pueden extraer varias conclusiones:

1.º) En primer lugar, la persona seleccionada lo es hasta ahora únicamente como «aspirante» a reservista voluntario, independientemente de la categoría a la que hubiera optado. El empleo se obtiene únicamente tras la superación de ambas fases de formación y requiere, además, la publicación expresa del nombramiento en el Boletín Oficial de Defensa. Por tanto, durante todo el tiempo que dura la Formación Militar de un reser-

vista, sea la Básica o la Específica, los aspirantes a reservista voluntario están sometidos al mismo régimen de alumnado que aquellos que acceden a la condición de militar profesional de tropa y marinería, excepto en los emolumentos. Por ello es preciso dejar bien claro que durante ambas fases, y hasta el momento de ser nombrado en el Boletín Oficial de Defensa, el aspirante a reservista es alumno, con los mismos derechos y obligaciones que un militar profesional, pero con el empleo de soldado. Y ello independientemente del empleo al que aspire, y del hecho de haber ostentado con anterioridad cualquier empleo superior.

Por ello, el compromiso firmado surte su efecto no en la fecha en que se firme, sino cuando se publique en el BOD la Resolución en la que se concede la adquisición de la condición de reservista voluntario, con indicación de la Delegación de Defensa de la que pasará a depender cada reservista. La Resolución emanará del Subsecretario de Defensa, para los reservistas voluntarios de los Cuerpos Comunes de las FFAA, y de los Jefes del Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, para los de su respectivo Ejército. Esta resolución de nombramiento determinará también el empleo militar que corresponda a la categoría de la plaza de Oficial (Alférez), Suboficial (Sargento) o Tropa y Marinería a la que el reservista hubiera accedido.

Respecto a aquellos aspirantes que realizan su formación militar básica de manera conjunta, pero que posteriormente aplazan la específica según sus necesidades temporales, la propuesta de la IGMET de Burgos al Estado Mayor de Tierra ha sido que los nombramientos se publiquen a la mayor brevedad, una vez finalizadas las fases de Formación Militar Específica, sin esperar a que toda la Promoción, o en el caso más extremo, toda la Convocatoria, acabe su fase de formación militar Específica. Parece ser que ésta va a ser la última política al respecto, si atendemos a los nombramientos ya publicados en el Boletín oficial de Defensa. Este sistema tiene el inconveniente de la antigüedad, que lógicamente va en función de dichos nombramientos en el BOD, sin embargo, tal antigüedad no es ni mucho menos equiparable a la que se establece para el caso de nombramiento de militares de carrera, en otras palabras, que la antigüedad no tiene gran relevancia en la Reserva Voluntaria.

También se nos plantea la duda sobre la existencia de escalafón dentro de los Reservistas Voluntarios. En principio así parece deducirse de la propia Resolución en la que aparecieron los primeros reservistas del Ejército de Tierra (540/18215/04, B.O.D. número 230 de 24 de noviembre de 2004), que publicó tal relación de personal ordenados según su puntuación obtenida. Sin embargo, a pesar de la duda, nos inclinamos a pensar que

ningún escalafón puede existir dentro de los Reservistas Voluntarios, por la sencilla razón de que este personal no forma parte de un «Cuerpo», en el sentido exigido por los artículos 23 y 24 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, por la sencilla razón de que no son funcionarios. Por ello, difícilmente puede existir un escalafón.

2.º) El compromiso inicial de los reservistas voluntarios tiene una duración de dos o tres años, según lo que para cada plaza se indique en la convocatoria correspondiente, a lo largo de cuyo tiempo el reservista permanecerá en la situación de disponibilidad. En la práctica, en todas las plazas de reservistas convocadas hasta ahora se ha optado por el período el máximo previsto en el artículo 10.1 del Reglamento de Reservistas, esto es, tres años. Con ello creemos que se ha optado por dar una cierta estabilidad temporal al compromiso firmado, a través de un plazo lo suficientemente amplio como para poder desarrollar la figura del reservista a través de las posteriores activaciones.

3.º) En todo caso, una vez agotado el período del compromiso, ello determina la pérdida de la condición de reservista voluntario. El período de finalización es el del propio plazo temporal contenido en el compromiso firmado, sin perjuicio de ampliarlo posteriormente a través de una prórroga del compromiso. Ello tiene lugar mediante la firma de un compromiso sucesivo, siempre de dos o tres años de duración, hasta el máximo de quince años, y siempre que no se rebasen las edades máximas fijadas por el propio Reglamento: 61 años para los Oficiales y Suboficiales, y 58 años, para la Tropa y Marinería. Como es evidente, las edades de licenciamiento forzoso se han fijado con una amplitud más que generosa (sobre todo si se tiene en cuenta las edades máximas para acceder a los mismos empleos como Militar profesional). Ello está pensado con el fin de ofrecer al mayor número posible de ciudadanos la posibilidad de acceder (y mantener) la condición de reservista voluntario. El tema de las edades máximas, no fue casual, pues para permitir la actual dicción del reglamento fue preciso modificar la redacción originaria de la Ley 17/1999, lo cual se hizo a través de la Ley de Acompañamiento a los presupuestos Generales del Estado de 2004, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Respecto a la dependencia que se establece respecto de las Delegaciones de Defensa, es importante entender que la sola adquisición de la condición de reservista voluntario no determina la adquisición de la condición de militar por el sujeto. La resolución de nombramiento, por su parte, no origina para el interesado ningún género de relación de servicios con las FFAA, ni adquiere el mismo los derechos y deberes propios de un militar; como contrapartida, tampoco queda sometido a las leyes penales y disci-

plinarias militares. Los aspirantes que sean nombrados reservistas voluntarios, siguen siendo civiles, no militares (24).

El acceso a la condición de reservista voluntario determina únicamente la adquisición de un vínculo o sujeción con la Administración Militar que se basa en un «compromiso de disponibilidad» libremente asumido por el interesado. De este compromiso deriva, como obligación principal para el sujeto, la de tener que encontrarse dispuesto a incorporarse a las Fuerzas Armadas cuando sea requerido para ello (situación de disponibilidad), lo cual tendrá lugar no de un día para otro, sino siempre con una antelación mínima de un mes y por períodos limitados de tiempo. Es preciso tener en cuenta también que los límites concretos de esta disponibilidad del sujeto pueden ser modulados por él mismo, o pactados con la Administración Militar, si se quiere. La libertad para elegir períodos puede dar lugar a que el reservista se obligue a más, comprometiéndose a una incorporación con menor plazo de antelación o preaviso («disponibilidad inmediata») o a participar en misiones en el extranjero («disponibilidad exterior»); y puede también, en un sentido contrario, limitar hasta un máximo el período de tiempo anual que se compromete a permanecer incorporado, en el caso de ser activado, a las FFAA («disponibilidad limitada»), sin que dicho límite pueda ser inferior a un mes.

Como obligación accesoria y de carácter instrumental derivada del compromiso adquirido por el reservista Voluntario de encontrarse dispuesto a incorporarse a las Fuerzas Armadas, está la de someterse a un cierto control por parte de la Administración Militar, que se materializa en la obligación que pesa sobre el mismo, mientras permanezca en situación de disponibilidad, de comunicar a la Administración Militar sus cambios de domicilio a la Delegación de Defensa de la que dependa. Nada se establece cuando el domicilio pasa a estar en el extranjero, pero creemos que esta ausencia es fácilmente reconducible a la dependencia del reservista respecto de las oficinas diplomáticas y consulares del estado español fuera del territorio nacional.

F. LA ACTIVACIÓN DEL RESERVISTA VOLUNTARIO, QUINTA ESENCIA DEL SISTEMA DE RESERVA: MILITARES A TIEMPO PARCIAL

Por Ley, la Reserva Voluntaria debe permitir completar, cuando las circunstancias lo requieran, las capacidades propias de las Fuerzas Armadas,

(24) GARCÍA LABAJO, Juan M.: «Régimen jurídico de los reservistas voluntarios», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; pág. 492.

a la vez que garantizar el ejercicio del derecho y deber constitucional de todos los españoles de defender a España. Para que la Reserva Voluntaria constituya una organización y agrupación de personal realmente útil y eficaz, apta para su empleo tanto en circunstancias normales como en situaciones excepcionales, el proceso de activación debiera satisfacer no sólo la normativa vigente en cuanto a los requisitos para dicha activación sino también las propias exigencias específicas de cada caso, principalmente las derivadas de su rapidez operativa.

Un aspecto que conviene tener muy claro antes de seguir avanzando en este tema, es la diferencia entre el período de compromiso (que es fijado por la Administración Militar de manera unilateral, y que como hemos señalado es de tres años), y el período en el que el reservista declara su disponibilidad para ser activado. Aquí el Reglamento sobre Reservistas ha fijado una horquilla bastante amplia: un mínimo de un mes, que todo reservista está dispuesto a asumir como tiempo prestable a las Fuerzas Armadas en el caso de ser llamado, y un máximo de doce meses anuales. Entre este mínimo y el máximo es al reservista a quien corresponde elegir el número de meses que desea ser activado.

Asimismo es preciso distinguir el tiempo que el reservista declara estar dispuesto a ser activado y el hecho de que posteriormente, sea efectivamente activado. Aquí nos movemos en la incertidumbre que provoca la novedad de la figura, porque en efecto el compromiso firmado habla únicamente de «disposición a ser activado», pero ello no supone la obligación por parte de Defensa o el derecho por parte del reservista a ser activado. No obstante, creemos que el correcto desarrollo de esta figura debe dar lugar a que se produzcan activaciones reales, y que la figura no quede en una mera potencialidad (25). De nada serviría formar a un personal en la reserva si después no se hace uso del mismo.

La existencia del vínculo o compromiso de disponibilidad asumido libremente por los reservistas voluntarios habilita a la Administración Militar, durante todo el tiempo que dure el compromiso, para proceder eventualmente a la «activación» del reservista, incorporándolo de manera efectiva a las Fuerzas Armadas. Al reservista voluntario, una vez sea nombrado en el Boletín Oficial de Defensa, se le «podrá» activar periódicamente. De este «podrá» deducimos que no existe un derecho a ser activa-

(25) La posibilidad de ser activados, en con mucho, la mayor incógnita de todo el sistema de Reserva Voluntaria. Hasta ahora las únicas activaciones han sido puramente simbólicas: cuatro reservistas voluntarios del cuadro médico, que han participado en el contingente de ayuda español en el maremoto del Sudeste Asiático. (*Revista Española de Defensa*, enero de 2005).

do, ni siquiera de un número mínimo de días al año, independientemente del compromiso firmado. Pero de nuevo es preciso confiar en que la Administración Militar sabrá sacar el mejor partido de los reservistas nombrados, activándolos periódicamente.

a) Tres modalidades de activación; ordinaria, para instrucción y exterior

Podemos definir la activación como la decisión administrativa de exigencia del cumplimiento efectivo del compromiso adquirido por el reservista voluntario y puede hacerse con finalidades de instrucción y de servicio. A ambas situaciones corresponde un régimen jurídico-administrativo diferenciado, desde el punto de vista competencial, procedimental y temporal (26).

Por ello podemos hablar de tres tipos de activación diferentes:

1) Activación para el servicio u activación ordinaria

En el caso de ser activado para el servicio, el Reservista voluntario pasa a incorporarse a la Unidad, Centro u Organismo a la que corresponda la plaza ofertada y obtenida en su día por cada uno en la convocatoria de acceso. Esta «activación para el servicio» dependerá del nivel de cobertura que se quiera –o que se pueda– dar en cada momento a las plantillas de las distintas Unidades, Centros u Organismos de cada Ejército. En función de las necesidades de la defensa nacional, podrá acudir, cada vez que se estime conveniente, a la solución de cubrir con reservistas voluntarios el eventual déficit de personal existente en aquellas plantillas o, incluso, de aumentarlas con efectivos adicionales. En cualquier caso, la decisión de activación para el servicio no corresponde a cada UCO concreta, sino que corresponde apreciarla al Gobierno de la Nación a propuesta del Ministerio de Defensa. Asimismo corresponde al Gobierno autorizar la incorporación de reservistas y habilitar también los créditos extraordinarios o suplementos de crédito que se precisen para financiar el coste de esta aportación suplementaria de recursos humanos.

Que la decisión de activar depende del Gobierno y no de las UCO's resulta manifiesta por cuanto dicha autorización se hace de manera global,

(26) GARCÍA LABAJO, Juan M.: «Fundamento y finalidad de los reservistas voluntarios», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; pág. 485.

al aprobarse por el Gobierno la propuesta global sometida por el Ministro de Defensa, lo cual se hará por medio de Acuerdo adoptado en Consejo de Ministros, del que se informará al Congreso de los Diputados y en el que se especificará la cuantía de los efectivos máximos que se autoriza a incorporar, el plazo de tiempo en el que pueden llevarse a cabo las incorporaciones y el período de tiempo máximo de permanencia de los reservistas en situación de activado (27).

Una vez conocida la Autorización del Gobierno, los Jefes de Estado Mayor de cada Ejército, o el Subsecretario de Defensa en el caso de los Cuerpos Comunes, propondrán al Ministro de Defensa, para su aprobación, la relación de los reservistas voluntarios a incorporar y la distribución de los mismos entre los distintos períodos que se fijen. Ello no es más que una parte de la determinación global de las necesidades de recursos humanos existentes en cada Ejército, tarea que se extiende a las plantillas de reservistas voluntarios. El Mando de Personal, en coordinación con la Dirección General de Reclutamiento y Enseñanza Militar del Ministerio de Defensa participa en la planificación de las convocatorias para obtener el número de reservistas voluntarios aprobado por el Real Decreto de provisión de plazas de las Fuerzas Armadas. Finalmente, la Delegación de Defensa efectuará personalmente a cada uno de los interesados la preceptiva notificación de incorporación –con la antelación de un mes como mínimo–. Asimismo, al reservista se le notificará la fecha y el lugar en que habrá de presentarse para efectuar un reconocimiento médico, que deberá practicarse a los Reservistas Voluntarios cada vez que hayan de incorporarse para prestar servicio, con el fin de verificar que mantienen las condiciones psicofísicas (entendemos que habrán de ser las mismas) aplicables al personal de las Fuerzas Armadas.

El «servicio» al que hace referencia esta activación ordinaria no es otra cosa que la utilización de las FF.AA. en el desarrollo normal de sus actividades en territorio nacional junto con las derivadas de la participación española en Organizaciones internacionales y/o en misiones fijas fuera del territorio nacional. Para ello, las activaciones deberían producirse con relativa rapidez y en función de las necesidades puntuales de las Unidades, Centros u Organismos. Para que esto sea así, con antelación suficiente, cada UCO debiera poder expresar su previsión máxima de necesidades de personal reservista al respectivo Jefe de Estado Mayor o Subsecretario de Defensa, caso de los Cuerpos Comunes. Con esta cifra prevista, el Minis-

(27) GARCÍA LABAJO, Juan M.: «Fundamento y finalidad de los reservistas voluntarios», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; pág. 486.

terio de Defensa debiera calcular la partida económica correspondiente en función de la cuantía de dicho personal reservista, elevando al Consejo de Ministros, antes del final del ejercicio económico, su petición de aprobación de dicha activación y de los fondos económicos asociados.

A partir de enero de cada año las UCO's estarían en libertad legal de utilizar a conveniencia dicha cuantía de personal reservista, sin posibilidad de rebasar el máximo aprobado. Paralelamente, el Reservista que deseara agilizar su activación debiera hacer renuncia escrita al preaviso de antelación de un mes en ser activado. De la misma manera, debiera lograr de su empleador la renuncia al preaviso de quince días que establece la normativa laboral actual. Obviamente, estas renunciaciones serán de suma facilidad para reservistas en situación de desempleo, profesionales autónomos o propietarios de su propia actividad mercantil; en los restantes casos, deberá negociar con su empleador, con lo que la renuncia podrá verse reducida a plazos inferiores o, simplemente, ser inviable, volviendo a la situación de partida, no perdiéndose con ello nada diferente al momento presente. La ventaja de este planteamiento estriba en permitir un uso rápido del personal de la Reserva Voluntaria sin alterar lo más mínimo la normativa actual, ya que pretender su modificación en aras de una mayor flexibilidad puede resultar algo imposible o difícil de conseguir en plazos cortos.

2) *Activación para instrucción*

Junto a la activación para el cumplimiento de la plaza a la que el reservista fue asignado, que es, por así llamarlo, la «activación genérica», podemos hablar de «activación para instrucción», que dependerá del nivel de preparación que se quiera o se pueda dar a cada momento a los Reservistas Voluntarios, con vistas a su eventual utilización futura en el servicio activo. A este respecto, la Ley 17/1999 y el Reglamento sobre Reservistas establecen que existirán «*programas plurianuales con objetivos definidos y previsión de recursos económicos*», lo que supone la consiguiente consignación presupuestaria de las partidas correspondientes, para la participación de los reservistas voluntarios en ejercicios de instrucción y adiestramiento y para la asistencia de los mismos a cursos de formación y perfeccionamiento, incluida la actualización de conocimientos en relación al puesto asignado. A propuesta de los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos, o del Subsecretario de Defensa en el caso de los Cuerpos Comunes, dichos programas serán adoptados por el Ministro de Defensa, que es a quien compete autorizar la incorporación de reservistas voluntarios a las Fuerzas Armadas con

dichas finalidades de instrucción. Esta autorización ministerial se determina de forma genérica al aprobar los programas plurianuales. En una fase posterior, la relación de los concretos reservistas a incorporar, la distribución de los mismos entre los distintos períodos que se fijen y la duración de estos últimos las determinarán las autoridades militares competentes dentro de cada Ejército, o la Subsecretaría de Defensa en el caso de los Cuerpos Comunes. En ambos casos es preciso tener en cuenta dos condiciones: Una primera condición es temporal; en ningún caso podrán preverse incorporaciones que resulten superiores en total (esto es, aunque se hagan de forma discontinua) a un mes al año, para ejercicios y cursos o a siete días, cuando de lo que se trate sea de una simple actualización de conocimientos. La segunda condición no pasa de ser un *desideratum* del legislador: Habrá de procurarse, además, que tales actividades de instrucción y formación de los reservistas voluntarios coincidan con los períodos vacacionales o se fijen de mutuo acuerdo entre los interesados y sus empleadores.

Cuando en ejecución de una decisión de activación le llegue a cada reservista voluntario el momento de su incorporación, la notificación se le hará a través de su Delegación de Defensa, utilizando para ello los medios normales de notificación previstos en la Ley 30/1992. La única especialidad añadida por el Reglamento de Reservistas Voluntarios es que la notificación deba hacerse con la antelación suficiente de un mes.

La aspiración de lograr que la Reserva Voluntaria constituya por sí mismo un elemento reforzador de las capacidades propias de las FF.AA. no sólo forma parte de su definición legal sino que parece estar en el ánimo de todos, Mando y reservistas. Creemos que contribuiría fuertemente a ello el hecho que sus miembros pudieran realizar periódica y voluntariamente cursos ofrecidos al personal en activo, maniobras conjuntas encuadrados en sus respectivas unidades e, incluso, operaciones con unidades reservistas extranjeras, en igualdad de condiciones de exigencia y profesionalidad, de manera que dicha formación pudiera ser un dato positivo más a la hora de decidir su utilización en todas aquellas misiones en que deba contarse con personal preparado y apto para complementar las posibles carencias puntuales de plantilla profesional.

3) La activación para misiones en el extranjero o activación exterior

Denominamos de esta manera a las referidas a la utilización de las FF.AA. en situaciones extraordinarias en territorio nacional o en cualquier situación en el extranjero, excepto las derivadas de la participación admi-

nistrativa española en organizaciones internacionales y/o en misiones fijas fuera de España. Resulta obvio que en aquellos casos la activación corresponde al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa, cumpliéndose escrupulosamente con ello la normativa al efecto.

Si leemos de nuevo el modelo de compromiso que se firma antes de adquirir la condición de reservista voluntario, observamos que, además del tiempo máximo que el interesado desea ser activado, existe también la opción de ser activado para la participación en «misiones en el extranjero». Se trata de un supuesto especial de activación al que el legislador ha querido dar un tratamiento legal, específico y diferenciado. Con ello se permite que personal reservista voluntario pueda participar en alguna de las misiones que el Estado español está llevando a cabo en el extranjero, o en las que pueda desarrollar en el futuro. No es preciso que el reservista participe encuadrado dentro de su propia unidad de destino; puede hacerlo también encuadrado en alguna de las agrupaciones tácticas que se constituyan al efecto, en las misiones de las Fuerzas Armadas que se lleven a cabo en el extranjero, en cumplimiento de los acuerdos internacionales suscritos por el Estado español o para la colaboración en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Para ello, el reservista, en el momento de firmar el compromiso manifiesta:

- 1.º) Su voluntariedad (o no) para participar en misiones en el extranjero.
- 2.º) Puesto a concretar más, se permite también al firmante discriminar entre todo tipo de misiones exteriores –las que sean– o para alguna de aquellas que se encuentren en curso en el momento de suscribir el compromiso.

La posterior activación de reservistas para misiones en el extranjero dependerá de las necesidades específicas de cada misión, y sobre todo de los singulares requisitos o condiciones de preparación, especialización y experiencia que resulten exigibles o convenientes para el buen éxito de la misión.

La autorización que permite la incorporación de reservistas voluntarios a una misión determinada corresponde otorgarla al Gobierno de la Nación, al igual que en el caso de activación ordinaria para el servicio, estableciendo también el período o tiempo máximo de permanencia de los interesados en la situación de activado. Al Ministro de Defensa le corresponde determinar, a propuesta del Jefe del Estado Mayor de la Defensa, cuáles son los requisitos esenciales que hayan de reunir los reservistas voluntarios para ser incorporados. Posteriormente, los Jefes del Estado Mayor de cada Ejército, o el Subsecretario de Defensa, en el caso de los

Cuerpos Comunes, determinarán la relación de reservistas voluntarios que deban incorporarse y su distribución en los distintos períodos, turnos o rotaciones que se establezcan, de entre quienes cumplan esas condiciones especiales y con anterioridad hubieran manifestado su compromiso para participar en misiones en el extranjero. Existe también la posibilidad de que el reservista que en su momento hubiera manifestado su disposición negativa a participar en misiones en el extranjero, revoque dicha limitación ante su Delegación de Defensa en el caso de serle sugerida por su Delegación de Defensa la posibilidad de participar en misiones en el extranjero (28). En todo caso, el legislador ha querido que la activación exterior esté presidida por el principio de voluntariedad. Por ello, de manera inversa –y a pesar del silencio legal– pensamos que nada impide al reservista que hubiera manifestado su disponibilidad para ser activado para misiones en el extranjero, de revocar en cualquier momento dicha posibilidad.

b) La posibilidad jurídica de suspender la activación

En todo caso, y como nota común a las tres modalidades de activación, llama la atención el acentuado carácter «voluntario» que la activación tiene. Cuando el reservista sea llamado para la ser activado, podrá solicitar del Jefe del estado Mayor de su Ejército, o del Subsecretario de Defensa, en el caso de los Cuerpos Comunes, la suspensión de su incorporación a las Fuerzas Armadas, por concurrir alguna de las causas que la impida o la haga inconveniente. Dichas causas de suspensión son las enumeradas en el art. 22.3 del Reglamento:

«Artículo 22. Suspensión de la incorporación (...)

3. Podrá obtenerse la suspensión de incorporación por alguna de las siguientes causas:

a) Por ser necesaria la concurrencia del reservista voluntario al sostenimiento familiar.

b) Por embarazo de la reservista voluntaria o encontrarse en período de lactancia o por encontrarse disfrutando del correspondiente permiso de maternidad o, en su caso, de paternidad.

c) Por padecer el reservista voluntario enfermedad o limitación física o psíquica de carácter circunstancial.

(28) GARCÍA LABAJO, Juan M.: «Fundamento y finalidad de los reservistas voluntarios», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; pág. 487.

- d) Por enfermedad grave de su cónyuge, de persona ligada con análoga relación de afectividad, o de parientes por consanguinidad, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el segundo grado y los afines en primer grado, así como los acogidos de hecho y adoptados.*
- e) Por ser el reservista voluntario deportista de alto nivel.*
- f) Por razones de tipo laboral para consolidar un puesto de trabajo o por alteración sustancial de las condiciones del puesto de trabajo.*
- g) Por razones de tipo académico.*
- h) Por traslado de su residencia al extranjero.*
- i) Por desempeñar cargo público electo.*
- j) Por estar sometido a medida judicial o gubernativa que impida la normal incorporación.*

Como vemos, se trata de causas que recuerdan, y mucho, a las causas existentes en la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, sobre el servicio militar para prorrogar o paralizar la incorporación. Sin embargo, el sentido de las mismas es diametralmente opuesto. En primer lugar, y si bien es cierto que se trata de una lista tasada, la misma está redactada con una enorme amplitud, y contiene las razones que nos parecen suficientes como para paralizar una incorporación. Las «razones de tipo laboral» del apartado f), por ejemplo, son un ejemplo evidente de concepto jurídico indeterminado, que será preciso interpretar con generosidad. Asimismo existe una extensión considerable en el parentesco que permite la suspensión por enfermedad. También se incorporan algunos de los avances sociales (alusión a la adopción o al acogimiento de hecho, a la lactancia, al posible embarazo de la reservista o a los permisos de maternidad o paternidad). El carácter amplio de la posibilidad de suspender la activación se manifiesta también en la paralización automática (como medida cautelar) hasta el momento de dictarse resolución expresa (art. 22.2 del reglamento), lo que hace de esta disposición una de las más avanzadas de toda la legislación administrativa, sorprendente absolutamente su utilización en el ámbito militar, donde la Administración siempre supo cómo ejercitar su privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos. Para terminar, y por si fuera poco, en el caso de que la Administración Militar demore la respuesta, la suspensión se entenderá concedida por silencio administrativo positivo, otra *rara avis* de la legislación sobre procedimiento administrativo.

Hemos dicho que la solicitud de suspensión habrá de formularse antes de la incorporación. Sin embargo, el párrafo cuarto del art. 22 prevé la posibilidad de ejercitar la suspensión sobrevenida, una vez activado, por

los mismos motivos y con los mismos requisitos que la solicitud que se formula antes de la incorporación. Pero con una salvedad: en el caso de la suspensión sobrevenida no son de aplicación ni la paralización automática ni el silencio positivo, y ello con el fin de permitir una cierta estabilidad a las propias Fuerzas Armadas cuando el reservista se encuentre efectivamente activado.

El carácter voluntario de la activación del reservista se remacha con la posibilidad de que, incluso sin concurrir o justificar causa alguna, pueda éste pedir la resolución del compromiso o incluso dejar de presentarse al llamamiento, lisa y llanamente, perdiendo entonces su condición de reservista, pero sin que pueda obligársele a la incorporación. No se comepe por ello delito alguno (el pensamiento se nos va siempre al «prófugo»), ni tampoco falta administrativa de abandono del servicio, por la sencilla razón de que el reservista todavía no se encuentra incorporado a dicho servicio. Mientras el reservista siga siendo un civil, la «voluntariedad» del sujeto es la norma esencial. Algo que visto con un poco de perspectiva legislativa histórica, se sitúa en las antípodas del delito de deserción.

c) El contenido de la activación

En cuanto a los cometidos que deba cumplir el reservista activado en el supuesto de activación ordinaria, dichos cometidos estarán orientados a complementar y apoyar al personal en activo, y podrán ser los mismos que establecen para el empleo que el reservista tenga, la distinta normativa de cada Ejército o Cuerpo Común. En líneas generales, el reservista voluntario será activado para:

- a) Suplir las carencias de especialistas en determinadas áreas.
- b) Reforzar las capacidades de los Ejércitos en aspectos de seguridad y defensa.
- c) Reforzar la disponibilidad de personal en áreas concretas demandadas, específicamente en misiones para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional o en misiones derivadas de acuerdos internacionales suscritos por España.
- d) Contribuir al conocimiento de su Ejército, y de las Fuerzas Armadas en general por parte de la sociedad civil.

El contingente de Reservistas Voluntarios no puede constituir un elemento ajeno e independiente de los efectivos permanentes sino, muy al contrario, un complemento que incremente la capacidad del Ejército español. Con este criterio, similar al aplicado en los países de nuestro entorno,

la plantilla de reservistas debe ser estructurada. Por ello, tanto los Ejércitos como los Cuerpos Comunes, deberán contar con estructuras flexibles que permitan disponer de puestos de trabajo a los cuales se pueda incorporar el personal reservista voluntario, y que se podrían concretar en unos puestos predeterminados, donde los reservistas voluntarios se vayan relevando a lo largo del año (29).

Con el fin de establecer las posibles especialidades en las que encuadrar a los reservistas voluntarios, señala REQUEIJO PASCUA (30) la realización de un estudio comparativo en el marco de los países de la OTAN y referido al Ejército del Aire, sobre las áreas de trabajo que podrían cubrir los reservistas voluntarios. El estudio, que tiende a optimizar los recursos y a combinar idoneidad y economía, establece un total de quince posibles áreas:

1. Aquellas en las que hubieran trabajado durante el tiempo que permanecieron como personal en activo, en el caso de haber sido militares con anterioridad.
2. Tareas y cometidos afines a su experiencia y trabajo en la vida civil en el momento de ser activados.
3. Áreas relacionadas con la seguridad de las unidades e instalaciones.
4. Unidades de transporte aéreo y de reabastecimiento, en cometidos tales como la gestión y el control de la carga.
5. Servicio de automóviles, como conductores o escoltas.
6. Áreas muy concretas y específicas en calidad de expertos en los campos de traductores, sanitarios, gestión de crisis por accidentes naturales, evacuaciones de personas o en tareas logísticas de abastecimiento, mantenimiento y servicios.
7. Especialidades de ingeniería relacionadas con la reparación de edificios, pistas, obras civiles de infraestructura o instalaciones militares.
8. Trabajos técnicos en general, tales como la ingeniería aeronáutica, mecánica, electricidad, informática, etc.
9. Área de recursos humanos, en temas de reclutamiento, entrenamiento y gestión de personal especialista.
10. Temas de apoyo educativo.
11. Extinción de incendios, como supervisiones, y en general en aquellas tareas que impliquen colaboración o control de la población.

(29) REQUEIJO PASCUA, Javier y MÁRQUEZ MÁRQUEZ, Miguel: «Los reservistas voluntarios en el Ejército del Aire», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; pág. 497.

(30) REQUEIJO PASCUA, Javier y MÁRQUEZ MÁRQUEZ, Miguel: «Los reservistas voluntarios en el Ejército del Aire», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; pág. 498.

12. Área de fotoimpresión, inteligencia, etc.
13. Servicios de relaciones públicas.
14. Misiones de paz y de ayuda humanitaria de larga duración.
15. Finalmente, y de manera genérica, aquellas áreas en las que la experiencia del reservista o su edad hagan valiosa o eficaz su colaboración, como vínculo entre las Fuerzas Armadas y la sociedad civil.

De esta amplio listado se desprende que en la mayoría de los países en los que existen fuerzas de Reservistas Voluntarios de cierta entidad, éstos refuerzan al personal en activo en una gama muy amplia de actividades, y pueden suplir la carencia de especialistas militares en momentos puntuales. En todo caso, se ha optado, de manera lógica, por establecer que los Reservistas Voluntarios no puedan ocupar inicialmente destinos que impliquen Mando de la Fuerza.

Es a todas luces evidente que en el ánimo de los reservistas está prestar sus servicios a España de una manera global y desinteresada, de tal forma que su disponibilidad no se vea limitada por las necesidades de un determinado destino y, consecuente con ello, pueda ocurrir que, resueltas dichas necesidades, nadie recurra a sus servicios durante largos períodos. Dicho de otra manera, entendemos que la limitación exclusiva del reservista a su plaza o destino adquirido puede cercenar sus expectativas de disponibilidad. Creemos, por tanto, conveniente arbitrar la posibilidad que, ante necesidades excepcionales, también dentro del territorio nacional, aquellos que expresamente así lo hayan solicitado sean llamados para prestar sus esfuerzos, encuadrados en equipos voluntarios y volantes, de disponibilidad inmediata o cuasi-inmediata. Ello no solamente elevará su sensación de utilidad, sino que constituirá una excelente manera de formalizar su total voluntariedad y disposición con su compromiso, a la par que demostrará ante el pueblo español y sus superiores jerárquicos las ventajas de la Reserva Voluntaria, tanto en situaciones de emergencia civil como en operaciones militares.

No obstante todo lo anterior, creemos que la Reserva Voluntaria alcanzaría su máxima efectividad si fuese diseñada como un elemento completo en sí mismo, dotado de autonomía orgánica, de manera que pudieran formarse Unidades de Reservistas, tal como ocurre en países de nuestro entorno y en Estados Unidos, capaces de sustituir en tareas logísticas las carencias globales de personal derivadas de su desplazamiento a lugares donde en ese momento sean requeridos. Todo lo anterior sin perjuicio que fracciones menores de dichas unidades pudieran ejercer tareas más operativas, relacionadas con seguridad, defensa pasiva, protección civil, etc..., contando siempre con personal que voluntariamente solicite pertenecer a esas secciones y supere los requisitos de aptitud psicofísica establecidos.

Respecto a la fase de Activación, la exigencia sobre disponibilidad de los reservistas voluntarios y su entusiasta respuesta debiera ir en correspondencia con un mayor compromiso de las FF.AA. en cuanto a la prestación a realizar, de manera que cada reservista tuviera la seguridad que, periódicamente, fuera a ser activado por un tiempo mínimo, no tanto para la realización de períodos de instrucción y adiestramiento o asistir a cursos de formación y perfeccionamiento, ya contemplado en la normativa actual, sino para un desempeño real y con cierta continuidad de tareas consonantes con su especialización en la vida civil o en funciones extraordinarias.

La propia indefinición de algunos destinos y sus cometidos ha dado lugar a la aparición de sentimientos de insatisfacción entre algunos reservistas, más aún sabiendo que, en principio y salvo por cambio de residencia, dichas plazas son perpetuas. Procedería por tanto articular algún sistema que permita el traslado de destino, hecho, por otra parte, totalmente habitual entre el personal militar. Adicionalmente, salvo la carga burocrática, no vemos mayor inconveniente en la posibilidad de ofrecer cambios de destino e incluso aceptar permutas, de manera que paulatinamente pudieran verse satisfechas las aspiraciones de quienes han sentido cierta frustración a la hora de conjugar su especialidad o apetencias profesionales con la realidad práctica de los cometidos de su plaza.

Tampoco acertamos a ver la razón de incompatibilidad entre la condición de reservista voluntario y la pertenencia a la Guardia Civil o Cuerpo Nacional de Policía. De igual manera como sucede en otros países, principalmente en Estados Unidos, nos parece existe una total coherencia entre el desempeño profesional en esos Cuerpos y la participación periódica en cometidos de la Reserva Voluntaria.

G. DERECHOS Y DEBERES DEL RESERVISTA VOLUNTARIO

1. Derechos militares

a) *Derecho a Tarjeta de Identidad Militar (T.I.M.)*

Como derechos que siguen a la adquisición de la condición de reservista voluntario y que se tienen en la situación de disponibilidad, cabe señalar, en primer lugar, la expedición de la T.I.M. («Tarjeta de Identidad Militar»), que le es entregada con fines acreditativos de su condición de reservista voluntario y del empleo correspondiente. Obviamente, la T.I.M.

sólo será entregada una vez superadas las fases de formación militar básica y específica y producido el nombramiento del reservista como tal en el Boletín Oficial de Defensa. Como laguna del Reglamento queda la acreditación de la condición del «aspirante» a reservista voluntario, sobre todo en los períodos de realización de las formaciones militares básica y específica. Esta laguna se ha ido supliendo por los respectivos centros entregando a los aspirantes una tarjeta similar a la que se usa para el acceso a dichos UCO's, pero que no deja de ser una tarjeta de uso interno, que no puede acreditar la condición de militar del aspirante, condición que sí se tiene en los períodos de formación –por breves que los mismos sean–. Recordemos que el aspirante a Reservista Voluntario, mientras esté desarrollando su formación, es militar a todos los efectos, con los deberes y derechos que ellos supone. Precisamente la normativa que limita el uso del uniforme a instalaciones militares, justifica una mayor necesidad de disponer con la debida rapidez de la citada TIM como único medio de identificación y acceso con ocasión de acudir a instalaciones militares.

b) Derecho a vestir uniforme militar. El uso de distintivo de destino y emblemas

En segundo lugar, está el derecho a vestir uniforme o las prendas que se determinen en actos castrenses y sociales, ya sean estos de carácter oficial o particular (como una conmemoración militar a la que se les invite, o una boda). Se trata de una norma muy similar a la que contiene la Disposición Final 2.^a de la Ley 17/1999. Como señala GARCÍA LABAJO (31), la posibilidad del uso social del uniforme es un atractivo nada baladí, que el reglamento ha querido ofrecer como aliciente. En el resto de casos, el reservista vestirá uniforme militar en los mismos términos y condiciones que el resto de militares.

Sin embargo, en la práctica resulta notoria la parquedad del uniforme concedido a los reservistas Voluntarios, habiendo quedado limitada, en prendas externas, al uniforme de campaña, siendo así que en gran parte de destinos el personal militar profesional viste de manera diferente a la descrita. Si, adicionalmente, el propio Reglamento permite a los reservistas participar en actos representativos militares, donde el resto del personal viste de manera distinta a la de campaña, parece razonable proceder pau-

(31) GARCÍA LABAJO, Juan, M.: «Régimen jurídico de los reservistas voluntarios», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; pág. 493.

latinamente a dotar a los reservistas Voluntarios de aquellos elementos de uniformidad de los que carecen, previéndose, además, el pedido con la antelación suficiente para salvar las demoras en su entrega, cifradas en algunas ocasiones en más de tres meses.

Asimismo, corresponderá al reservista ostentar la divisa correspondiente a su empleo, así como los correspondientes emblemas, condecoraciones y distintivos, de conformidad con lo preceptuado en el Tratado tercero («De la disciplina»), título XII («Conceptos generales»), Artículo 293 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, se establece la necesidad de solicitar autorización previa para ostentar sobre el uniforme tales divisas, emblemas, condecoraciones y distintivos. Por tanto, tras el nombramiento en el BOD como Reservistas Voluntarios, quien desee llevarlas correctamente tiene que solicitar permiso previo.

Respecto al escudo propio de los reservistas voluntarios, desde la primera convocatoria se viene utilizando éste (32):

(32) Su descripción heráldica es la siguiente (hecha por Carlos RÍOS): *El cuartel horizontal superior, con la bandera de España de lado a lado, hace suponer el sentido general y abierto de todo RESVOL desde su original idea hasta las consecuencias finales que todo militar ha de tener en mente: el bien global y digno de nuestro suelo, gentes e integridad (aquí el lema de Pro Patria Pugno quedaría bien encuadrado y justificado). Los dos cuarteles a izquierda y derecha son algo más rebuscados pero creo que bien pueden dar lugar a una idea más desarrollada del espíritu y ser de todo RESVOL y su perfil humano-profesional. La espada con el pomo y punta en sentido inferior significa (acordaos del simbolismo de la «Excalibur» y el ciclo del Santo Grial) Paz (bien entendida y en sentido tradicional: progreso, seguridad, tranquilidad del espíritu, recuperación, aunque siempre alerta de el arma ser utilizada si esa paz se ve alterada por la injusticia; también la Justicia en su emblemática también puede portar espada –normalmente también boca abajo– y la cruzeta de la misma ser una útil balanza de peso de equidad). Muy bien pudiera significar el normal estado de personal civil, de la profesión que los Reservistas tengan en la vida civil, para finalmente «utilizarla» en el servicio de armas. El fondo de esta espada –pomo dorado que significa sacralidad, edad áurea, equilibrio del espíritu...– es ajedrezado, y como también utiliza la heráldica militar actual indica enseñanza, fases del aprendizaje, por qué no, los estudios o formaciones actuales o futuras.*

La espada apuntado al aire, la espada del cuartel derecho, «despegada» de la tierra que la acogía pacíficamente, mirado su punta (que se sobrepone, sin duda adrede, sobre la

Pensamos que este escudo es el que se utilizará como distintivo de destino en la manga derecha del uniforme, pues es el que muestra la pertenencia a una Unidad, Centro u Organismo del Ejército, en este caso a la reserva Voluntaria. Está también en estudio la creación de un emblema propio de los Reservistas Voluntarios, posiblemente un óvalo, con la inscripción «R.V». No deja de resultar criticable y hasta en cierta medida fruto de la improvisación que a fecha de hoy los reservistas voluntarios sigan sin contar con un emblema específico, como cualquier otro Cuerpo del Ejército al que pertenezcan. No asignar al reservista Voluntario ninguna insignia de Armas específicas parece un error estratégico grave, ya que la potencial designación en un Arma o Cuerpo determinado es importante para determinar por una parte el perfil profesional como militares eventuales y por otra, la ligazón del reservista Voluntario con su Arma específica, como el resto de los militares profesionales o de complemento. No obstante, se trata de una cuestión de detalle que es de esperar sea rectificada, ya que le daría una idiosincrasia más insertada en el ámbito de los empleos y divisas militares.

Al día de la fecha, en el caso del Ejército de Tierra parece ser no hay nada dispuesto sobre la adscripción de los reservistas Voluntarios a un Arma o Cuerpo determinado, ni, por tanto, sobre qué emblemas asociados deberán portar; tampoco parece estar definido el distintivo característico de la Reserva Voluntaria. Un posible criterio sería el de no establecer diferencia externa alguna entre el Reservista Voluntario y el Militar Profesional, de manera que no puedan generarse situaciones indeseadas que afecten a la disciplina y al mantenimiento de la línea jerárquica inherente a cualquier actividad en el seno de las FF.AA. No obstante, si la decisión final estableciera el uso obligatorio de un distintivo, sugerimos como más adecuado, sencillo e intuitivo el diseño de dos letras R y V entrelazadas, a semejanza del antiguo emblema de la Guardia Civil, a portar exclusivamente en solapas, cuello de camisa y galleta de uniforme de campaña.

bandera española horizontal inicial) a la parte superior, todo ello haciendo juego en contrario con su cuartel acompañante, jugando a la heráldica de los «pares opuestos» (como en algunas barajas españolas tradicionales consta el «2» de espadas) o como diría un orientalista en «yin-yan», viene a significar finalmente la aportación activa por parte de los reservistas al noble servicio de armas, sobre un fondo rojo-sangre, que no se debe interpretar únicamente con el consabido riesgo del pugno. El fondo de «gules» según la complicada simbología de la heráldica general implica de entrada hidalguía, nobleza de los actos, ejercicio del riesgo de la armas, la posibilidad de derramar esa sangre que tenemos en la vida y que se puede entregar en la muerte: de ahí sin duda el arma en ristre dispuesta a ser usada, a diferencia del arma en estado pasivo (la vida civil y profesional) de cuartel izquierdo.

Igualmente, planteamos como solución aceptable la adscripción a un Arma o Cuerpo en función de aquella a la que pertenezca mayoritariamente el personal militar profesional de cada destino. Por tanto, debieran formalizarse ambos extremos con celeridad, de manera que, ante cualquier activación, tengamos claro los emblemas a llevar correspondientes a los diversos tipos de uniformidad de cada Ejército.

c) Derecho a honores y méritos al licenciamiento

Una vez cumplido el compromiso temporal adquirido en su día, los reservistas voluntarios recibirán a su licenciamiento el título honorífico de Oficial, Suboficial o Soldado o Marinero honorario del Ejército o Cuerpo Común respectivo en el que hubieran estado integrados, quedando en virtud de este nombramiento adscritos por dicho vínculo de honor a la Unidad, Centro u organismo en que hubieran servido, a cuyos actos y ceremonias militares propias podrán asistir en su sucesivo, como expresión de su identificación afectiva y patriótica con la misma (33).

La frase «Concesión del título honorífico de Oficial, Suboficial o Soldado» se refiere al artículo 25 del Real Decreto 1691/2003 de 12 de diciembre de 2003, por el que se aprobaba el Reglamento de acceso y régimen de los reservistas voluntarios. En su artículo 25 indica –títulos honoríficos– que al cesar en la condición de reservista voluntario tras los quince años de compromiso se otorgará el título honorífico de oficial, suboficial o soldado.

2. DERECHOS ECONÓMICOS DE LOS RESERVISTAS VOLUNTARIOS: INDEMNIZACIÓN, EN LAS FASES DE FORMACIÓN Y SUELDO, EN LOS PERÍODOS DE ACTIVACIÓN

a) Derecho a percibir una indemnización por los períodos de formación militar básica y específica

Respecto a la cuantía económica percibida por los aspirantes a reservistas, durante las diferentes fases de formación, podemos decir que se trata de una indemnización en función del salario mínimo interprofesional según el empleo al que se aspire:

(33) GARCÍA LABAJO, Juan, M.: «Régimen jurídico de los reservistas voluntarios», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; pág. 495.

Empleo al que aspira el reservista voluntario	Indemnización
Tropa o Marinería (Soldado o Marinero)	2 veces el salario mínimo interprofesional
Suboficial (Sargento)	2,5 veces el salario mínimo interprofesional
Oficial (Alférez o Alférez de Fragata)	3 veces el salario mínimo interprofesional

Como vemos, se ha optado por denominar indemnización a las cantidades económicas percibidas por el aspirante a reservista. Ello supone la plena compatibilidad de las mismas con la percepción simultánea de un sueldo en la Administración Pública, por ejemplo, sin que surjan problemas de incompatibilidad generados por la Ley 53/1984. Esto es importante recalcarlo porque el régimen jurídico de la formación militar es radicalmente distinto al de la activación. En efecto, la indemnización es compatible con el sueldo, pero es tarea del reservista hacer coincidir los períodos de formación con sus propios períodos vacacionales, por ejemplo, pues esta es una de las principales lagunas del Reglamento sobre Reservistas. Al igual que para el período de activación se prevé la reserva del puesto de trabajo (o el pase a la situación de servicios especiales, en el caso de funcionarios públicos), nada se prevé para los períodos de formación militar.

b) Derecho a la percepción de retribuciones por la activación

Como cualquier otro personal de la Administración del Estado, los reservistas voluntarios que se encuentren activados percibirán las mismas e idénticas retribuciones que las correspondientes al personal militar profesional de su mismo empleo. Hablamos de retribuciones y no de «sueldo», porque jurídicamente, el sueldo sólo es una parte –y no la mayor– de la remuneración total que se percibe. Sobre este punto, volvemos a insistir en la necesaria distinción de estos devengos, que efectivamente son «retribuciones», con los percibidos en las fases de formación, que únicamente eran «indemnización». También existe el derecho a efectuar por cuenta del Estado los correspondientes viajes de ida y vuelta para su incorporación a la UCO al que hayan de ser asignados (o al extranjero, si se trata de una activación exterior).

Se plantea qué sucede con los reservistas que sean activados para desarrollar ejercicios de adiestramiento o para asistir a cursos de formación y perfeccionamiento. La brevedad en el tiempo de este tipo de activación (un

máximo de un mes al año para instrucción y una semana para cursos de formación) y el hecho de que durante este tipo de incorporación los interesados no presten propiamente servicio alguno, ha llevado legal y reglamentariamente a optar por la solución de que no perciban retribuciones, sino «indemnización», al igual que en las fases de formación militar previas a la adquisición de la condición de reservista, con el fin de resarcir del daño o perjuicio que les cause su incorporación a las Fuerzas Armadas. Por fugaz que sea, lo normal es que no puedan simultañarlo con sus ocupaciones habituales, además de exigirles, en cualquier caso, el tener que dedicar su tiempo y esfuerzo personal a estas actividades de instrucción y formación. Las indemnizaciones son exactamente las mismas que las previstas para las fases de formación militar (Oficiales, 3 veces el SMI; Suboficiales, 2,5 y Tropa y Marinería el doble del SMI).

3. DERECHOS SOCIALES DE LOS RESERVISTAS VOLUNTARIOS

a) Derecho a Seguridad Social

Además del derecho a percibir una retribución, durante el período de activación los reservistas voluntarios estarán cubiertos por la acción protectora del sistema de Clases Pasivas del Estado y del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. El ISFAS les prestará, tanto a los propios reservistas como a los beneficiarios a su cargo, el acogimiento y amparo ante las diversas contingencias protegidas por el sistema de cobertura. En la práctica, la cobertura por parte del ISFAS también se ha extendido a los períodos de formación militar básica y específica.

Con todo, el Reglamento nada dice sobre el derecho del titular y familiares de primer grado a ISFAS y/o Sanidad Militar durante todo el tiempo de compromiso, con independencia de la situación de actividad que se mantenga en ese momento, estableciéndose, en su caso, las cuotas a abonar por dicho concepto correspondientes al titular y al Estado.

b) Derecho al cómputo como mérito del tiempo prestado como reservista voluntario

Una de las preguntas con las que cualquier reservista voluntario suele encontrarse en su vida cotidiana es la de ¿Y eso del reservismo para qué

sirve? Materialmente hablando, podemos decir que el tiempo prestado como reservista voluntario se considera como mérito para el acceso a las Fuerzas Armadas, pero también a los Cuerpos, Fuerzas, Escalas y Plazas de todas las Administraciones Públicas en general, como personal funcionario o laboral, en todos los supuestos en que las funciones correspondientes guarden relación con los servicios prestados. Para la cuantificación de estos beneficios concedidos a los reservistas voluntarios a efectos de su acceso al empleo público no sólo resultan computables los limitados períodos en que hubieran sido activados, sino todo el tiempo de duración de su compromiso. Si bien es cierto que sólo durante el período de activación se presta efectivamente servicio, no cabe desconocer que el reservista voluntario adquiere un compromiso de disponibilidad, de manera que aún en el tiempo en que no presta servicio, está a disposición de las Fuerzas Armadas y sujeto a una eventual incorporación, con lo que se hace acreedor, por razón también de este período, a dichos beneficios, que están por ello pensados con la intención de persuadir a la juventud y fomentar el reservismo voluntario entre la misma (34).

En todo caso, como puede comprobarse, el tiempo prestado como reservista voluntario únicamente es mérito para el acceso a las Administraciones Públicas. En otros ámbitos civiles la validez del tiempo prestado como reservista es más difusa, pero nada obsta a considerarlo un mérito curricular incluíble de la misma manera que los hacen los soldados profesionales que ponen fin a su compromiso con el Ejército.

4. DERECHOS LABORALES

Existen una serie de derechos complementarios, copiados de la normativa sobre el servicio militar, que tienen trascendencia y eficacia jurídica en los ámbitos laboral, social y académico. De esta manera, se establece que los reservistas activados que se incorporen a las Fuerzas Armadas tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaban antes de la incorporación o a uno de similares condiciones y de igual remuneración en la misma empresa y localidad, sin que vean además perjudicadas en ningún caso sus posibilidades de promoción profesional en la empresa y, permaneciendo el trabajador, en cuanto al régimen de la Seguridad Social, en situación asimilada a la de alta, con la consiguiente suspensión

(34) GARCÍA LABAJO, Juan, M.: «Régimen jurídico de los reservistas voluntarios», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; pág. 495.

de la obligación de cotizar para el empresario. Para hacer más formal estas obligaciones legales (que en lo general, serán poco o nada conocidas por los empleadores), el Reglamento establece que las Delegaciones de Defensa comuniquen la situación de actividad a las empresas o empleadores. Para ello el reservista, ya en la fase inicial de concurso de méritos, facilita a la Administración Militar los datos y dirección de la empresa para la que trabaja.

En el caso de tratarse de funcionarios públicos, éstos pasarán a la situación de servicios especiales. Esta es una de las mayores ventajas que la Administración ha decidido otorgar a sus propios trabajadores para facilitar el acceso a la condición de reservista voluntario, pues el pase a la situación de servicios especiales, regulada en el art. 29.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública es la situación administrativa reservada para aquellos funcionarios que pasan a desempeñar deberes de inexcusable cumplimiento, como ser elegidos para cargos electivos, para órganos constitucionales del Estado o para cargos de designación política. En la situación de servicios especiales –que es lo que nos interesa– al funcionario se le computará el tiempo que permanezca en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos, y tendrán derecho a la reserva de plaza y destino que ocupasen. En todos los casos recibirán las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeñen (la del empleo militar correspondiente) y no las que les correspondan como funcionarios, sin perjuicio del derecho a la percepción de los trienios que pudieran tener reconocidos como funcionarios. Estamos, como ya se ha dicho, de un ámbito en el que la Administración Pública ha querido extender todas las garantías para sus funcionarios. Sin embargo, del tenor legal del Reglamento de reservistas, el pase a servicios especiales sólo queda reservado a los funcionarios *stricto sensu*, esto es, a los funcionarios de carrera (definidos en el artículo 4.º de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964), quedando excluido el personal laboral y el interino, para el cual no existe esa reserva a puesto de trabajo. Respecto del personal laboral, abogamos por una interpretación amplia del concepto de «funcionario», como ya se hace en otros tantos ámbitos, que permita aplicar a estos el derecho a la reserva de puesto de trabajo. Respecto al personal interino, y como ya estableciera la jurisprudencia dictada sobre el servicio militar, no existe reserva alguna de puesto de trabajo, y ello por la especial vinculación del interino, «*que, por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera*» (Art. 5.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964).

5. DERECHOS ACADÉMICOS

Finalmente, y continuando con la herencia de la legislación sobre el servicio militar, cuando el reservista se encuentre estudiando, tendrá derecho a la reserva de plaza en el centro en el que estuviera cursando sus estudios. Y ello con independencia de si se trata de un centro educativo público o privado, y de una enseñanza obligatoria o no.

Por último, para cerrar este apartado referido a los derechos sociales, creemos que el Reglamento debería contemplar el derecho del Reservista y sus familiares de primer grado a la utilización de Residencias logísticas y de Acción Social, Colegios Mayores, Instituciones militares de enseñanza primaria, secundaria y campamentos de verano e instalaciones vacacionales y deportivas militares, de acuerdo con la normativa al respecto en cuanto al orden de prelación y asignación de tales plazas. A tal efecto, bastaría que la Dirección de Asistencia al Personal –DIAPER– incluyera específicamente la figura del reservista, esté o no activado, como beneficiario de sus ofertas.

6. DEBERES DEL RESERVISTA VOLUNTARIO ACTIVADO

La efectiva activación del reservista implica que éste adquiere la condición de militar, quedando sujeto a los mismos derechos y deberes, en general, que el personal militar profesional de su mismo empleo, con sumisión a las leyes penales y disciplinarias militares. Precisamente en aras de la seguridad jurídica, la efectividad de este cambio en la situación del reservista (que de civil pasa a ser militar), se hace depender de la firma de un «documento normalizado» en el que se le notifica de manera clara el pase a la situación de activado, a partir de cuyo momento surte dicho cambio plenitud de efectos legales. Además, con carácter previo a la firma de este documento, es preciso que el interesado supere de nuevo un reconocimiento médico, que está previsto que se le practique cada vez que haya de ser activado, tanto para supuestos de activación normal como para los casos de activación para misiones en el extranjero.

Militarmente, los reservistas voluntarios se hallan encuadrados en el Ejército de Tierra, la Armada o el Ejército del Aire, o bien en alguno de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas al que corresponda la plaza obtenida en la convocatoria de acceso. Dicha plaza resulta en principio determinante del empleo que ostente el aspirante. El empleo que obtengan los reservistas voluntarios en el momento de su ingreso será el que ya

ostenten durante todo el tiempo de duración de su compromiso. Dicho de otra manera, a diferencia de lo que acontece con los reservistas de otros Estados, no se prevé en el sistema de reserva voluntaria española la posibilidad de ascenso a empleos superiores, ni la expectativa de ninguna «trayectoria de carrera» dentro de la reserva voluntaria (35).

Con todo, para que la Reserva Voluntaria o las Unidades de Reservistas, en su caso, alcancen entidad propia y constituyan un constante objeto de motivación para la sociedad española, debería establecerse un sistema de promoción por ascensos, de igual manera al existente para la escalas profesionales. Creemos que un paralelismo con la Escala de Oficiales, con la de Suboficiales y con el sistema de ascenso de los Militares Profesionales de Tropa o Marinería, según cada categoría de Reservistas. Ello resultaría altamente eficaz para los fines descritos y contribuiría tanto al perfeccionamiento profesional como a la motivación y satisfacción por pertenecer a las FF.AA. en la modalidad de reservista voluntario. Como continuación a este planteamiento, debiera posibilitarse la realización de una carrera propia militar en la Reserva Voluntaria, una vez más, siguiendo el ejemplo de países de nuestro entorno y Estados Unidos. Resulta contradictorio, en cuanto a la óptima utilización de los conocimientos del personal reservista, limitar su permanencia a quince años de vinculación con las FF.AA. con independencia del grado de activación que hayan sufrido en ese período. Si dicho número de años obedece a limitaciones relacionadas con los derechos pasivos generados por cualquier tipo de relación con la Administración, lo lógico es contabilizar tiempo de servicio efectivo, es decir, «tiempo activado» y no «tiempo a disposición de una hipotética activación», hecho que lo mismo pudiera darse con frecuencia o, por el contrario, no producirse en momento alguno de dicho período. Por otra parte, constituirá en el futuro una pérdida de provecho para las FF.AA. que personas con 40 años de edad, por citar un ejemplo, deban pasar a la condición de Reservista Honorario –caso de haberse incorporado con 25 años– mientras que otros puedan vincularse a la Reserva Voluntaria precisamente con edades superiores a la citada. Todo lo anterior sin perjuicio que pudiera establecerse una línea de acceso desde la Reserva Voluntaria a las FF.AA. profesionales, restringida y minoritaria, si así se quiere y con todas las salvaguardas que se estime procedentes en la selección de personal, pero que, de alguna manera, permita reclutar con carácter permanente a aquellos reservistas excepcionales que hayan demostrado rendir un estimable resultado dentro de los Ejércitos.

(35) GARCÍA LABAJO, Juan, M.: «Régimen jurídico de los reservistas voluntarios», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; pág. 494.

Sin embargo, y a pesar de las consideraciones anteriores, lo cierto es que con el Reglamento de Reservistas en la mano, el empleo al que se accede es y será un compartimento estanco para el reservista. Por otra parte, como el acceso se hace en función de la titulación exigida, en caso de contar con una titulación que de acceso a un empleo superior que el que en su día se obtuvo, la única manera de acceder al mismo es renunciar a la condición de reservista e iniciar una nueva selección. Asimismo, creemos que con esta posibilidad se acota definitivamente la posibilidad de crear algún tipo de «puerta falsa» para el acceso a la condición de militar, que resultaría enormemente discriminatorio para los militares de carrera profesionales.

La única posibilidad de ostentar un empleo superior como reservistas voluntarios queda reservada a quienes con anterioridad hubieran servido en las Fuerzas Armadas, permitiéndoseles mantener el empleo que entonces hubieran alcanzado. Para ello fue preciso –como para las edades máximas– modificar la redacción originaria de la Ley 17/1999, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, lo que también se hizo a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, (una semana posterior en el tiempo al propio Reglamento sobre reservistas). Ello se hizo con el fin de fomentar la reincorporación temporal de exmilitares a las Fuerzas Armadas por la vía de acceso a la condición de reservista voluntario, lo que resulta de enorme interés para el Ejército, en la medida en que aportan toda la experiencia anterior, a la vez que supone un considerable ahorro de recursos respecto a la formación de los mismos. En este sentido podemos decir que la figura del reservista voluntario cumple mejor que ninguna otra, los criterios constitucionales de eficacia y eficiencia económicas. Se trata de un personal que, por su carácter voluntario, será un personal militar muy motivado, estará adiestrado por su trabajo en la vida civil y será activado cuando las circunstancias lo aconsejen (36).

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE SCANDELLA, Joaquín: «Procesos de selección y formación para el acceso a la condición de reservista voluntario», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; págs. 488 a 491.

(36) REQUEIJO PASCUA, Javier y MÁRQUEZ MÁRQUEZ, Miguel: «Los reservistas voluntarios en el Ejército del Aire», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; pág. 496.

- ALCANTARILLA HIDALGO, F.J.: «La naturaleza contencioso-administrativa del procedimiento contencioso-disciplinario militar: incidencia de la Ley 29/1998, de 13 de julio», en *Justicia Administrativa-Revista de Derecho Administrativo*; n.º 14; enero 2002.
- ALLI TURRILAS, Juan Cruz: *La profesión militar: análisis jurídico tras la Ley 7/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas*; Instituto Nacional de Administración Pública; Madrid, 2000; 680 págs
- ASENSIO GÓMEZ, José Luis: «Las fuerzas de reserva. La reserva voluntaria», en *Revista de Aeronáutica y Astronautica*; junio 2004; págs. 481 y 482.
- CARLÓN RUIZ, M.: «La paradójica garantía comunitaria del acceso de las mujeres al Ejército alemán (Comentarios a la STJ de las CC.EE. de 10 de enero de 2000)», en *Revista de Administración Pública*; n.º 154; enero-abril 2001.
- CASADO BURBANO, Pablo: *Iniciación al Derecho constitucional militar*; Ed. Revista de Derecho Privado; Madrid, 1986; 163 págs.
- Código militar: organización y régimen jurídico, disciplinario, penal y procesal*; edición preparada por Javier MEDINA GUIJARRO, Manuel PACHECO MANCHADO, y Juan José TORRES FERNÁNDEZ; Ed. Aranzadi, 1999, 891 págs.
- COTINO HUESO, Lorenzo: *La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas del siglo XXI*; presentación de Remedio SÁNCHEZ FERRIZ; Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid, 2000, 134 págs.
- Diccionario terminológico básico de la intervención militar*; Ministerio de Defensa, Intervención General de la Defensa. Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica; Madrid, 2000; 196 págs.
- ESCRIBANO TESTAUT, Pedro: La carrera militar tras la Ley 17/1999, en *Revista Española de Derecho militar*; n.º 71 (enero-junio de 1998).
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: «El nuevo régimen jurídico de los militares profesionales: la ley 17/1999, de 18 de mayo», en *Revista Española de Derecho militar*; n.º 74 (julio-diciembre de 1999); pág. 11.
- GARCÍA LABAJO, Juan M.: «Fundamento y finalidad de los reservistas voluntarios», en *Revista de Aeronáutica y Astronautica*; junio 2004; pág. 483 a 487.
- GARCÍA LABAJO, Juan, M.: «Régimen jurídico de los reservistas voluntarios», en *Revista de Aeronáutica y Astronautica*; junio 2004; págs. 492 a 495.

- GIL GARCÍA, Olga: *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*; prólogo de Alejandro Ruiz-Huerta Carbonell; Ed. Marcial Pons; Madrid, 1999; 243 págs.
- GUZMÁN MUÑOZ, Ignacio J. de: «Atipicidad de las conductas relativas a los deberes de presencia de los extintos militares de reemplazo: sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero, de 18 de junio de 2003», en *Revista Española de Derecho militar*; n.º 82 (julio-diciembre de 2003).
- HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, Francisco Javier: «Estudio criminológico del delito de abandono de destino o residencia del militar profesional. Interacción de la psiquiatría forense», en *Revista Española de Derecho militar*; n.º 82 (julio-diciembre de 2003).
- JIMÉNEZ VILLAREJO, José: «Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española», en *Revista Española de Derecho militar*; n.º 79 (enero-junio de 2001); pág. 445.
- Justicia militar*; Ed. Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica; 4.ª ed.; Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica; Madrid, 2001; 560 págs.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas* (Prólogo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA); Ed. Centro de Estudios Constitucionales; Madrid, 1987; 440 págs.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Director): *La función militar en el actual Ordenamiento constitucional español*; Ed. Trotta, Academia General Militar, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales «Lucas Mallada», Madrid, 1995, 646 págs.
- «Militares a tiempo parcial», en *Revista Española de Defensa*; febrero de 2004; págs. 6 y 7.
- MILLÁN GARRIDO, Antonio: *Objeción de conciencia y prestación social*; Ed. Trivium; 1.ª edición, octubre de 1992; 125 págs.
- MILLÁN GARRIDO, Antonio (Director): *Justicia Militar*; Ed. Ariel; Col. Códigos; 3.ª edición, 2003; 870 págs.
- MUÑOZ ALONSO, José Manuel: *Derecho administrativo militar*; Vol. I: Introducción y organización administrativa; Madrid, 1989; 325 págs.
- MUÑOZ ALONSO, José Manuel: *El servicio militar. Perspectiva histórica. Derecho histórico. Sistemas de reclutamiento. Derecho vigente*; Ed. Dijusa; Madrid, 1995; 319 págs.
- NEVADO MORENO, Pedro Tomás: *La Función Pública militar*. Prólogo de Miguel Domínguez-Berrueta y Estudio Preliminar de Ramón Parada Vázquez; Editorial Marcial-Pons; Madrid, 1997; 531 páginas.

- PEÑARRUBIA IZA, Joaquín M.^a: *Presupuestos constitucionales de la función militar*; Prólogo de Luis COSCULLUELA MONTANER; Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid, 2000.
- PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María: «Las principales decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el personal militar», en *Revista Española de Derecho militar*; n.º 79 (enero-junio de 2002)
- PÉREZ SERRANO JÁUREGUI, Nicolás: *Ley del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas; trabajos parlamentarios*; Ed. Cortes Generales; Madrid, 2000; 1464 págs.
- PÉREZ VILLALOBOS, M.^a Concepción: «La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas», en *Revista Española de Derecho militar*; n.º 78 (julio-diciembre de 2001); pág. 143.
- PUELL DE LA VILLA, Fernando: *Historia del Ejército en España*; Ed. Alianza Editorial; Colección Historia y Geografía; 1.^a reimpresión; Madris, 2003; 309 págs.
- REQUEIJO PASCUA, Javier y MÁRQUEZ MÁRQUEZ, Miguel: «Los reservistas voluntarios en el Ejército del Aire», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*; junio 2004; págs. 496 a 502.
- SECO SERRANO, Carlos: *Militarismo y civilismo en la España contemporánea*; Ed. Instituto de Estudios Económicos; Colección Tablero; Madrid, 1984; 458 págs.
- TRONCOSO DE CASTRO, Antonio y VIÑAS GISMERO, Miguel Ángel: *Código de leyes Militares concordadas y con jurisprudencia*, Ed. Dilex; agosto de 2000, 1161 págs.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL MILITAR MEXICANO

Renato de J. Bermúdez F.

SUMARIO

1. Introducción al tema. 2. Siglo XIX o México Independiente: A. Etapa de 1821 a 1857. B. La reforma. C. Influencia doctrinal: *a)* Aspecto positivo. *b)* Aspecto negativo. 3. Siglo XX o México Contemporáneo: A. Primera etapa: *a)* Restablecimiento de la legislación porfirista. *b)* La jurisdicción marcial y los delitos federales. B. Segunda etapa. C. La tercera etapa. 4. Bibliografía. 5. Legislación: *a)* Códigos y Ordenanzas Militares. *b)* Códigos penales del fuero común y federal.

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA

En forma en extremo sintetizada hemos considerado pertinente dar a conocer lo más trascendente sobre la evolución histórica de nuestro Derecho penal castrense; el cual, como señala el maestro don Francisco Schroeder Cordero, es la porción más conocida del Derecho Militar, pero desde luego, ni la única ni la más importante. Habida cuenta que el Derecho Marcial para su estudio se divide en diferentes ramas, y todas ellas, resultan relevantes (1).

Podemos aseverar que el Derecho militar mexicano se remonta a tiempos anteriores a la conquista hispana, época en donde encontramos abun-

(1) Schroeder Cordero, Francisco Arturo: *Diccionario Jurídico Mexicano*, Voz: Derecho Militar. Editorial Porrúa, Octava edición, México, 1996. Mismo autor, en *Concepto y Contenido del Derecho Militar*. Editorial Stylo. México, MCLXV. p. 152

dante información sobre los delitos, delincuentes y penas marciales, básicamente, referidos al pueblo azteca; lo cual nos permite afirmar, que en dicho grupo étnico ya aparece configurado un verdadero Derecho penal militar. Sobre este importante asunto el historiador don Francisco Javier Clavijero, nos hace saber que, innumerables conductas dentro de la milicia se consideraban como actos ilícitos y se sancionaban de manera en extremo drástica, tales como la traición al rey, el uso de las insignias o armas reales, el hostigamiento al enemigo sin órdenes superiores, la incitación al pueblo para crearle conflictos al rey, y otros actos similares más; la mayoría de los cuales se sancionaban con la pena de muerte, aun cuando la forma de ejecutarla era diferente para cada caso (2).

Con posterioridad, tenemos la importante etapa colonial, en donde encontramos diversas leyes y ordenanzas que existieron en dicho y trascendental período de la evolución del país, tales como las poco conocidas, pero muy nombradas Ordenanzas de Hernán Cortés, emitidas en Tlaxcala y Coyoacán, respectivamente; en donde se sancionaba a los soldados que cometían actos en contra de la disciplina, considerándose como tales, la apropiación del botín o los malos tratos a los vencidos. A continuación aparecen las Leyes de Indias, en donde encontramos importantes disposiciones castrenses, tanto para las fuerzas de tierra, como para las actividades marineras. Posteriormente, debe mencionarse la codificación militar hispana que se aplicó en América; y de manera relevante nos referimos a las Ordenanzas militares y navales de 1768 y 1793, respectivamente. Disposiciones legales que contenían entre otros muchos asuntos, la materia penal castrense; y que continuaron vigentes, en nuestro territorio y el de otros países hispano americanos, durante largo tiempo después de obtenida la emancipación política de todos ellos y de lo que hoy es nuestra Patria.

Empero, el análisis respecto de los principales antecedentes históricos sobre la legislación y literatura jurídica militar mexicana, necesariamente, se debe iniciar a partir de la segunda década del Siglo XIX, para concluirlo en los tiempos actuales. Así, para el estudio y los comentarios con respecto de los ordenamientos jurídico marciales correspondientes a la época decimonónica, deben tomarse en consideración dos etapas perfectamente diferenciadas: la fase inicial como nueva entidad política, a la cual hemos denominado período post Virreinal, y la época de la Reforma.

En cuanto al Siglo XX, mismo que acaba de concluir; éste puede ser dividido también en dos grandes etapas: la Revolucionaria, que transcurre

(2) Clavijero, Francisco Javier.- Historia Antigua de México. Editorial Porrúa, tomo II, México, 1987, págs. 219 a 238.

desde el inicio de dicho siglo hasta la tercera década del mismo, aproximadamente; y el México contemporáneo o de consolidación de nuestro actual Estado. Procedamos a comentarlos.

2. SIGLO XIX O MÉXICO INDEPENDIENTE

Después de concluida la lucha por nuestra independencia, lo cual aconteció en el año de 1821, durante la primera época de vida como nuevo Estado y por un lapso de poco más de tres décadas, 1821-1857, a la cual designamos etapa post Virreinal, continuaron vigentes para regular las múltiples relaciones económicas, jurídicas y sociales existentes, la casi totalidad de las leyes españolas. Esto aconteció, debido a que los primeros gobiernos nacionales y los juristas de aquellos tiempos, aparentemente se preocuparon de manera casi exclusiva de lo relacionado con la materia constitucional (del Derecho público, se le denominaba en aquel entonces) olvidándose de las demás materias que conforman a la ciencia jurídica. Lo anterior lo explica de manera diáfana nuestro ilustre penalista, el maestro don Francisco González de la Vega, quien sobre tal tema asienta: «Natural era que el nuevo Estado nacido con la independencia, se interesara primeramente por la legislación que tendiera a su propia organización, al establecimiento de su ser, existencia y funciones. De ahí que todo el empeño legislativo mirase, primero, al derecho constitucional y administrativo» (3). Así, la pervivencia del Derecho hispano en nuestro país operó, además de lo anotado, entre otras razones, porque así se convino y dispuso expresamente en el Plan de Iguala; como por haberse expedido una disposición específica del gobierno independiente en el año de 1838, que ratificaba tal situación con respecto a la materia militar (4).

A. ETAPA DE 1821 A 1857

Esta época es la de la vigencia plena de la normativa hispana, y refiriéndonos específicamente a las normas militares de aquellos tiempos, que continuaron vigentes de manera total hasta aproximadamente el año de

(3) González de la Vega, Francisco: *El Código Penal Comentado*, Editorial Porrúa, México, 1987, pág. 18.

(4) Dublán, Manuel y Lozano, José M. (Dublán y Lozano), *Legislación mexicana*. Edición oficial de la Secretaría de Justicia, Talleres tipográficos de A. García Cubas, Sucesores hermanos, México, 1905, tomo 1, págs. 676 y 771.

1852, estas fueron, las Ordenanzas de 1768 u Ordenanzas de Carlos Tercero o Carolinas, las cuales se utilizaron para reglamentar el funcionamiento y la organización del recién constituido ejército nacional; en tanto la Armada o marina de guerra, institución casi inexistente al consumarse la independencia, (por carecer el país de embarcaciones), quedaba sometida a las disposiciones de la Ordenanza Naval de 1793. En ambos ordenamientos hispanos se encontraban diferentes normas que aludían a los actos ilícitos que podían cometer los elementos militares, así como sus correspondientes sanciones; esto es, en dicha normativa de gran amplitud temática, se contenía la materia penal militar de aquellos tiempos. Así tenemos que en las ordenanzas Carolinas, el tema que nos ocupa aparece contenido en el tratado octavo, bajo el rubro de: «Las materias de justicia»; en tanto en el ordenamiento naval, esta misma materia se encuentra comprendida en el Título XXXII, lo que también acontece con la Ordenanza de 1802. Disposición esta última, escasamente conocida en nuestro medio.

No obstante la absoluta vigencia que tuvieron en esta época la mayoría de los ordenamientos legales hispanos, ante la grave situación imperante en el país, en donde proliferaron infinidad de actos delictivos propiciados por el cambio de gobierno; en diferentes fechas hubo necesidad por parte de las autoridades recién constituidas de dictar leyes específicas para regular una materia en particular, como sucedió con los asuntos castrenses. Por su importancia en el ámbito jurídico penal general de nuestro país, resulta necesario mencionar que, lograda la independencia, hubo necesidad de dictar una Ley, la de 23 de septiembre de 1823, misma que es mencionada como un importante antecedente de la legislación penal común del país y en donde se dispuso que los tribunales militares conocieran de algunos actos ilícitos realizados por individuos ajenos a la milicia. Lo anterior sucedió, cuando se estableció el juicio militar en contra de los ladrones y salteadores de caminos; ello, en virtud de que tales delitos habían proliferado como consecuencia de la larga lucha por la independencia del país (5). Así se decretó, que los ladrones en despoblado y los salteadores de caminos que actuasen en cuadrilla, y que además hubiesen cometido el delito de homicidio, al ser aprehendidos por las tropas de la República, que en ese momento era la única autoridad con capacidad para realizar funciones de policía y reprimir tales actos, deberían ser sometidos a juicio ante los Consejos de guerra, sujetándose a lo previsto por la Ordenanza militar (la his-

(5) Alvarez, José M.: *Instituciones del Derecho Real de Castilla y de Indias*, Edición facsimilar de la reimpresión mexicana de 1826, Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). México, 1978, pág. 308.

pana); y de ser encontrados responsables, deberían ser pasados por las armas, esto es fusilado (6). Empero, debe precisarse que no todos los sentenciados a muerte fueron fusilados, toda vez que a muchos se les conmutó la pena capital, por otra diversa, como fueron los trabajos forzados, la prisión perpetua, el destierro, o la pena de galeotes. Aquí resulta conveniente abrir un breve paréntesis para mencionar un dato poco conocido, pero eminentemente histórico y jurídico penal, referido específicamente a la Armada de nuestra Patria; mismo que tiene estrecha relación con el cumplimiento de la pena de galeotes, sanción que fue heredada del derecho hispano y que en muchas ocasiones se aplicó como sustitutoria de la de muerte. Y así tenemos que en cumplimiento a tal sanción, nuestro primer buque de gran tonelaje, el navío *Congreso Mejicano* (7), denominado anteriormente *Asia* en la marina española; ya como buque de guerra nacional, integró parte de su tripulación para realizar el primero y único viaje interoceánico que dicha embarcación efectuó, con algunos individuos que se encontraban cumpliendo una sanción corporal y a los cuales se les denominaba penados o también galeotes (8). Otro de los ordenamientos legales sobre la materia expedidos en esta etapa como nuevo Estado, que destaca por su singularidad, y por lo tanto merece un breve comentario, es el Decreto de 18 de octubre de 1841, por medio del cual se dispuso que se aplicara en la jurisdicción marcial un prontuario sobre delitos y penas del fuero ordinario (común), en los casos en que los tribunales marciales conocieran de los delitos de lesa majestad divina, lesa majestad humana, blasfemias contra el soberano, traición, moneda falsa, desafío, testigo falso, homicidio y otros más; mismos que también podían ser cometidos por el personal militar durante el servicio. En tal concepto, si esto acontecía, cuando los órganos jurisdiccionales castrenses conocieran de ellos, deberían proceder conforme a las reglas contenidas en el prontuario antes mencionado; para que así se les aplicara a los infractores la sanción exactamente prevista en la ley.

Para concluir con el tema de la pervivencia de los ordenamientos marciales hispanos, debemos aludir brevemente al contenido de la Ordenanza de 1852, la cual ha sido considerada como la primera ordenanza militar nacional, sin serlo en la realidad; toda vez que se trata, del ordenamiento hispano de 1768 a la cual se le incorporaron diferentes disposiciones tanto españolas como mexicanas, dictadas durante el lapso de 1824 a 1852. Y

(6) Dublán, Manuel y Lozano, José M (Dublán y Lozano), *Legislación mexicana*, cit.

(7) Grafía común en el siglo XIX, utilizándose también la letra g.

(8) *Expediente relativo a la capitulación del navío «Asia» al gobierno de Monterrey, llamado después «Congreso mejicano»*, Archivo histórico de la Secretaría de Marina (AHSM), México.

aludiendo a las materias relacionadas con la justicia militar que aparecían contenidas en ella, tenemos que ésta, en su Tratado Octavo, Título décimo, estableció cuales eran los crímenes militares, así como las penas que a tales ilícitos correspondían; haciendo notar que algunos de ellos estaban encaminados a sancionar conductas que afectaban a la religión.

En el título mencionado anteriormente, y bajo el rubro «Crímenes (delitos) militares y comunes, y penas que a ellos corresponden», se estableció que tales ilícitos eran: blasfemias, juramento execrable por costumbre, robo de vasos sagrados, ultraje a imágenes divinas, ultraje a los sacerdotes, e insulto a lugares sagrados; conductas que propiamente atentaban en contra de la religión. En tanto, los estrictamente marciales ó en contra de la disciplina, serían: Insubordinación, insulto contra los superiores, injuria ó insulto contra ministros de justicia (actualmente serían los funcionarios judiciales), tolerancia ó ausilio (auxilio) de reo prófugo, infidencia, desafíos, falta de puntualidad en acudir a su puesto, abandono de guardia, insulto a salvaguardias, centinela que abandona el puesto, centinela que se deja mudar por quien no sea su cabo, centinela que se halla dormido, centinela que no avisa la novedad que advirtiere, insultos contra centinelas, inducción a riñas, alevosía, consentimiento ó abrigo de un delito, espías, contra la disciplina, robo, desordenes cometidos en marchas, incendiarios, monederos falsos, violencia a mujeres, crimen nefado, testigo falso, robo de armas ó municiones, contrabando, deserción, disimulo malicioso de verdadero nombre, patria, edad ó religión, deserción de soldado cumplido, conato de deserción, y cobardía. Con respecto a los delitos anteriormente enunciados, afirmamos, que la mayoría de ellos han llegado hasta nuestros días, si bien con otras denominaciones; y por otra parte tenemos el caso que la alevosía, que antiguamente era un delito tanto militar como ordinario o común, se transformó, en unión de la premeditación y la ventaja, en agravante. Dicha normativa introdujo escasas modificaciones, respetando con ello, de manera total, la redacción y estructura original del ordenamiento hispano de 1768 y por ende, sus principios doctrinales.

Es necesario mencionar como un dato histórico-jurídico de importancia, por su escaso conocimiento en el ámbito marcial y de la mayoría de las personas, que el ordenamiento de 1852, la Ordenanza, fue el texto jurídico que se utilizó para llevar a efecto el proceso que culminó con el fusilamiento de Fernando Maximiliano de Habsburgo y sus compañeros de aventura imperial (9). Y en cuanto a los delitos en contra de la religión con-

(9) *Proceso de Fernando Maximiliano de Habsburgo y otros*, Editorial Jus, Colección México Heroico. México, 1966, pág. 5.

tenidos en la Ordenanza militar, eran los mismos que ya hemos mencionado; resulta conveniente señalar que el Código Penal de Veracruz de 1835 o Código Corona, primer ordenamiento de esta naturaleza en el país, conservó tal situación. Toda vez que también contemplaba en su texto algunos delitos en contra de la religión del Estado, la católica; los cuales estaban previstos en los artículos del 217 al 222, y eran entre otros: las ofensas a los ministros, a los objetos del culto, la destrucción de los segundos, la irrupción en los servicios religiosos, el hacer escarnio de imágenes, personas, o textos religiosos, y otros actos similares más (10).

B. LA REFORMA

En la segunda mitad del siglo XIX surge en nuestra Patria un importante movimiento social al que se le ha denominado de la Reforma, y cuya máxima obra jurídica definitivamente fue la Constitución Federal de 1857; toda vez que con base en ella se modificó, substancialmente, la vida jurídica, política, económica y social de nuestro país; afectando entre otras instituciones, a las fuerzas armadas. De la normativa citada, en materia militar, la acción más importante fue haber decretado el Artículo 13, el cual limitó la jurisdicción marcial; misma que hasta ese momento tenía una amplísima competencia. Lo anterior al determinar, que los tribunales castrenses sólo conocieran de los delitos y faltas que tuvieran exacta conexión con la disciplina militar. Retirándoles así a estos órganos jurisdiccionales, la facultad de conocer de diversos asuntos de naturaleza eminentemente civil, como eran el cumplimiento de las obligaciones contractuales y los juicios sucesorios. En el ámbito estrictamente penal militar, debe anotarse que en esta misma época se expidió también un código penal para el Ejército. Y por último, posteriormente, ya para concluir tal centuria, siguiendo las ideas de las doctrinas imperantes en la época, se procedió a verificar la codificación de la normativa marcial, agrupando en un solo dispositivo legal todos los asuntos, orgánicos, procesales y los estrictamente penales, esto es los delitos y sus sanciones, las penas; surgiendo así lo que se ha denominado tradicionalmente Código de Justicia Militar. Mismo que está considerado doctrinalmente como un ordenamiento jurídico de tipo integral, al reunir en un solo texto materias diversas, aun cuando íntimamente relacionadas. De este tipo de ordenamientos se expidieron

(10) *Código Penal de 1835 del Estado de Veracruz*, Editora del Gobierno del Estado de Veracruz – Llave, Xalapa- Enríquez, 1996.

cuatro, entre 1892 y 1898, y de esa misma época es también la Ley Penal Militar para la Armada de la República Mexicana, ordenamiento legal escasamente conocido y menos aun estudiado en el ámbito académico nacional.

El licenciado don LuíS Velasco Rus, destacado jurista militar de principio del siglo XX, sobre los ordenamientos denominados Códigos de Justicia Militar, promulgados hacia los años finales del siglo décimo noveno, expresa: «Cuatro Códigos de Justicia Militar se han expedido y además del que formando parte de la Ordenanza General del Ejército (1882) se promulgó bajo la administración del General de División Manuel González. En ellos se han adoptado las reglas establecidas en las naciones más adelantadas y los principios del derecho penal moderno, en consonancia con nuestro sistema de gobierno, con los dogmas constitucionales conquistados con la sangre y vida de nuestros soldados en los campos de batalla, y de nuestras costumbres y nuestro modo de ser».

Los ordenamientos a los cuales alude el autor antes mencionado, y que se expidieron de 1892 a 1898, fueron: el de 1892, considerado como el primer código, aun cuando en realidad es el segundo, que inició su vigencia a partir de 1893, y que fuera derogado en 1894. El primer código, propiamente, resulta ser el de 1882, el cual apareció inserto en la Ordenanza de don Manuel González, y fue el primer dispositivo legal que recibió en el ámbito castrense nacional la denominación de código de justicia, y cuyo título oficial fuera: Código de Justicia Militar para el Ejército de los Estados Unidos Mexicanos. Este ordenamiento legal, por su importancia, a nuestro juicio, merece un comentario más amplio; acto que verificaremos posteriormente. Después del código de 1892, se promulgó un tercer ordenamiento que recibió la denominación de Código de Justicia Militar, el de 1894; el cual a su vez, resultó derogado por la legislación penal militar de 1897, misma que en su sustitución, introdujo tres leyes, las de: Organización y competencia de los Tribunales Militares, Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra, y Penal Militar. Contemporánea de las mismas, fue la Ley Penal para la Armada de la República Mexicana, mencionada y comentada, con anterioridad.

Con respecto a estos tres dispositivos legales militares, los hermanos Montoya Aguado, en la obra *Códigos de Justicia Militar de México de 1882 a 2000*, Introducción, página XV, manifiestan, que los ordenamientos legales mencionados no tuvieron vigencia efectiva, en virtud que el general Díaz, decretó: «(...) la suspensión de sus efectos hasta en tanto se considerará oportuno iniciar su vigencia, lo anterior a raíz de que no fue posible su publicación en el Diario Oficial del Supremo Gobierno de los

Estados Unidos Mexicanos, (...) además, que dichas leyes no fueron circuladas entre los encargados de aplicarlas, y por tanto no habían sido suficientemente conocidas y estudiadas por ellos»; motivo por el cual continuó rigiendo el Código de 1894. Finalmente, en el año de 1898 se procedió a la publicación de tales leyes, con las reformas que se consideraron adecuadas, habiendo entrado en vigor en 1899. Estos ordenamientos jurídicos, fueron publicados en un solo libro, al cual se le denominó Código Militar.

Con apoyo en lo anotado, debemos precisar que en el lapso de 1892 a 1898, en realidad, exclusivamente se publicaron dos dispositivos legales con el título de Código de Justicia Militar, el correspondiente a 1892-1893, y el de 1894; toda vez que las tres leyes de 1897-1899, no obstante que se agruparon bajo el mismo sistema de codificación, mantuvieron su denominación original de leyes, así como su particular numeración, y su título, que repetimos, fue únicamente el de Código Militar. Cabe precisar aquí, por ser un dato escasamente divulgado, que el título de Código de Justicia Militar, que se ha adoptado en nuestro sistema jurídico marcial para denominar el agrupamiento de disposiciones jurídicas que regulan lo orgánico funcional de los tribunales marciales, lo inherente al procedimiento ante tales órganos de administración de justicia, y lo estrictamente penal, delitos, delincuentes y penas, definitivamente, resulta ser de origen francés.

C. INFLUENCIA DOCTRINAL

Habiendo anotado lo anterior, debe concluirse que durante la mayor parte del siglo XIX, básicamente entre los años de 1821 a 1898, el Derecho Penal Militar Mexicano, y su correspondiente estudio, por cierto muy limitado, giró básicamente alrededor de la legislación marcial hispana, fundamentalmente, de las ordenanzas militares del siglo XVIII; con una breve interrupción, en la cual se aceptaron la legislación y teoría francesas. Así, podemos afirmar que la normativa marcial española y sus principios doctrinales, tuvieron plena y absoluta vigencia hasta finalizar dicho siglo.

Conociendo cuales fueron los principales postulados teóricos que orientaron los estudios del Derecho Penal Militar patrio durante el siglo XIX, estamos plenamente convencidos que varios de los interesantes y bien documentados comentarios vertidos por algunos autores españoles sobre las disposiciones legales de su patria, específicamente los referidos a las Ordenanzas, a las cuales hemos aludido con anterioridad; tales con-

ceptos nos pueden ser de utilidad para comprender mejor la materia penal castrense mexicana, y además, aprovechados en beneficio del presente trabajo. Procedamos a mencionarlos.

a) Aspecto positivo

Sobre el aspecto positivo tenemos la opinión del gran amigo y destacado jurista militar, el Comandante auditor don Antonio Millán Garrido, quién resumiendo los certeros conceptos de diferentes autores de su país, expresa: «En su conjunto, las Ordenanzas –y en particular las de Carlos III– fueron el resultado de un meritorio proceso de elaboración, en el que se supo captar perfectamente, en lo substancial, el espíritu de la profesión militar y el sentido del honor castrense, lo que determinó su prestigio y pervivencia. Es más, de sus principios –fundamentos espirituales en que descansa la administración de la vida militar y el funcionamiento perfecto de los institutos armados– se derivaría una determinada concepción del Ejército y las normas que habían de regirlo, postuladas y defendidas en ciertos sectores, hasta nuestros días» (11). En tal sentido se manifestaba otro destacado autor, don José Núñez de Prado, quién en 1884 al comentar el Código Penal Militar de su patria, expresaba su gran pesar por la sustitución que se había realizado de los principios doctrinarios tradicionales contenidos en las viejas ordenanzas, y a su juicio, la inadecuada admisión de las nuevas ideas y tendencias del Derecho Penal común, imperantes en aquella época; algunas de las cuales habían sido trasladadas a las disposiciones punitivas castrenses (12).

b) Aspecto negativo

Por otra parte, haciendo una breve referencia al aspecto negativo de los ordenamientos que venimos comentando y específicamente, en lo relacionado con la materia penal, misma que insistimos, tradicionalmente aparecía contenida en las ordenanzas; tenemos que, el historiador jurídico don Francisco Tomás y Valiente, expresa: «(...) casuística, confusa, acumulati-

(11) Millán Garrido, Antonio: *Ordenanzas militares*, Editorial Trivium, Madrid, 1993. pág. 11

(12) Núñez de Prado, José: «Estudio sobre el Derecho militar», en *Código penal militar*. Biblioteca Judicial. Madrid, 1884, pág. LXIII.

va, con sedimento de siglos medievales, con excesivo margen de arbitrio judicial, con un sistema de penas rígido,... sin proporcionalidad en el castigo entre autores, cómplices y encubridores, sin proporcionalidad tampoco entre penas y delitos(...)» (13). Con relación a este delicado tema, mismo en el cual el tratadista mencionado nos presenta al Derecho Penal Militar de los siglos XVIII y XIX, como algo realmente monstruoso y con varios siglos de atraso; consideramos que resulta conveniente y además indispensable, conocer las principales razones existentes para que dicha materia en aquellos tiempos, se presentara aparentemente de manera tan anormal. Sobre tan importante asunto, don Pablo Casado Burbano nos ilustra al manifestar: «La materia penal de las Ordenanzas ha sido muy criticada. Inmersa en una obra de tal envergadura y de tantos aciertos, no resulta fácil valorarla, pero, en cualquier caso, no adolece de mas defectos que los propios de la legislación punitiva de su época» (14). Con apoyo en lo expresado por este último tratadista y según nuestro particular criterio, y además, partiendo de los antecedentes históricos y jurídicos con los cuales contamos, concluimos que el Derecho penal en general, y no sólo el castrense, durante la mayor parte del siglo XIX, adoleció del grave defecto de ocuparse escasamente por las personas y los hechos ilícitos, en tanto que su máxima preocupación resultaba ser y en exceso, lo drástico de las sanciones. Para corroborar nuestro aserto, ténganse presentes las certeras opiniones vertidas sobre tal situación, por Beccaria en Francia y nuestro insigne Lardizábal en España y sus tierras americanas, con referencia al aspecto punitivo imperante en aquellos tiempos; así como la siempre conmovedora historia narrada en la clásica obra de Víctor Hugo (15).

Dentro de la sucinta exposición que venimos realizando debe resaltar-se el hecho de que tanto la legislación, como la doctrina española, mismas que habían venido imperando de manera absoluta e indiscutible entre nuestros juristas militares hasta ese momento, repentinamente, resultaron interrumpidas, tanto en su estudio, como aceptación, aun cuando esto haya acontecido brevemente; todo ello, en virtud de que durante el efímero

(13) Tomás y Valiente, Francisco: Autor mencionado por Pablo Casado Burbano, en «Visión histórica del Derecho Penal Militar español», en la obra colectiva, *Comentarios al Código Penal Militar*, coordinados por Ramón Blecua Fraga y José Luis Rodríguez-Villasanté, Editorial Civitas, Madrid, 1988. pág. 36.

(14) Casado Burbano, Pablo: op. cit., pág. 36.

(15) Bonesano, César, Marques de Beccaria: *Tratado de los delitos y las penas*, Sexta edición facsimilar. Editorial Porrúa, México, 1995; Lardizábal y Uribe, Manuel de: *Discurso sobre las penas*, Primera edición facsimilar, Editorial Porrúa, México, 1982; y Hugo, Víctor: *Los miserables*, Editorial Porrúa, Colección «Sepan Cuantos...» número 294, México, 1976.

imperio de Maximiliano de Habsburgo, precisamente en el año de 1863, se dispuso que se aplicara en nuestra patria el Derecho militar francés, y de manera específica el Código de Justicia Militar de aquel país correspondiente al año de 1857, ordenamiento legal que fuera traducido expresamente para su debido cumplimiento por los elementos del Ejército Mexicano (16). Este ordenamiento jurídico, escasamente conocido y analizado en nuestro medio, está compuesto de cuatro libros; el primero, se refiere a la organización de los tribunales militares, y comprende del artículo 1.º al 52; el segundo, aparece contenido en los artículos del 53 al 82, y trata de lo inherente a las reglas de competencia de los mismos tribunales; el tercero, alude al procedimiento ante los órganos jurisdiccionales y está previsto en los artículos del 83 al 184; y por último, la parte estrictamente penal, esto es, los crímenes, delitos y penas marciales, que corresponde al libro cuarto, está inmerso en los artículos del 185 al 277. En tal código se establece que los actos ilícitos que pueden cometer los elementos pertenecientes a la milicia, y los asimilados, pueden ser crímenes o delitos; en consecuencia las penas que les corresponden para unos u otros, son diferentes. Aun cuando en ocasiones se les denomina indistintamente con uno u otro nombre, tal como acontece con los crímenes o delitos contra el deber militar, previstos en los artículos del 200 al 216. Este ordenamiento legal introdujo en el medio jurídico marcial de nuestro país, las agravantes y atenuantes, determinó que los tribunales militares impondrían las penas que se expresan en las leyes penales ordinarias o comunes, para todos los crímenes o delitos no previstos en el código castrense. En materia orgánica, dispuso el establecimiento del Consejo de guerra permanente, el preboste, la policía judicial militar, y las funciones del Ministerio Público, en la persona del comisario imperial; y otras figuras jurídicas más, que posteriormente fueron cabalmente admitidas en los ordenamientos que adoptaron la denominación de Código de Justicia Militar. Por nuestra parte estamos plenamente convencidos, que la traducción de tal normativa penal, fue aprovechada para elaborar el código marcial que aparece contenido en la Ordenanza militar de 1884.

Este último ordenamiento resulta de relevancia, en virtud que por primera ocasión en nuestro país, se utilizó la denominación de Código de Justicia Militar para este tipo de normas jurídicas, lo cual originalmente sólo

(16) *Código de Justicia Militar del Ejército francés*, traducido al castellano de orden de S.M. el Emperador Maximiliano I, por el general Manuel Zabala, coronel José Ignacio Serrano y teniente coronel Luis de la Piedra, Imprenta de A. Boix, a cargo de Miguel Zorzoza, México, 1864.

se había efectuado en el Código de Maximiliano; también se adoptaron del mismo ordenamiento legal, figuras tales como el preboste, de origen netamente francés; la policía judicial militar; el Ministerio Público militar; el recurso de casación; se modificaron las denominaciones de algunos delitos contenidos en la Ordenanza de 1852, adoptándose los nombres galos; y por otra parte se incluyeron en el ámbito marcial, por primera vez en un ordenamiento mexicano, las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal y las agravantes. El dispositivo legal que nos ocupa, tiene la novedad de haber presentado la lista de delitos en orden alfabético, sin atender a ninguna clasificación.

Desde luego resulta conveniente mencionar que en esa época, se encontraba en vigor en el fuero común y federal, el Código Penal de 1870, mejor conocido en el medio, como el Código de Martínez de Castro; ordenamiento que también recibió la influencia de la doctrina y legislación gala, imperante en aquel momento en la mayoría de los países latinos, incluyendo a España.

En cuanto al aspecto estrictamente académico y doctrinal, debe señalarse que posteriormente, casi al finalizar el siglo XIX, llegó a México la clásica obra del jurista francés M.P. Prádier-Fodère, los célebres Comentarios sobre el Código de Justicia Militar de 1857, editada en 1873 (17); situación que propició que algunos de los postulados allí expresados, principalmente, en lo referente al ámbito penal y lo orgánico judicial, fueran aceptados cabalmente por nuestros escasos estudiosos de la materia jurídico militar, básicamente, por su novedad y especial contenido. Habiendo ejercido, posteriormente, ya en el siglo XX, una fuerte influencia en la doctrina legal castrense de nuestro país.

3. SIGLO XX O MÉXICO CONTEMPORÁNEO

El siglo XX, en el aspecto histórico nacional, puede ser dividido en dos grandes épocas atendiendo a un sinnúmero de acontecimientos verificados en nuestro país, entre los cuales sobresalen por su impacto social, el movimiento armado que históricamente se conoce como la Revolución Mexicana de 1910, y posteriormente la consolidación de nuestro actual Estado. En lo referente al estudio del Derecho militar, éste debe ser subdividido en tres etapas, mismas que a continuación enunciamos. La primera transcurre

(17) Prádier Fodère, M. P.: *Commentaire sur le Code de Justice Militaire*, Librairie Militaire de J. M. Dumaine, Paris, 1873.

desde el inicio del siglo que nos ocupa, hasta que finaliza la segunda década del mismo; y se caracterizó, fundamentalmente, por la pervivencia de las normas legales promulgadas durante el gobierno del general Díaz. La segunda, corresponde al lapso comprendido entre 1926 a 1955, y se inicia, con la entrada en vigor de los ordenamientos dictados para modificar tanto las instituciones castrenses, como las normas penales, procesales, y de organización y funcionamiento de la jurisdicción marcial, la mayoría de las cuales habían permanecido intocadas desde que fueron promulgadas; y se cierra en 1955, fecha en la cual dejó de publicarse el Boletín Jurídico Militar, importante órgano de difusión, y para quien esto escribe, de gran trascendencia en el aspecto académico y doctrinal, por la amplia actividad que realizó con respecto a divulgar las disposiciones legales castrenses, así como de la escasa, pero no por ello menos importante doctrina generada con motivo del estudio y análisis de dichos ordenamientos. Finalmente, la tercera, se inicia al desaparecer la publicación antes mencionada y llega hasta el momento actual. Procedamos a formular algunos comentarios, siguiendo la distribución temática propuesta de las tres épocas más importantes de la legislación castrense nacional del siglo que acaba de concluir, y sus correspondientes estudios.

A. LA PRIMERA ETAPA

Es el período de vigencia de la legislación militar porfirista y transcurre, como ya se asentó, del año de 1900 a 1926, ya que durante la denominada Revolución de 1910, continuaron vigentes los ordenamientos legales castrenses dictados en el gobierno del general Díaz, esto es la legislación de 1901, constituida por la Ley de Organización y Competencia de los Tribunales Militares, la Ley de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra, y la Ley Penal Militar; entre las cuales destacó la última, en virtud que la misma se aplicó indistintamente, tanto para los elementos pertenecientes al Ejército federal, constituida por militares profesionales, al menos los cuadros de la oficialidad; como para los individuos que integraban los diferentes grupos revolucionarios, cuya mayoría eran personas provenientes de la vida civil y ajenas a la milicia. Los tres ordenamientos mencionados, quedaron agrupados en un solo libro, constituyendo así, lo que tradicionalmente se conoce como un código, en el cual apareció el texto íntegro de las tres leyes. Con esto, cada una de estas disposiciones legales contenidas en el ordenamiento denominado Código de Justicia Militar, mantuvieron su designación específica de ley; y desde luego, con-

servaron su propio y especial articulado, así como su correspondiente numeración. La Ley de Organización y competencia, tiene 137 artículos y tres transitorios; la de procedimientos, cuenta con 598 preceptos, y ocho transitorios; en tanto la ley penal militar, apareció con 402 artículos y tres transitorios. Con relación a esta última disposición legal, existe el dato de que sus redactores se inspiraron para su elaboración, fundamentalmente, en el Código Penal mexicano de 1870, y en el de Justicia Militar del ejército español de 1890.

El licenciado don Luis Velasco Rus, uno de los pocos estudiosos de la Ley Penal Militar de 1901, manifiesta, que los fundamentos filosóficos que inspiraron al ordenamiento marcial que nos ocupa, son exactamente los mismos del código de 1870, mejor conocido en nuestro medio académico como el Código de Martínez de Castro; el cual se elaboró, básicamente, apoyándose en los principios de la Escuela clásica, misma que consideraba que la sociedad tenía el derecho de castigar. Dicha corriente doctrinal estableció la existencia de una justicia absoluta y de utilidad social, que concebía a la pena con un doble objeto, ser ejemplar y correctivo. Bajo esta óptica, se admitió el principio de que la sociedad tiene el derecho de castigar al culpable que lo merezca, lo cual resulta justo y útil para la colectividad. Esta doctrina, a la cual también se le denomina correccionista y utilitaria, fue defendida por diversos y renombrados autores, entre otros Ortolan; quien a su vez, hizo suyos los postulados utilitarios de Bentham, quien sostenía: «Lo que justifica la pena (sanción o castigo), es su utilidad, o mejor aun su necesidad» (18). En tal virtud, la orientación de nuestro código marcial de 1901, fue en el sentido de que el ejército, considerado en aquella época como una sociedad perfecta, la sociedad militar, tenía el derecho y la obligación de castigar a los culpables que afectasen a la disciplina; lo cual resultaba útil y benéfico para su conservación. Estos principios orientan hasta nuestros días a las diferentes disposiciones legales que regulan la disciplina militar, básicamente, al Reglamento General de Deberes Militares, común para las tres fuerzas armadas del país; y aparentemente, tuvieron sus orígenes en la doctrina francesa, la cual a su vez, inspiró al Código de Justicia Militar de dicho país, promulgado en 1857. Orientación doctrinal que también encontramos contenida en la legislación española, fundamentalmente, en las Ordenanzas del siglo XVIII; mismas, que a decir de sus comentaristas, se preocuparon en exceso de la penalidad, y escasamente de los infractores.

(18) Velasco Rus, Luis: *Código de Justicia Militar*, tomo segundo, Herrero hermanos, Editores, Primera edición, México, 1903. pág. 23.

Por otra parte, el dispositivo marcial de 1901 resulta ser similar al código hispano sobre la materia, de 1890, según apreciación del general don Francisco Jiménez y Jiménez, quien sobre este último dispositivo legal manifiesta, que es: (...) «amplio y casuístico» (19). El ordenamiento penal mexicano contiene 402 artículos, los cuales aparecen contemplados en dos libros, el primero es la parte general, en tanto el segundo, resulta ser la parte especial; lugar en donde encontramos los delitos específicamente militares. Finalmente, el ordenamiento de 1901, en buena parte sirvió para elaborar nuestro actual Código de Justicia Militar, que data de 1934; fundamentalmente, en lo concerniente a los delitos y la penología.

Desde luego, debe expresarse que durante la etapa revolucionaria existió una legislación del denominado Ejército Constitucionalista, que básicamente fueron las diferentes disposiciones legales dictadas por don Venustiano Carranza en el período comprendido entre 1913 a 1917, en su carácter de Primer Jefe de dicho ejército, y encargado del Poder Ejecutivo Federal; quien haciendo uso de las facultades extraordinarias que le habían sido conferidas en el Plan de Guadalupe, procedió a promulgar dicha normativa a efecto de que las conductas ilícitas tanto de los elementos pertenecientes al bando revolucionario, como de la población en general del país, no quedaran impunes. Y así, realizó las siguientes actividades legislativas en materia marcial: restableció la plena vigencia de la legislación de 1901, y asignó a los tribunales militares, los asuntos penales federales.

a) Restablecimiento de la legislación porfirista

El Presidente Carranza, ordenó se pusieran en vigor nuevamente las Leyes de 1901, con algunas modificaciones. De entre estas últimas, la de mayor importancia, sin lugar a duda, fue la que dispuso que continuarían substanciándose los diferentes procesos instruidos hasta el momento de la publicación del decreto antes mencionado y que se encontraran en trámite ante los tribunales militares creados de manera especial por los gobiernos estatales, y que habían quedado refundidos en las dependencias de los diferentes Cuerpos de Ejército del bando revolucionario; procesos que seguirían tramitándose conforme a la legislación que les había dado origen, pero debiéndose ajustar en lo que fuere posible, a las prescripciones

(19) *Jiménez y Jiménez, Francisco: Introducción al Derecho Penal Militar*, Editorial Civitas, Primera edición, Madrid, 1987, pág. 135.

de la Ley de Procedimientos penales en el Fuero de guerra (20). En síntesis, volvió a regir plenamente la legislación penal militar de la etapa porfirista.

b) La jurisdicción marcial y los delitos federales

El 31 de julio de 1914 se decretó que los jueces de instrucción militar, conocieran de los delitos del orden federal cometidos por los paisanos (civiles), siempre que los reos no debieran ser juzgados conforme a la ley de 25 de enero de 1862; ordenamiento legal que dispuso la pena de muerte para quien atentase en contra de la independencia y seguridad de la nación. La disposición del Presidente Carranza tuvo su origen en el hecho de que habiendo desaparecido los Poderes de la Unión, entre ellos los tribunales federales, los delitos que habían sido de su competencia podrían quedar impunes. Para evitarlo, se ordenó que todas las funciones otorgadas a los Jueces, agentes del Ministerio Público y Defensores de oficio del Fuero federal, quedaban asignadas a los órganos de administración de justicia del Fuero de guerra; en tanto el procedimiento correspondiente se regularía conforme a las disposiciones previstas en el Código Federal de Procedimientos Penales de 1908 (21). Con la acción anterior, se repitió la historia de la Ley de 23 de septiembre de 1823, por la cual se otorgó competencia a los órganos judiciales militares para conocer de asuntos en los que aparecían involucrados los paisanos. Hoy tal situación está prohibida expresamente por el Artículo 13 Constitucional.

B. LA SEGUNDA ETAPA

Es el lapso que se inicia a partir del año de 1926 y concluye en 1955, teniendo su fase más sobresaliente entre los años de 1926-1929 y 1933, en virtud de que fue en ese tiempo cuando se elaboraron la mayoría de los ordenamientos legales que han regido para las Fuerzas Armadas Mexicanas; fundamentalmente, en materia penal. Así, este período es la época dorada de nuestro Derecho militar, tanto por las leyes que se promulgaron,

(20) *Leyes de Organización y Competencia de los Tribunales Militares, de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra y Penal Militar (1901)*, Edición oficial de la Secretaría de Guerra y Marina, México, 1920, págs. 393 a 412.

(21) *Idem.*

como por la doctrina que sobre los mismos se elaboraron. El auge que mencionamos, en el aspecto legislativo, se inicia con la publicación de los ordenamientos relacionados con la organización de la institución militar, y lo inherente a reglamentar el Fuero de Guerra; y así tenemos, que en el año de 1926 se promulga la Ley Orgánica del Ejército y Armada Nacionales, en donde nuevamente se incluyó formando parte integrante de tal institución, a la Armada Nacional, hoy Armada de México. Posteriormente, en el mes de julio de 1929, aparecen publicadas diversas leyes referidas al Fuero de Guerra. Este período de revisión concluye en 1933-1934, con la elaboración, promulgación y entrada en vigor del Código de Justicia Militar, que aun se encuentra vigente.

En opinión de algunos tratadistas, tales normas, lo único que hicieron fue crear una verdadera atomización de la legislación militar, ocasionando con ello, la pérdida de una perfecta compilación legal, además, de un sistema adecuado para conocer y aplicar las diversas disposiciones que rigen una institución militar; para confirmar nuestra afirmación transcribimos la siguiente opinión: «Estas leyes, lo único que hicieron fue aumentar la dispersión legislativa existente sobre la materia; por (...)» (22).

De entre los ordenamientos legales que hemos mencionado, a nuestro juicio, sobresale por su contenido la Ley Orgánica de los Tribunales Militares de 22 de junio de 1929; y por lo tanto merece algunos comentarios. Se inspiró en la Ley de Organización y Competencia de los Tribunales Militares de 20 de septiembre de 1901, que continuaba vigente según ya se asentó. En la ley de 1929, se estableció, que la Justicia Militar sería administrada por el Supremo Tribunal Militar, los Jurados militares ordinarios y extraordinarios y por los Jueces militares. Retornando así, a los principios contenidos en la ley de 19 de Enero de 1869, la cual dispuso el establecimiento de dos jurados militares; uno que calificaría el hecho, y otro que determinaría la pena (23). El ordenamiento legal de 1929, con posterioridad, fue severamente cuestionado, por haber retornado a la figura de los Jurados Militares, mismos que a juicio de los expositores del Código que nos rige, no eran los organismos idóneos para administrar justicia en el ámbito castrense, y sobre tal tema expresaron lo siguiente: «La institución del Jurado, por su origen igualitaria y democrática, pugna con la organización del Ejército que se cimienta en una escala jerárquica, pues no puede existir un conjunto armado mientras no haya

(22) Véjar Vázquez, Octavio: *Autonomía del Derecho Militar*, Editorial Stylo, México, 1948, pág. 103.

(23) Gutiérrez Flores Alatorre, Blas José: *Apuntes sobre los Fueros y Tribunales militares, federales y demás vigentes en la República*, Imprenta de J. M. Aguilar Ortíz, México, 1876. pág. 318

una constante diferencia de categorías en sus elementos; es decir, quien mande, y quien obedezca; la decisión en conciencia no concuerda con la calidad de los militares, puesto que estos son y deben ser siempre profesionales, como lo expresan los artículos 6 y 7 de la Ley del Ejército y Armada Nacionales, y por último, la falta de responsabilidad de los componentes del jurado inclina a una exagerada benevolencia para los reos. A estas razones pueden agregarse en contra de la institución, las numerosas que diversos tratadistas aducen en relación con el jurado en los órdenes común y federal» (24). Empero, aun cuando no se aceptaron los jurados, varias de sus funciones y correspondientes preceptos legales, se incorporaron al Código de Justicia Militar vigente; para ser aplicados a los tradicionales Consejos de Guerra.

En el año de 1933, durante el gobierno del general don Abelardo L. Rodríguez, se concluyó la elaboración del código mencionado anteriormente, con vigencia a partir del año de 1934; ordenamiento que regula al llamado Fuero de guerra, por lo cual afirmamos, resulta ser la ley reglamentaria del segundo párrafo del Artículo 13 Constitucional. El citado dispositivo tuvo por objeto, según sus expositores, agrupar las normas dispersas existentes respecto a la organización y funcionamiento de los tribunales militares; la parte general o doctrinaria del derecho penal marcial, los preceptos referentes a los delitos en contra de la disciplina castrense y sus respectivas penas; y finalmente, el procedimiento ante los órganos encargados de la administración de la justicia militar. En tal concepto, este código resulta ser el fruto del trabajo realizado por una comisión designada expresamente para revisar y sustituir la legislación de 1901 y 1929, respectivamente; y tuvo la pretensión de formar un todo armónico más fácil de estudiar por el interno enlace de las materias que lo constituían y de más sencilla y breve aplicación. Con respecto a los ordenamientos que derogaba, procedió a reunir en una sola normativa las leyes vigentes a partir de 1901, la Penal Militar; y las correspondientes a 1929, la Orgánica del Ministerio Público y Cuerpo de Defensores Militares, la Orgánica de los Tribunales Militares, y la de Procedimientos penales en el Fuero de guerra; esta última, según afirmaron los encargados de su revisión, no comprendía toda la materia que necesariamente le correspondería, puesto que de manera expresa estableció, que en forma supletoria se aplicaría el Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, de

(24) López Linares, Tomás y Octavio Véjar Vázquez: *Breves consideraciones sobre el Código de Justicia Militar, expuestas en la edición oficial de 1934*, Código Mexicano de Justicia Militar, Concordado, Editorial Información Aduanera de México, Tercera edición, México, 1955.

15 de septiembre de 1894. En tal concepto, el código de 1934, técnicamente, presenta en un texto único, las leyes orgánicas de los tribunales, la penal y la procesal; por lo cual, en sólo 923 preceptos legales contempla todo lo referente al Fuero de guerra. Lo anterior se realizó, según afirmación de los comentaristas del ordenamiento que nos ocupa, para evitarle severos trastornos al personal militar, puesto que el mismo «(...) está obligado a conocer las leyes que en el ramo nos rigen, y no pueden cumplir con ese deber por la dispersión de aquéllas. A facilitar su estudio y su cita tendió el esfuerzo de los comisionados, reuniendo en un solo Código los tres aspectos fundamentales, Organización y competencia, Penal, y Procedimientos, con una sola numeración de articulado; de este modo quedamos en iguales condiciones que los países civilizados que tienen fuero de guerra, en todos los cuales rige en la materia una sola ley con la denominación de Código de Justicia Militar» (25). Los mismos expositores, al referirse específicamente a la materia penal contenida en el ordenamiento sujeto a comentario, expresaron: «Los motivos de la subsistencia del fuero de guerra y el fin que constitucionalmente se fija a éste, impiden que la parte penal de este Código se ajuste con amplitud a las tendencias modernas. La redacción de ella no sigue exclusivamente ninguna escuela, ni sistema penal, ni doctrina, pues más bien se adapta a un eclecticismo que la realidad señala como el más eficaz». Estos son en esencia, los datos más importantes respecto a los motivos y contenido que influyeron en la década de los años treinta, para redactar el ordenamiento marcial que actualmente nos rige en materia orgánica, penal y procesal.

Los principios doctrinales que orientan al código marcial en vigor, atendiendo a sus antecedentes legislativos, son: La Ley penal militar de 30 de agosto de 1897 y posteriormente la de idéntica denominación de 1901; las cuales a su vez, se inspiraron en el ordenamiento penal militar hispano de 1890. Empero, los ordenamientos militares de 1897 y 1901, respectivamente, recibieron también la influencia del Código Penal de 1870, mejor conocido en nuestro medio académico como el Código de Martínez de Castro. Por otra parte, el ordenamiento penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, de 1931, hoy separados; también se utilizó para la redacción del código del Fuero de guerra, de 1933, básicamente en la Parte General.

Aludiendo a nuestro ordenamiento marcial en vigor, el tratadista hispano General Consejero Togado don Francisco Jiménez y Jiménez, al analizarlo, expresa, que es similar al Código Militar Español de 1890; lo cual pro-

(25) Idem.

picia que sea amplio y casuístico, aun cuando presenta indudables mejoras que le permitieron servir de modelo para la elaboración de diversas disposiciones penales castrenses de países hispano americanos (26). Por su parte el comandante Millán Garrido, con respecto al mismo código hispano, afirma, que en gran medida dicho ordenamiento retornó al viejo sistema ordenancista, por haber restablecido el máximo rigor de las penas, marginando los principios penales básicos en aras del mantenimiento de la disciplina (27). No obstante los defectos que menciona Millán Garrido, el general Jiménez y Jiménez, considera que el multimencionado ordenamiento de 1890, también presentó grandes avances en la materia; entre otros, por el hecho de haber transformado muchos delitos y penas en faltas a la disciplina sancionándolas con correcciones. Con apoyo en los conceptos vertidos por los tratadistas hispanos, es posible aseverar que nuestro código marcial en vigor, se sustenta en principios doctrinales con mas de una centuria de existencia, con sus virtudes y defectos; motivo por el cual en el futuro, necesariamente requiere de una profunda revisión para actualizarlo.

C. LA TERCERA ETAPA

Resulta ser la contemporánea, y en materia estrictamente penal se caracteriza por el hecho de que desde que se promulgó el Código de Justicia Militar en 1934, ha mantenido casi íntegro su texto original, toda vez que ha sido modificado en muy pocas ocasiones; no obstante que sus bases doctrinales, insistimos, corresponden a las existentes en el Siglo XIX. Algunas reformas fueron realizadas en el año de 1999.

Estas notas, consideramos, quedarían incompletas si se omitiera aludir brevemente a la orientación doctrinal que ha servido para elaborar nuestras normas punitivas marciales y el actual Derecho Penal Militar, mismos que están inspirados, básicamente, en la legislación hispana del siglo XIX; pero también, poseen alguna influencia francesa de esa misma época.

Así, consideramos que, fueron básicamente las ideas de los autores hispanos las que tuvieron una decisiva influencia en nuestro medio académico durante largo tiempo, sobresaliendo, las expuestas por don Angel Salcedo y Ruiz sobre la Teoría de la Autonomía, don Nicasio Pou Ribas quien analizó en forma pormenorizada a los tribunales marciales, y sobre todo,

(26) Jiménez y Jiménez, Francisco: *Introducción*, cit., pág. 41.

(27) Millán Garrido, Antonio: *Justicia Militar*, Editorial Ariel, Prólogo a la Primera edición, Barcelona, 2001. pág. 22.

las vertidas por el maestro don Ricardo Calderón Serrano; este último, con sus cuatro magníficas obras elaboradas en la década de los años cuarenta, siendo de relevancia para efectos de esta reseña, el *Derecho Penal Militar, Parte General*, Ediciones Minerva, S.R.L. México, 1944; y que necesariamente siguen siendo consultados por quienes de la materia nos ocupamos. Sobre tales textos, en forma acertada Millán Garrido opina: «(...) la obra jurídico militar más importante elaborada hasta ahora en Latinoamérica» (28); y por nuestra parte agregamos, aparentemente, la única. En tales textos académicos se analiza con profundidad y objetividad, nuestro sistema legal militar. Otros autores que también influyeron para la elaboración de nuestra doctrina jurídica marcial, son los franceses, Prádier Fodére, a través de su libro los *Comentarios (...)*, porque muchos de los argumentos expuestos por él, sirvieron para elaborar el Código que rige la materia penal marcial; y en la década de los años treinta, Pierre Hugueney, con su obra *Traité de Droit Penale et de Procederu Penale Militaires*, la cual se utilizó como libro de consulta para elaborar diversas tesis profesionales.

Finalmente, para tener una idea amplia sobre los antecedentes, el contenido, y el procedimiento seguido para redactar el código marcial vigente, necesariamente debe recurrirse a la exposición realizada por el maestro y general don Octavio Véjar Vázquez, y don Tomás López Linares, ambos participantes en la elaboración del ordenamiento legal que nos ocupa; quienes además, son autores de la exposición respecto a lo más relevante del mismo dispositivo, y que denominaron: Breves consideraciones sobre el Código de Justicia Militar, mismas que aparecieron publicadas, en la edición oficial de 1934 (29). En dicho trabajo se esbozan los principios tanto legales como doctrinarios que se utilizaron para la redacción de la normativa que nos ocupa; algunos de los cuales han quedado mencionados en las anteriores notas.

4. BIBLIOGRAFÍA

Abarca, Ricardo: *El Derecho Penal en México*, Editorial Jus, México, 1941.

Álvarez, José María: *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*, Edición facsimilar. Universidad Nacional autónoma de México. (U.N.A.M), México, 1978.

(28) Millán Garrido, Antonio: «El Boletín Jurídico Militar de México», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 68 (julio-diciembre 1996), Madrid, págs. 126 a 136.

(29) López Linares, Tomás y Octavio Véjar Vázquez: *Breves...*, cit.

- Bonessano, César, Marques de Beccaria: *Tratado de los delitos y las penas*, Sexta edición facsimilar, Editorial Porrúa, México, 1995.
- Blecua Fraga, Ramón y José Luis Rodríguez-Villasante. Coordinadores, *Comentarios al Código Penal Militar*, Editorial Civitas, Madrid, 1998.
- Carrancá y Trujillo, Raúl: *Derecho Penal Mexicano. Parte General*, dos tomos, Antigua Librería Robredo, México, 1962.
- Castellanos Tena, Fernando: *Lineamientos de Derecho Penal. Parte General*, Decimocuarta edición. Editorial Porrúa, México, 1987.
- Clavijero, Francisco Javier: *Historia Antigua de México*, Editorial Porrúa, México, 1987.
- Ceniceros, José Angel y Luis Garrido: *La ley penal mexicana. Criminalia*, México, 1934.
- Dublán, Manuel y José María Lozano (Dublán y Lozano), *Legislación mexicana*, Edición oficial de la Secretaría de Justicia. México, 1905.
- Esquivel Obregón, Toribio: *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, dos tomos, Editorial Porrúa, México, 1984.
- Expediente relativo a la capitulación del Navío Asia al gobierno de Monterrey, llamado después «Congreso Mejicano»*, Archivo Histórico de la Secretaría de Marina. (A.H. S.M.)
- Gutiérrez Flores Alatorre, Blas José: *Apuntes sobre los Fueros y tribunales militares, federales y demás vigentes en la república*, Cuatro tomos. Imprenta de J. M. Ortiz, México, 1876.
- Hugo, Víctor: *Los miserables*, Colección «Sepan Cuantos...», núm. 77, Editorial Porrúa, México, 1976.
- Jiménez y Jiménez, Francisco: *Introducción al Derecho Penal militar*, Editorial Civitas, Madrid, 1987.
- Kohler, José: *El Derecho de los Aztecas*, traducción de Carlos Rovalo y Fernández, Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, México, 1924.
- Lardizabal y Uribe, Manuel de: *Discurso sobre las penas*, Primera edición facsimilar. Editorial Porrúa, México, 1982.
- Macedo S. Miguel: *Apuntes para la historia del derecho penal en México*, Editorial Cultura, México, 1931.
- Margadant, S., Guillermo F: *Introducción a la Historia del Derecho mexicano*, Editorial Esfinge, México, 1984.
- Martínez de Castro Antonio: *Exposición de motivos del Código Penal de 1870*, Herrero Hermanos Sucrs, México, s.f.
- Millán Garrido, Antonio: *Ordenanzas Militares*, Editorial Trivium, Madrid, 1993.
- Millán Garrido, Antonio: *Justicia Militar*, Quinta edición, Editorial Ariel. Barcelona, 2005.

- Millán Garrido, Antonio: «El Boletín Jurídico Militar de México», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 68. Madrid, 1996.
- Núñez de Prado, José: *Estudio sobre el Derecho Militar, en Código Penal Militar*, Madrid, 1893.
- Pradier-Fodéré, M. P: *Commentaire sur le Code de Justice Militaire*. Libraire Militaire de J.M. Dumaine. Paris, 1873.
- Proceso de Fernando Maximiliano de Hapsburgo*, Miguel Miramón y Tomás Mejía, Editorial Jus, México, 1966.
- Sodí, Demetrio: *Procedimiento federales*, Imprenta de la Secretaría de Fomento, México, 1912.
- Schroeder Cordero, Francisco Arturo: *Concepto y contenido del Derecho Militar*, Editorial Stylo. México, MCLXV.
- Villalobos, Ignacio: *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1990.
- Véjar Vázquez, Octavio: *Autonomía del Derecho Militar*, Editorial Stylo. México, 1948.

5. LEGISLACIÓN

A) CÓDIGOS Y ORDENANZAS MILITARES:

- Código de Justicia Militar para el Ejército Mexicano* (Código de Justicia Militar del Ejército Francés, traducido al castellano de orden de S.M. el Emperador Maximiliano I), por Manuel Zabala, José I. Serrano y Luís de la Piedra, Imprenta de A. Boix, a cargo de Miguel Zornoza, México 1864.
- Códigos de Justicia Militar en México*, Compiladores J.A. Montoya Aguado y B. Montoya Aguado, Mc. Graw Hill, México, 2000.
- Código de Justicia Militar. Leyes de Organización y Competencia de los Tribunales militares y de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra. Ley Penal Militar*, anotado por el licenciado Luis Velasco Rus y coronel Antonio Carreón, Herrero Hermanos Editores, dos tomos, Primera edición. México, 1903.
- Código Mexicano de Justicia Militar*, Concordado. Con las breves consideraciones sobre el Código de Justicia Militar, expuestas en la edición oficial de 1934, por los abogados Tomás López Linares y Octavio Véjar Vázquez, miembros de la comisión revisora del mismo. Tercera edición. Editorial Información Aduanera de México. México, 1955.

Leyes de Organización y Competencia de los Tribunales Militares; de Procedimientos Penales en el Fuero de guerra; y Penal Militar. Secretaría de Guerra y Marina, Edición oficial, México, 1920.

Leyes orgánicas: del Ministerio Público y Cuerpo de Defensores Militares; de los Tribunales Militares; de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra, Diario Oficial de la Federación de 22 de junio de 1929 (A.H.S.M.).

Ley Penal para la Armada de la República Mexicana, Edición oficial, agosto de 1897.

Ordenanza de la Marina de Guerra de los Estados Unidos Mexicanos. Imprenta de «El Siglo Diez y Nueve», México, 1892.

Ordenanza militar, para el régimen, disciplina, subordinación y servicio del Ejército, Imprenta de Vicente G. Torres. México, 1852.

Real Ordenanza naval para el servicio de los baxeles de S.M. Dublán y Lozano, Legislación mexicana, Secretaría de Justicia, tomo 1, México, 1905.

Real Ordenanza para el establecimiento e instrucción de intendentes de ejército y provincia en el reino de Nueva España de 1786, Impresión facsimilar, U.N.A.M., México, 1984.

B) CÓDIGOS PENALES DEL FUERO COMÚN Y FEDERAL:

Código Penal de 1835 del Estado de Veracruz, Reimpresión, Editora del gobierno del Estado de Veracruz «Llave Xalapa» Enríquez, 1996.

Código Penal, Anotado por Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, tercera edición, Editorial Porrúa. México, 1971.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, concordado por Rafael de Pina, Ediciones Cicerón, México, 1953.

El Código Penal comentado, Francisco González de la Vega, Editorial Porrúa, México, 1987.

II. TEXTOS

1. LEGISLACIÓN

LEGISLACIÓN

María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera
Documentalista

JEFATURA DEL ESTADO

Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 2002 (BOE n.º 148, de 22-6-2006)

Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina (BOE n.º 163, de 9-7-2005)

Ley Orgánica 4/2005, de 10 de octubre, por la que se modifica la ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en

materia de delitos de riesgo provocados por explosivos (BOE n.º 243, de 11-10-2005)

Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (BOE n.º 276, de 18-11-2005)

Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería (BOE n.º 98, de 25-4-2006)

Real Decreto-Ley 6/2006, de 23 de junio, sobre pensiones excepcionales derivadas de atentados terroristas (BOE n.º 150, de 24-6-2006)

MINISTERIO DE DEFENSA

Real Decreto 890/2005, de 22 de julio, por el que se modifica el Reglamento de evaluaciones y

ascensos del personal militar profesional, aprobado por el Real Decreto 1064/2001, de 28 de septiembre (BOE n.º 215, de 8-9-2006)

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas (BOE n.º 265, de 5-11-2005)

Real Decreto 1418/2005, de 25 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 991/2000, de 2 de junio, por el que se desarrolla la Ley 26/1999, de 9 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas (BOE n.º 289, de 3-12-2005)

MINISTERIO DE DEFENSA

Real Decreto 282/2006, de 10 de marzo, por el que se establecen los requisitos españoles para el reconocimiento de la concesión y el uso de la Medalla al Servicio de la Política Europea de Seguridad y Defensa creada por la Unión Europea ((BOE n.º 76, de 30-3-2006)

Orden Ministerial n.º 130/2005, de 22 de julio, por la que se regu-

lan las felicitaciones al Militar Profesional de las Fuerzas Armadas (BOD n.º 150, de 2-8-2005)

Orden Ministerial n.º 160/2005, de 10 de octubre, por la que se aprueba el distintivo de Reserva voluntario (BOD n.º 204, de 19-10-2005)

Orden DEF/3451/2005, de 2 de noviembre, por la que se modifica la Orden DEF/1076/2005, de 19 de abril, por la que se desarrolla la estructura del Estado Mayor de la Defensa (BOE n.º 266, de 7-11-2005)

Orden Ministerial 37/2006, de 13 de marzo, por la que se modifica la Orden Ministerial 6/1989, de 20 de enero, por la que se regula la denominación, composición y utilización de los uniformes en las Fuerzas Armadas (BOD n.º 60, de 27-3-2006)

Orden DEF/1024/2006, de 30 de marzo, por la que se modifica la Orden 164/2001, de 27 de julio, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos selectivos de acceso a las enseñanzas de formación para la incorporación a la Escala Superior de Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar (BOE n.º 83, de 7-4-2006)

Orden DEF/1968/2006, de 14 de junio, por la que se modifica la Orden 43/1993, de 21 de abril, sobre régimen del alumnado de

los centros docentes militares de formación (BOE n.º 148, de 22-6-2006)

Instrucción n.º 123/2005, de 18 de julio, del Subsecretario de Defensa, por la que se regula la composición y funciones del Centro de Estudio sobre la situación de la Mujer en las Fuerzas Armadas (Observatorio de la Mujer en las FAS), (BOD n.º 147, de 28-7-2005)

Instrucción 52/2006, de 4 de abril, del Subsecretario de Defensa, por la que se actualizan los anexos de la Instrucción 60/2003, de 9 de mayo, por la que se establece la relación de cursos y los grupos en los que se incluyen a efectos de evaluación de militares de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas (BOD n.º 71, de 11-4-2006)

2. JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Luis Bernardo Álvarez Roldán
General Auditor

=====

Se recoge aquí las Sentencias del Tribunal Constitucional correspondientes al año 2005 y referentes al lema jurídico militar que nos ocupa y es objeto de divulgación por esta Revista.

=====

Sentencia Tribunal Constitucional núm. 37/2005 (Sala Primera), de 28 de febrero.

Ponente: D. María Emilia Casas Baamonde.

Recurso de amparo contra Auto del Juzgado Togado Militar Territorial núm. 32 de Zaragoza, de 05-10-1999, denegatorio de incoación de procedimiento de «habeas corpus» en sanción de arresto domiciliario. Vulneración del derecho fundamental a la libertad personal y a la seguridad: existencia: **otorgamiento de amparo.**

I. ANTECEDENTES (Resumen)

Los hechos relevantes para el presente recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El día 23 de septiembre de 1999 el recurrente en amparo, guardia civil, fue sancionado por el Teniente Coronel Primer Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Huesca con veinte días de arresto domiciliario, por considerarle autor de una falta disciplinaria leve.

b) Iniciado el cumplimiento de la sanción, el 5 de octubre de 1999 el recurrente instó contra aquélla procedimiento de *habeas corpus* ante el Juzgado Militar Territorial núm. 32 de Zaragoza, por considerar que se hallaba ilegítimamente privado de libertad. En su escrito de solicitud, aducía que la resolución sancionadora nada dice acerca de en qué condiciones debe cumplirse el arresto, y que lo que cierto era que no se le permitía salir de su domicilio para nada, excepto en dos ocasiones para una consulta médica. Respecto del arresto domiciliario alegaba, en primer lugar, que constituía una privación de libertad, y no una mera restricción de la misma, especialmente cuando como en el caso concurría al tiempo del arresto (que lo es sin perjuicio del servicio) una exención del servicio por baja médica. Para el solicitante ello vulneraba los arts. 17.1 y 25 CE, quejándose también de la falta de garantías constitucionales en el procedimiento seguido para la imposición de la falta leve. En segundo lugar alegaba la imposibilidad legal de imponer sanciones privativas de libertad a los miembros de la Guardia Civil por la comisión de faltas disciplinarias, al no ser impuestas por un órgano judicial, conforme a lo establecido en el art. 5.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En consecuencia, el recurrente solicitaba su inmediata puesta en libertad así como el planteamiento por el órgano judicial de una cuestión de inconstitucionalidad con relación a diversos artículos de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, reformada parcialmente por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (RESUMEN)

Dijimos en la STC 263/2000, de 30 de octubre, que «por lo que al objeto del amparo se refiere, aunque el recurrente pretende que su recurso tiene un carácter mixto, es decir, dirigido tanto contra la sanción administrativa de privación de libertad como contra la resolución judicial que inad-

mite el procedimiento de *habeas corpus*, no se ha acreditado que respecto a la primera de ellas se haya agotado la vía judicial contencioso-disciplinario militar que ha de preceder al presente proceso constitucional (art. 43.1 LOTC). Por ello, como ya afirmamos en las mencionadas resoluciones, «no procede que examinemos ni la posible legalidad o ilegalidad del arresto ni si la imposición del mismo vulneró otros derechos fundamentales, porque, de hacerlo, nos estaríamos inmiscuyendo en la labor judicial y desconoceríamos el carácter subsidiario del recurso de amparo» (SSTC 208/2000 y 209/2000, F. 2). Hay que puntualizar, además, que la anterior consideración afecta también a las dudas de constitucionalidad que el recurrente formula en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, y sobre las cuales no podemos efectuar ningún pronunciamiento. En efecto, cualquiera que hubiera de hacerse en este sentido –incluido el eventual planteamiento de una cuestión interna de inconstitucionalidad, caso de otorgarse el amparo (art. 55.2 LOTC)– exigiría lógicamente el previo análisis de la legalidad de la sanción impuesta en aplicación de aquéllos, análisis que, como hemos dicho, nos está vedado efectuar por el incumplimiento del requisito procesal mencionado.

En consecuencia, la pretensión ejercitable en esta sede ha de circunscribirse a la que, con carácter principal, se formula en la demanda de amparo: la nulidad del Auto del Juzgado Togado Militar que resolvió la inadmisión a trámite del procedimiento de *habeas corpus*, por vulneración del derecho del demandante a la libertad personal (art. 17 CE) (F. 2).

Añadimos en dicha Sentencia que «como hemos tenido ocasión de afirmar en bastantes ocasiones, el procedimiento de *habeas corpus* es un medio de defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 CE, que versa no sobretodos los aspectos o modalidades de la detención o la privación de libertad, sino sobre su regularidad o legalidad, y cuya finalidad fundamental es la de verificar judicialmente la legalidad y condiciones de la detención, en un procedimiento ágil y sencillo que permita, sin complicaciones innecesarias, el acceso a la autoridad judicial (SSTC 98/1996, de 21 de mayo, F. 1, y 232/1999, de 13 de diciembre, F. 4), y aun cuando la Ley Orgánica 6/1984 permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, e incluso denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad de tal inadmisión a trámite deber reducirse a los supuestos en que se incumplan los requisitos formales –tanto los presupuestos procesales, como los elementos formales de la solicitud– a los que se refiere el art. 4

LOHC (SSTC 232/1999, F. 4, 208/2000 y 209/2000, F. 5). Por ello, constatada la existencia de la detención, si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de la misma (STC 66/1996, de 16 de abril, F. 3, y 86/1996, de 21 de mayo, F. 10), no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias. Así, hemos declarado expresamente improcedente la inadmisión fundada en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente detenido (SSTC 21/1996, de 12 de febrero, F. 7, y 86/1996, de 21 de mayo, F. 11), pues «el enjuiciamiento de la legalidad de sus circunstancias ha de realizarse en el fondo», lo que obliga al juez a examinarlas y, consecuentemente, a oír al solicitante del *habeas corpus* (SSTC 174/1999, de 27 de septiembre, F. 6 y 232/1999, de 13 de diciembre, F. 4). Como dijimos en la mencionada STC 86/1996 (F. 10), «si existe una situación de privación de libertad no es lícito denegar la incoación del *habeas corpus*, ya que es de esencia a este proceso especial dirigido a resguardar la libertad personal que el juez compruebe personalmente la situación de la persona que pide el control judicial, siempre que se encuentre efectivamente detenida» (F. 3).

En fin, en cuanto al alcance del otorgamiento del amparo, debemos advertir, como en casos análogos, que no cabe retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo la vulneración del derecho a la libertad para subsanarla, toda vez que, al no encontrarse ya el recurrente en situación de privación de libertad, no se cumpliría el presupuesto necesario para que el órgano judicial pudiera decidir la admisión a trámite del procedimiento de *habeas corpus*. Así lo hemos declarado reiteradamente (SSTC 12/1994, de 17 de enero, F. 7; 154/1995, de 24 de octubre, F. 6; y más recientemente, 209/2000, de 24 de julio, F. 7; 224/2002, de 25 de noviembre, F. 7; 23/2004, de 23 de febrero, F. 7).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA

Ha decidido

Estimar la presente demanda de amparo de don Carlos H. F. y, en su virtud:

- 1.º Reconocer su derecho a la libertad personal (art. 17.1 y 4 CE).
- 2.º Declarar la nulidad del Auto de 5 de octubre de 1999, del Juzgado Togado Militar Territorial núm. 32 de Zaragoza, recaído en el procedimiento de *habeas corpus* núm. 32/03/99.

COMENTARIOS

Nuevamente un nuevo Auto de Inadmisión de «Habeas Corpus», en cuestión de arresto por falta leve, produce un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, consolidando su doctrina recogida en diversas Sentencias de 1999 y 2001, fecha en que no habían llegado al conocimiento del Juez que dictó el Auto de Inadmisión.

Por otra parte, queda suficientemente claro que, sólo la falta de los requisitos formales de la petición de «habeas corpus» legitimaría la inadmisión razonada de tal petición, que deba en todo caso admitirse, y aunque sucintamente, examinarse con audiencia del instante del «habeas corpus».

=====

Sentencia Tribunal Constitucional núm. 313/2005 (Sala Segunda), de 12 diciembre

Ponente: D. Pascual Sala Sánchez.

Recurso de amparo contra Auto dictado por la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 09-12-2002 y contra las Sentencias de 09-07-1997 dictada por el Tribunal Militar Central, y de 30-03-1998, dictada por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo en el recurso de casación, confirmatoria de la anterior, en solicitud de su declaración de nulidad y consiguiente retroacción de actuaciones al momento inmediato posterior a la conclusión del sumario original, en proceso por delito de revelaciones de informaciones relativas a la seguridad y defensa nacional. Vulneración de los derechos fundamentales al juez ordinario predeterminado por la ley y a obtener la tutela efectiva a de jueces y tribunales: inexistencia: **denegación de amparo.**

I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

Los hechos en que se fundamenta el presente recurso son, en síntesis, los siguientes:

Por el Juzgado Togado Militar Central núm. 1 se incoó sumario 1-2/95 en el que resultó procesado el ahora recurrente por el presunto delito de revelación de informaciones relativas a la seguridad y defensa nacional, en la modalidad de apropiación. En la fase de instrucción el Sr. P. interpuso diversos recursos devolutivos contra determinadas resoluciones del Juez instructor (especialmente contra la medida cautelar de prisión provisional y contra el Auto de procesamiento) de los que conocieron dos Magistrados que formaron parte del Tribunal de enjuiciamiento.

...

El recurrente interpuso recurso de amparo ante este Tribunal, en el que solicitó la nulidad de las citadas Sentencias con base en diversos motivos de impugnación (igualdad en la aplicación de la Ley, derecho al Juez legal e imparcial, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, derecho a un proceso público y a la presunción de inocencia). La Sección Tercera de la Sala Segunda de este Tribunal inadmitió, mediante providencia de 29 de junio de 1998, el recurso de amparo por carencia manifiesta de contenido constitucional, puesto que, en relación con el derecho al Juez imparcial, «los dos Magistrados de la Sala sentenciadora no llevaron a cabo actividad alguna que les hiciese exteriorizar un juicio de culpabilidad sobre el recurrente».

...

El recurrente formuló incidente excepcional de nulidad de actuaciones (art. 240.3 LOPJ) ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo, mediante el que solicitó la nulidad de las Sentencias fumes dictadas por el mencionado Tribunal Militar Central y por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo por haber vulnerado el art. 6.1 CEDH, con base en la Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que así lo declaraba. El escrito de la parte recurrente fue trasladado al Fiscal Togado para alegaciones. Por providencia de 28 de octubre de 2002, la Sala acordó conceder a la parte recurrente plazo para formular alegaciones en relación con la solicitud del Fiscal. Por Auto de 27 de noviembre de 2002, la Sala acordó declarar su propia competencia para el conocimiento del asunto y, finalmente, con fecha 9 de diciembre de 2002, dictó Auto acordando la desestimación del incidente.

En el mencionado Auto se analizaban los efectos de las Sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo en el sistema judicial español, la posibilidad de que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones previsto

en el art. 240.3 y 4 LOPJ (actual art. 241) fuera un cauce procesal válido a través de la cual solicitar la ejecución *in integrum* de las Sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el contenido de la Sentencia dictada por el citado Tribunal respecto del ahora recurrente y de la STC 245/1991 (caso *Barberá, Messegué y Jabardo c. España*),...

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (RESUMEN)

El recurrente invoca la lesión del derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE) debido a que el Auto ahora impugnado ha sido dictado por una Sala compuesta por cinco Magistrados, tres de los cuales habían formado parte de la Sala que desestimó el recurso de casación núm. 75/97 en resolución que confirmó la condena dictada en primera instancia por el Tribunal Central Militar. De este hecho objetivamente constatable el recurrente deriva su «sospecha..., de no haber sido resuelta su pretensión anulatoria de forma imparcial».

...

Aplicando la anterior doctrina al presente caso, tiene razón el Ministerio Fiscal al interesar la inadmisión de este motivo porque el recurrente conoció con anterioridad la intervención de los tres Magistrados de cuya imparcialidad objetiva se queja ahora, hasta el punto de que solicitó expresamente que fuera «esa» precisa Sala y no otra la competente para resolver el incidente de nulidad por el planteado, y porque, además, no existía obligación legal alguna de alterar la composición de la Sala al no verse afectado el art. 24.2 CE.

...

El demandante de amparo tuvo, pues, pleno conocimiento de la intervención de los mencionados Magistrados de los cuales ahora «sospecha» y, a pesar de ello, no los recusó sino, que al contrario, defendió la competencia de «esa» Sala del Tribunal Supremo para resolver su pretensión de nulidad radical de actuaciones. Así pues, como ya dijéramos en el ATC 96/2001, de 24 de abril, en un recurso de amparo muy similar al presente, «la actuación del recurrente ha de considerarse contraria a las exigencias de un obrar diligente de la parte que impide la estimación de la infracción denunciada, pues esta no sería imputable al órgano judicial de modo inmediato y directo, como exige el art. 44.1 b) LOTC, sino a la conducta de quien tardíamente la invoca».

En cuanto a la posibilidad de que los tres Magistrados de cuya imparcialidad ahora, *per saltum*, duda el recurrente tuvieran la obligación de

abstenerse por haber formado parte de la Sala que dictó la Sentencia firme que desestimó el recurso de casación núm. 75/97 (tesis del demandante de amparo), este Tribunal no la comparte por los siguientes motivos. En primer lugar, porque el párrafo segundo del apartado tercero del art. 240 LOPJ (al igual que el actualmente vigente art. 241.1.2) atribuye la competencia para conocer del incidente «[al] mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza». En segundo lugar, porque el motivo invocado ante esta sede por el recurrente no estaba expresamente previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial al regular las entonces vigentes doce causas de abstención en su art. 219 (tampoco lo está en la actual versión del art. 219, que contiene 16 causas de abstención). La causa más próxima a la ahora planteada se encontraría prevista en el núm. 10 del citado artículo [haber «sido instructor de la causa cuando el conocimiento del juicio este atribuido a otro Tribunal o haber fallado el pleito o causa en anterior instancia»]; pero, como veremos a continuación, ni con una interpretación maximalista de la mencionada causa de abstención a la luz del art. 24.2 CE, de nuestra jurisprudencia y de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sería posible defender la tesis del demandante de amparo. Y, finalmente, porque los Magistrados integrantes de la Sala que dictó el Auto impugnado también podrían haber tenido en consideración la propia actuación del recurrente, quien, lejos de exponer sus sospechas o dudas respecto de la imparcialidad objetiva, insistió en que su pretensión fuera resuelta por «esa» Sala.

...

Claro está que el juzgador cuya Sentencia de condena fue anulada por vicios de procedimiento se formó y expuso ya una convicción sobre el fondo de la causa y, en concreto, sobre la culpabilidad del acusado, pero se equivoca el Juez *a quo* al pretender que tal convicción representa un impedimento insalvable frente a la imparcialidad constitucionalmente exigida al juzgador, y resulta, a efectos de abstención y de recusación, parangonable a la que pudo formarse el instructor de una causa o a la que queda fijada en toda Sentencia dictada, sin perjuicio de su recurribilidad, al término de un procedimiento irreprochable. La convicción expuesta en la Sentencia que culmina un procedimiento viciado se formó defectuosamente y es, por ello, merecedora de reproche, de tal modo que el ordenamiento bien puede exigir al Juez que cometió la infracción procesal que repare, primero, los vicios determinantes de la nulidad y que pondere, después, la trascendencia de lo nuevamente actuado sobre la Sentencia en su día dictada, modificando incluso, si preciso fuera, la apreciación expuesta entonces sobre la responsabilidad del acusado. Tal es el remedio, tradicio-

nal y general, que nuestro Derecho establece en estos casos (STC 245/1991, F. 6) y no cabe desconocer el interés institucional presente en esta técnica de la retroacción ante el propio órgano judicial que cometió la infracción, a quien, de este modo, se le impone una pública rectificación de lo actuado. Es claro, en todo caso, que ningún juzgador puede invocar una convicción defectuosamente fundada para eludir o soslayar su reparación.

...

La mera sospecha del ahora recurrente basada en el hecho incontestable de que tres Magistrados integrantes de la Sala autora del Auto impugnado hubieran formado parte del Tribunal que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia condenatoria no es, pues, motivo bailante para estimar lesionado el derecho al juez legal imparcial desde el punto de vista de la imparcialidad objetiva, al no existir prevención alguna en el ánimo de los mencionados Magistrados ante el diferente carácter del objeto procesal a resolver en el recurso de casación dirigido a impugnar una Sentencia de condena dictada en la primera instancia con base en los motivos tasados previstos en la Ley procesal de aplicación y en el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, utilizado para anular las Sentencias firmes con base en la ejecución *in integrum* de una Sentencia dictada por el Tribunal de Estrasburgo.

En este mismo sentido se ha pronunciado, además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas ocasiones. Así, en el reciente caso *Fehr c. Austria* (Sentencia de 3 de febrero de 2005, dicho Alto Tribunal también ha recordado, luego de poner de manifiesto que el demandante no había planteado (al igual que ahora) argumento alguno en relación con la imparcialidad objetiva del Juez del cual sospechaba, que «el solo hecho de que el mismo Juez ya haya decidido las peticiones del recurrente en otros procedimientos no justifica objetivamente temor alguno de falta de imparcialidad de aquél» (ver *mutatis mutandis*, *Diennet c. Francia*, Sentencia de 26 de septiembre de 1995 [TEDH 1995\27], § 38; *Ringeisen c. Austria*, Sentencia de 16 de julio de 1971 [TEDH 1971\2], § 97; y *Thomann c. Suiza*, Sentencia de 10 de junio de 1996 [TEDH 1996\26], § 63). Igualmente, en el caso *Faugel c. Austria* (Auto de 24 de octubre de 2002), el Tribunal de Estrasburgo, puso también de manifiesto «que de la obligación de ser imparcial no se deduce una regla general que imponga a un tribunal superior que anule una resolución administrativa o judicial a remitir el caso a una autoridad jurisdiccional diferente o a una Sala de dicha autoridad compuesta de distinta forma» [SSTEDH *Ringeisen*, de 16 de julio de 1971 (TEDH 1971\2), § 97; *Gillow c. Reino Unido*, de 24 de noviembre de

1986 (TEDH 1986\15), § 73; Acuerdo de 1 de julio de 1991, *G. c. Austria*, demanda núm. 15975/90; Auto de 6 de abril de 2000, *O. N. c. Bulgaria*, asunto 35221/97].

...

En el segundo y último motivo del presente recurso de amparo se invoca la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión, cometida por la Sala Quinta del Tribunal Supremo al desestimar, en el Auto impugnado, el incidente de nulidad radical de actuaciones incoado por el recurrente contra las antes mencionadas Sentencias firmes y la consiguiente petición de retroacción de actuaciones al instante inmediatamente posterior a la conclusión del sumario, como consecuencia de haberse declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 25 de julio de 2002 [TEDH 2002\31]) la existencia de una vulneración del derecho a un juicio justo, en su vertiente del derecho a un juez objetivamente imparcial.

...

No obstante los notables esfuerzos argumentativos realizados por el recurrente para acercar su caso al resuelto por este Tribunal en la Sentencia del Pleno 245/1991, de 16 de diciembre (caso *Barberá, Messegué y Jabardo*), lo cierto es que, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, el presente recurso es prácticamente idéntico al ya resuelto por el Pleno de este Tribunal mediante Auto 96/2001, de 24 de abril, F. 3 (recurso de amparo interpuesto por el Sr., Castillo-Algar).

El recurrente en amparo sostiene en su demanda la plena aplicación de la doctrina emanada de la citada STC 245/1991 a su pretensión anulatoria, en tanto en cuanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al igual que en el mencionado asunto *Barberá y otros*, ha dictado una Sentencia (en el presente caso de fecha 25 de julio de 2002 [TEDH 2002\31]) por la que declara la existencia de una violación del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ante el carácter objetivamente justificado de las dudas del recurrente respecto de la imparcialidad del Tribunal sentenciador «en la medida en que tanto su Presidente como su Juez Ponente habían intervenido en varios actos de instrucción entre los que hay que señalar principalmente el rechazo de la apelación contra el Auto de procesamiento pronunciado contra el demandante y las decisiones de prórroga de su prisión preventiva». Al amparo de esta Sentencia dictada por el Tribunal de Estrasburgo, considera que existe una «lesión o vulneración actual» de su derecho al juez legal, en su vertiente del derecho a un tribunal objetivamente imparcial, pues la condena que adolece del vicio detectado por el citado Tribunal internacional se encuentra en ejecución, dado que, si bien se ha

cumplido íntegramente la pena principal de privación de libertad en el caso presente, no lo ha sido «la accesoria de pérdida de empleo, como consecuencia de la aplicación del art. 28 del Código Penal Militar, que implicó el pase anticipado del Coronel P. de la situación de reserva a la de retirado, antes del cumplimiento de la preceptiva edad de los 65 años... con la consiguiente reducción de haberes y la afectación, entonces, de su derecho fundamental a permanecer en el ejercicio de las funciones públicas en las condiciones legales –art. 23.2 CE–»: también estima la subsistencia de la lesión del derecho al honor al ser «obvio que el mantenimiento de su condena, luego de la notoriedad pública que alcanzó este caso, con independencia en todo caso del mantenimiento de la misma en el Registro Central de Penados y Rebeldes y de sus consecuencias a efectos de obtener remisiones condicionales de ulteriores condenas, incluso por infracciones de tráfico –derecho a la libertad del art. 17.1 CE–, significan derivaciones permanentes que sólo pueden ser corregidas mediante la declaración de nulidad de las Sentencias adoptadas con la violación detectada por el TEDH».

No es posible, sin embargo, compartir los paralelismos alegados por el recurrente con el caso resuelto en la STC 245/1991. En esa ocasión este Tribunal estimó un recurso de amparo basado en la primera Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se declaró la violación del art. 6.1 CEDH en relación con un proceso penal celebrado en España. En esa Sentencia se realizaron una serie de declaraciones que, ahora, catorce años después, todavía siguen estando vigentes. Así, se declaró que las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo carecen de eficacia ejecutiva, «pues de la propia regulación del Convenio, y de su interpretación por el Tribunal Europeo, se deriva que las resoluciones del Tribunal tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos, en este caso Sentencias, declarados contrarios al Convenio» (F. 2). En aquel entonces se citaron los casos *Marckx* y *Pakelli*, jurisprudencia que ha sido mantenida por el Tribunal Europeo hasta el día de hoy, no obstante la importante reestructuración operada en el Convenio como consecuencia de la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 a fines de 1998 [cfr. *inter alia* los casos *Olsson c. Suecia* (núm. 2), Sentencia de 27 de noviembre de 1992 (TEDH 1992\74), §§ 93 y 94; *Ribemont c. Francia* (aclaración de la Sentencia de 10 de febrero de 1995 [TEDH 1995\7]), Sentencia de 7 de agosto de 1996 (TEDH 1996\33), §§ 19 y 21 a 23; *Hentrich c. Francia* (aclaración de la Sentencia de 3 de julio de 1995 [TEDH 1995\211]), Sentencia de 3 de julio de 1997, §§ 13 a 16; *Scozzari y Giunta c. Italia*, Sentencia de 13 de julio de 2000 (TEDH 2000\391), § 249; *Mehemi c. Fran-*

cia (núm. 2), Sentencia de 10 de abril de 2003, § 43; *Assanidza c. Georgia*, Sentencia de 8 de abril de 2004, § 198; *Ócalan c. Turquía*, Sentencia de la Gran Sala de 12 de mayo de 2005, § 210].

Del mismo modo se afirmó que «desde la perspectiva del Derecho internacional y de su fuerza vinculante (art. 96 CE), el Convenio ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal» (F. 2). Y es que el Tribunal internacional de Estrasburgo, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio (actual art. 46, rubricado «fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias»), tan sólo ostenta una potestad declarativa, puesto que la fase de ejecución de sus Sentencias es encomendada al Comité de Ministros, órgano encargado de «velar» por su ejecución.

...

En el presente recurso, y a diferencia del antes citado caso *Barbera y otros*, no cabe sostener el carácter actual o subsistente de dicha violación. La citada Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró, en efecto, la vulneración del art. 6.1 CEDH en su concreto aspecto del derecho a un Tribunal objetivamente imparcial, pero también es preciso subrayar que, con carácter previo, acordó, mediante resolución de 10 de febrero de 2000, la inadmisibilidad de todas las demás lesiones alegadas por el recurrente, esto es, de las relativas al art. 6 (derecho a un proceso equitativo y público, sometido a los principios de contradicción y de igualdad de armas, a la utilización de los medios de prueba de descargo, y a la presunción de inocencia), al art. 7 (rubricado «no hay pena sin Ley») y al art. 14 («prohibición de discriminación»), razón por la cual el Tribunal de Estrasburgo afirmó, a renglón seguido de la constatación de la violación del art. 6.1 CEDH «en la medida en que el tribunal militar central no fue objetivamente imparcial», que:

«Esta constatación no implica necesariamente que la condena del demandante estuviera mal fundada, teniendo en cuenta que las otras quejas del demandante relativas al art. 6.1 del Convenio fueron declaradas inadmisibles el 10 de febrero de 2000. Conforme a su práctica constante en los asuntos civiles y penales, y relativos a la violación del artículo 6.1 por la falta objetiva o estructural de independencia y de imparcialidad, el Tribunal no considera apropiado conceder una compensación al demandante por las pérdidas alegadas. En efecto, el Tribunal no podría especular

sobre el resultado al que hubiera llegado el proceso si no se hubieran incumplido las exigencias del Convenio... No se ha observado ningún vínculo de causalidad entre la violación constatada y el perjuicio material alegado... En la medida en que el demandante solicita la concesión de una indemnización justa por la privación de libertad sufrida, el Tribunal señala que no ha constatado que la privación de libertad en cuestión ha constituido una violación del Convenio. En consecuencia, no puede concederse ninguna indemnización justa al respecto... El Tribunal concluye con que, en las circunstancias del litigio, la constatación de violación que figura en la presente sentencia constituye por sí misma una indemnización justa en concepto de todo daño moral» (§§ 58 a 61 de la Sentencia).

...

No es posible, pues, compartir la tesis del recurrente, dado que la lesión del derecho fundamental al juez objetivamente imparcial –a la que vincula las quejas amparadas en los arts. 23.2, 18.1 y, eventualmente, en el 17.1 CE–, constatada por el citado Alto Tribunal, no subsiste en el momento actual porque el Tribunal de Estrasburgo así lo declaró en su Sentencia al concluir que «la constatación de violación que figura en la presente Sentencia constituye por sí misma una indemnización justa en concepto de todo daño moral». En definitiva, fue el propio Tribunal internacional el que dictó una Sentencia exclusivamente limitada a constatar la lesión del derecho a un juez objetivamente imparcial en el Tribunal autor de la Sentencia condenatoria dictada en la instancia, pero sin reconocer que dicha resolución estuviera necesariamente mal fundada, ante la imposibilidad de establecer, dadas las específicas circunstancias del litigio a las que antes nos hemos referido (en particular, la previa declaración de inadmisibilidad de todas las restantes quejas formuladas por el actor), una relación de causalidad entre la vulneración del derecho fundamental constatada y la condena impuesta, desestimando, por ello, en su totalidad, la pretensión de obtener una indemnización por los daños alegados por el actor no constatados por el Tribunal de Estrasburgo.

Al no ser de aplicación la doctrina específica emanada de la STC 245/1991 tan citada, el presente motivo ha de ser resuelto desde el parámetro o canon tradicional del derecho a la tutela judicial efectiva, al que también se refiere el recurrente en su demanda de amparo. Como ya hemos afirmado, este motivo de impugnación es prácticamente idéntico al caso *Castillo-Algar*; que fue inadmitido por el Pleno de este Tribunal mediante el Auto 96/2001, de 24 de abril. En esa ocasión el recurrente también pretendía (si bien acudiendo con carácter previo al proceso de revisión de la Sentencia firme en lugar de al incidente excepcional de nuli-

dad de actuaciones) la nulidad de las resoluciones judiciales firmes que le condenaron como autor de un delito contra la hacienda pública en el ámbito militar con base en la Sentencia del Tribunal Europeo de 28 de octubre de 1998 (TEDH 1998\51), que declaró la violación del art. 6.1 CEDH en relación con el derecho al juez imparcial en su vertiente objetiva. En ese caso este Tribunal concluyó que la respuesta judicial obtenida satisfacía plenamente el contenido esencial del derecho a la tutela judicial (F. 3), y lo mismo hemos de decir ahora, coincidiendo con el criterio del Ministerio Fiscal, tras el atento examen del Auto cuya nulidad pretende el demandante, pues es una resolución que respeta nuestra jurisprudencia sobre el grado de motivación exigible a las resoluciones judiciales al no ser arbitraria, manifiestamente irrazonable ni estar incurso en un error patente. El motivo ha de ser, por tanto, desestimado y, con ello, el presente recurso de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional. POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA.

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por don Juan Alberto P. P.

COMENTARIOS

Cuestiones de tan difícil delimitación, como la posible objetividad o neutralidad en la Administración de Justicia, se examinan y explican desde el punto de vista de los derechos humanos, considerados a nivel internacional, y en el ámbito de nuestra legislación interna e internacional por el Tribunal Constitucional.

En el hecho de que tres Magistrados de la Sala, que dictó el Auto que se recurre, hubieran formado parte del Tribunal, que sentenció el recurso de casación, no existe tacha de imparcialidad objetiva, al ser distinto el carácter del objeto procesal –casación penal y nulidad en base a sentencia del TEDH– en las resoluciones en que intervinieron.

=====

Sentencia Tribunal Constitucional núm. 334/2005 (Sala Primera), de 20 diciembre

Ponente: D. Pablo Pérez Tremps.

Vulneración de los derechos fundamentales a la legalidad penal, a un proceso público con todas las garantías, a la presunción de inocencia y a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales: **denegación de amparo.**

En el recurso de amparo núm. 3581-2001, promovido por don José T. C., representado por la Procuradora de los tribunales doña Pilar Cendrero Mijarra y bajo la dirección del Letrado don Francisco Javier Pérez Fernández, contra la Sentencia de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2001, por la que se estima parcialmente el recurso de casación núm. 1-21-2000, interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Territorial Militar Cuarto de 21 de enero de 2000, sobre delito de desobediencia. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES (Resumen)

...

La demanda de amparo tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) El 12 de febrero de 1997 el Teniente de navío, Jefe del destino de buceo de la Escuela Naval Militar, elevó parte al Ayudante mayor de la escuela naval militar, poniendo de manifiesto la conducta desarrollada por el recurrente. Subteniente buzo, el día 10 de febrero de 1997, a las 15.30 horas, desobedeciendo, por un lado, las órdenes previas de que a esa hora estuviera listo con el equipo completo en la piscina y de que hubiera levantado por la mañana presión en la línea de destino de buceo; y, por otro, las órdenes reiteradas que se le dieron en ese acto para que arrancara el compresor y subiera la presión de la línea: y todo ello ante los alumnos guardiamarinas que asistían en ese acto al curso de buceo. En esa misma fecha, el Ayudante mayor de la escuela naval militar, con motivo de dicho parte y verificada la exactitud de los hechos denunciados en el procedimiento oral regulado al efecto, en el que se tomó declaración al recurrente y a tres testigos, impuso al recurrente la sanción de ocho días de arresto a cumplir

en la dependencia militar, con participación en las actividades de la unidad, por la comisión de una infracción leve del art. 8.33 de la entonces vigente Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del régimen disciplinario de las fuerzas armadas (BOE de 29 de noviembre).

b) Al considerarse que los actos pudieran constituir una presunta falta grave del art. 9.16 LODFA/1985 se elevaron las actuaciones al Almirante Jefe de la zona marítima, quien dispuso en fecha 19 de febrero de 1997 la incoación de expediente disciplinario por falta grave. El Fiscal jurídico-militar, al ponerse en su conocimiento el citado expediente acordó remitir las actuaciones al Juzgado Togado Militar Territorial Decano solicitando la apertura de sumario, al considerar que los hechos podrían ser constitutivos de un delito de desobediencia del art. 102 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal militar (en adelante CPM), dando lugar al sumario núm. 03/97 que se tramitó por el Juzgado Togado Militar Territorial núm. 42 de A Coruña.

c) La Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuatro, por Sentencia de 21 de enero de 2000, condenó al recurrente como autor de un delito de desobediencia de los párrafos primero y segundo del artículo 102 CPM a la pena de un año y seis meses de prisión, con las accesorias legales, acordándose que para su cumplimiento le fuera de abono cualquier tiempo pasado en privación de libertad por los mismos hechos. En la Sentencia se afirma que los hechos habían quedado probados a partir no sólo de la propia declaración del procesado, que en el acto de la vista reconoció los mismos, su subordinación al mando promotor de la orden, que ésta era relativa al servicio y su incumplimiento, si bien con matizaciones: sino también del conjunto de la testifical, consisten en la declaración del promotor del parte sancionador y la vertida por tres testigos presenciales durante el sumario, que se consideran más atendibles que las realizadas por éstos en la propia vista oral por la proximidad de los hechos y porque en estas últimas existían contradicciones.

d) El recurrente interpuso recurso de casación, que fue tramitado con el núm. 1-21-2000 por la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, alegando, entre otros motivos, la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora en su vertiente de no ser sancionado doblemente por unos mismos hechos, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por haberse fundado la condena en declaraciones testificales prestadas en la fase sumarial, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del principio acusatorio al haber mantenido el Tribunal una actitud inquisitiva al formular preguntas al acusado sobre los hechos investigados y haber acordado de oficio la práctica de una prueba pericial, y la

vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no haberse dado una respuesta expresa a las alegaciones sobre la concurrencia de un error de tipo o de prohibición.

e) Por Sentencia de 9 de abril de 2001 se estima parcialmente la casación a los únicos efectos de considerar indebidamente aplicado el subtipo agravado del párrafo segundo del art. 102 CPM y rebajar la pena de prisión a nueve meses, manteniéndose el resto de pronunciamientos. Los argumentos para desestimar los diversos motivos de casación son, en cuanto a la alegación de la interdicción del *bis in idem*, que la sanción impuesta al ser considerado el hecho como falta leve ha sido absorbida por la penal, en tanto que le es de abono el tiempo de privación de libertad cumplido y le ha sido cancelada la nota desfavorable por falta leve, además de que es prevalente la jurisdicción penal sobre la disciplinaria y el bien jurídico protegido y la finalidad perseguida en ambos preceptos y procedimientos es diferente. En cuanto a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que ha existido prueba de cargo obtenida no sólo durante la instrucción sino también reproducida en el acto del juicio oral con salvaguarda de los principios de contradicción, inmediación y publicidad. En cuanto a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, por un lado, que si bien el Presidente del Tribunal realizó determinadas preguntas sobre los hechos enjuiciados al acusado ello está dentro de las facultades previstas en el art. 708 LECrim y, por otro, que la prueba pericial no fue acordada de oficio sino a propuesta del Ministerio Fiscal una vez que la defensa recusó a uno de los peritos que habían intervenido en su práctica. Y, por último, en cuanto a la vulneración de la tutela judicial efectiva, que en la Sentencia impugnada se dio respuesta implícita a las alegaciones sobre la existencia de error de tipo o de prohibición cuando se hizo el detallado análisis sobre la concurrencia de todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo, sin perjuicio de volver a destacar las razones para sostener la falta de consistencia del argumento defensivo de que la negativa a cumplir la orden se debiera a su carácter ilegítimo.

El recurrente aduce en su demanda de amparo las vulneraciones siguientes:

a) Vulneración del derecho a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE), en su vertiente de no ser sancionado doblemente por unos mismos hechos (*non bis in idem*), con fundamento en que se ha impuesto al recurrente una sanción disciplinaria y otra penal por los mismos hechos existiendo identidad de bien jurídico protegido en ambas infracciones. Se argumenta que no es posible excepcionar en el presente caso este principio ni por la mera existencia de una relación de sujeción especial, conforme ya se estableció en la STC 234/1991, de 10 de diciembre, ni en virtud

de una preeminencia del Derecho penal sobre el administrativo sancionador, según la STC 177/1999, de 11 de octubre, ni, por último, en virtud de la existencia de determinadas previsiones legales como la del art. 44 LODFA/1985 sobre la posibilidad de someter a un doble procedimiento por falta leve y, posteriormente, por falta grave, unos mismos hechos, aunque ello suponga dejar sin efecto la anterior sanción, en tanto que no es factible que el legislador contrarie una previsión constitucional.

b) Vulneración de los derechos a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), con fundamento en que la condena se ha basado en determinadas pruebas testificales prestadas en el sumario, que no han sido incorporadas a la vista oral con las debidas garantías, al no haberse procedido a su lectura ni a su contraste ante las contradicciones con las depuestas en la vista oral. Al margen de que, además, tampoco las declaraciones sumariales reunían las garantías suficientes al no haberse practicado con la debida contradicción, por no estar presente el letrado de la defensa.

c) Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con fundamento, por un lado, en que el órgano de enjuiciamiento habría asumido funciones acusatorias, ya que el Presidente del Tribunal en el acto de la vista oral y una vez concluido el interrogatorio del recurrente formuló determinadas preguntas que versaban sobre el fondo de la acusación y con clara intención acusatoria. Y, por otro, en que no se advirtió al recurrente del derecho a no dar respuesta a dicho interrogatorio practicado por el órgano judicial, y en que, al realizarse tras el efectuado por la defensa, se impidió la contradicción.

d) Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24,2 CE), con fundamento en que el Tribunal Territorial Militar acordó de oficio y de manera extemporánea la práctica de una prueba pericial, comprometiendo de esa manera su neutralidad procesal.

e) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incongruencia omisiva, con fundamento en que en la Sentencia de instancia no se dio una respuesta expresa a las alegaciones sobre la concurrencia de error de tipo y de prohibición.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (Resumen)

...

2. En cuanto a la vulneración aducida del principio *non bis in idem*, como una de las garantías inherentes al derecho a la legalidad sancionadora (art. 25,1 CE), el Pleno de este Tribunal ha destacado en la STC

2/2003, de 16 de enero, apartándose expresamente de la doctrina establecida en la SSTC 177/1999, de 11 de octubre y 152 2001, de 2 de julio, que el núcleo esencial de la garantía material del *non bis in idem* reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente.

En el presente caso, tal como se ha destacado en los antecedentes y queda acreditado en las actuaciones, el recurrente, con fundamento en los hechos acontecidos el día de autos, fue sancionado, en primer lugar, por resolución administrativa dictada el mismo día en que se elevó el parte denunciando los hechos y tras la sustanciación de un procedimiento oral en que se tomó declaración al recurrente y tres testigos, como autor de una infracción leve de desobediencia del art. 8.33 de la entonces vigente Ley Orgánica 12 1985, de 27 de noviembre, del régimen disciplinario de las fuerzas armadas (LODFA/1985), a la sanción de ocho días de arresto a cumplir en la dependencia militar, con participación en las actividades de la unidad. Y, en segundo lugar, por resolución judicial firme tras la tramitación de un procedimiento penal, como autor de un delito de desobediencia del art. 102 del Código Penal militar (CPM), a la pena de nueve meses de prisión y accesorias legales, acordándose que para su cumplimiento le fuera de abono cualquier tiempo pasado en privación de libertad por los mismos hechos.

En efecto, materialmente no concurre en este caso el necesario exceso punitivo para apreciar la vulneración aducida, pues se ha previsto expresamente en la resolución impugnada que para el cumplimiento de la sanción penal le fuera de abono el tiempo de privación de libertad sufrido por la imposición de la sanción administrativa, habiéndose hecho también expreso que le había sido cancelada al recurrente la nota desfavorable por falta leve. Con ello se evidencia que la resolución impugnada ha procedido a solventar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora.

...

3. En cuanto a la vulneración aducida del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por la eventual falta de neutralidad del órgano judicial al haber tomado iniciativas de oficio en la práctica de determinadas pruebas, es de destacar que este Tribunal ya ha reiterado que la observancia de una actitud neutra! del órgano judicial respecto de las posiciones de las partes, como contenido del principio acusatorio, si bien exige que el juzgador no emprenda con iniciativas probatorias de oficio una actividad inquisitiva encubierta, no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como comple-

mento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes, siempre que sirva al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia: sin perjuicio de que para determinar si en el ejercicio de esta facultad el Juez ha comprometido su posición de neutralidad y, eventualmente, el derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto (por todas, SSTC 130/2002, de 3 de junio, F. 3, o 229/2003, de 18 de diciembre, F. 14). Más en concreto y por lo que se refiere al supuesto de que por parte del órgano judicial se proceda a formular una serie de preguntas al acusado o testigos en la vista oral, este Tribunal ha destacado que no cabe apreciar esta vulneración constitucional cuando las preguntas versan sobre los hechos objeto de acusación, puede entenderse razonablemente que han sido llevadas a cabo para alcanzar un grado preciso de convicción para la adopción de una decisión, sin ser manifestación de una actividad inquisitiva en la que se sustituya a la acusación, ni una toma de partido a favor de las tesis de esta y de ellas no se derive ninguna indefensión permitiéndose alegar respecto de las mismas (STC 229/2003, de 18 de diciembre, F. 14).

...

Igualmente, tampoco resulta posible apreciar en este caso que el órgano judicial hubiera comprometido su neutralidad porque acordara por Auto de 21 de abril de 1998 la realización de un nuevo informe por dos peritos diferentes a los que \a habían realizado el informe sumarial, toda vez que frente a lo que afirma el recurrente y es presupuesto fáctico de su queja, dicha decisión no fue adoptada por el órgano judicial de oficio, sino, tal como ya se hizo constar en dicho Auto y queda acreditado en las actuaciones, por solicitud expresa del Ministerio Fiscal en escrito de 3 de marzo de 1998, tras haber sido recusados por el recurrente los dos peritos que emitieron el primer informe.

....

4. En cuanto a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por haberse condenado en virtud de pruebas testificales sumariales no incorporadas con la debidas garantías en la vista oral, este Tribunal ya ha reiterado que si bien únicamente pueden considerarse auténticas pruebas de cargo las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, sin embargo, dicha regla general admite excepciones, siendo constitucional mente posible integrar en la valoración probato-

ría el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción. Así, se ha concretado que la validez como prueba de cargo de las declaraciones prestadas en fase sumarial se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos, entre los que está su introducción en la vista oral bien a través de la lectura del acta en que se documenta, bien a través de los interrogatorios, con el fin de posibilitar que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral. Igualmente se ha destacado que no resulta imprescindible que la declaración sumarial deba ser prestada con contradicción real y efectiva en el momento de llevarse a cabo, sino que es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial (por todas, STC 148/2005, de 6 de junio).

...

Ello determina que hubo una incorporación de las declaraciones testificales sumariales en el acto de la vista oral y una posibilidad electiva de que se interrogara por la defensa sobre las mismas y, por tanto, que quedaron garantizados los principios de inmediación, publicidad y contradicción en la práctica de esta prueba, por lo que este motivo también debe ser desestimado.

...

5. Por último, el recurrente invoca el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incongruencia omisiva, con fundamento en que no se ha dado respuesta por el órgano judicial de instancia a las pretensiones sobre la concurrencia de error de tipo o de prohibición. A esos efectos este Tribunal ha reiterado que la llamada incongruencia omisiva sólo tiene relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia, denegación que se comprueba examinando si existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes (por todas, STC 193/2005, de 18 de julio). En el presente caso, como ya destacara la Sentencia de casación, no cabe apreciar que en la Sentencia de instancia se omitiera valorar la pretensión del recurrente de la concurrencia en su conducta de un error de tipo o de prohibición, toda vez que, como es de apreciar en su fundamento de derecho segundo, existió una amplia y prolija argumentación tendente a desestimar la pretensión del recurrente de considerar que tenía o creía tener derecho a desobedecer la orden recibida por

considerar que era ilegítima y pugnaba con su derecho a la integridad física; cuestión que de nuevo fue objeto de análisis y resolución en el fundamento jurídico undécimo de la Sentencia de casación. Todo ello determina que, verificado que existió una expresa respuesta a esta concreta pretensión en vía judicial, este motivo también debe ser desestimado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN' DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don José T. C.

COMENTARIOS

La Sentencia del T.C. deja plena constancia de la adecuación de la Jurisdicción Militar (Tribunal Militar Territorial Cuarto), a los principios fundamentales de la legalidad penal y sancionadora, con observación del brocardo latino «non bis in idem», al derecho a un proceso con todas las garantías., con escrupuloso respeto al principio de neutralidad del Tribunal Militar Territorial: al de presunción de inocencia; y al de tutela judicial afectiva, con estricta observancia del principio de motivación de la resolución y de las cuestiones que se les suscitó al Tribunal juzgador.

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Dra. Eva María Bru Peral
Capitán Auditor

BIENES DE LA ADMINISTRACIÓN

Derecho de reversión. Desafectación de bienes al destino militar. Aeródromo militar

STS, Sección Sexta, de 14 de marzo de 2006, recurso de casación 7711/2002.

En la presente sentencia se debate la diferenciación existente entre los aeropuertos destinados a la aviación civil, y las instalaciones militares, así como el problema que se presenta cuando la instalación militar ha dejado de ser precisa para las necesidades de la defensa.

Los hechos cuestionados en el presente recurso son los relativos a la expropiación que en el año 1946 se produjo por el entonces Ministerio del Aire para la construcción la base aérea de la Parra, en Jerez de la Frontera. Posteriormente, el 13 de octubre de 1993 el Ministerio de Defensa dicta resolución declarando la desafectación al fin público y la alienabilidad de la base aérea de la Parra; el 19 de mayo de 1995 se publicó edicto del Director Gerente de la Gerencia de Infraestructura del Ministerio de Defensa, poniendo en conocimiento de los antiguos propietarios y causahabientes de las fincas expropiadas la desafectación de los terrenos a efectos del ejercicio del derecho de reversión, cumpliendo así lo dispuesto en el art. 65 del Reglamento de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957.

Sobre la base de lo anterior se sienta que *«el derecho de reversión, regulado en los arts. 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de*

diciembre de 1954, así como los artículos 63 y siguientes de su Reglamento de 26 de abril de 1957, se considera como un efecto especial producido por el juego de la causa de la expropiación pudiendo ser caracterizado como la consecuencia de una «invalidez sobrevenida» a la expropiación por la desaparición del elemento esencial de la causa que la motiva, bien por no establecerse el servicio o ejecutarse la obra que motivó la expropiación, así como, también, si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados o desapareciese la afectación, pudiendo en tales casos, el primitivo dueño o sus causahabientes, recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, abonando a la Administración su justo precio, según se señala en el art. 54 de la Ley Expropiatoria, siendo la desaparición del elemento esencial de la causa, la razón determinante que hace que surja el derecho de reversión.»

En consecuencia, «el supuesto de la desafectación a que se refiere el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 en su originaria redacción, presupone, como señala la sentencia de 6 de abril de 2005 por referencia a la de 25 de enero de 2005, la realización de la obra para la que en su día se efectuó la expropiación, y su posterior abandono, bien por desuso, o, bien por un cambio de uso, en cuyo caso la afectación desaparece, resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley de Expropiación Forzosa en su redacción originaria que reconoce, para el supuesto de desafectación de los bienes expropiados, el derecho de reversión a favor de los titulares de los bienes en ese momento.»

En la STS 14-3-06 partiendo de la distinción contenida en el artículo 82 de la Ley 4/1990, y de que instalación militar es la que es precisa para las necesidades de la defensa, y de que es fin distinto de aquel para el que fueron expropiados, el servicio para la aviación civil, se establece que: «De esta forma, la apertura al tráfico aéreo civil, lo que pone de manifiesto es la condición de instalación militar y por ello precisa una concreta declaración para su apertura al uso civil. Por la misma razón, cuando tales bases militares dejan de destinarse a esa finalidad del Ejército se produce la desafectación formal, en este caso mediante la indicada resolución de 13 de octubre de 1993, que hace posible el ejercicio del derecho de reversión. Así se prevé en el art. 82. cinco.1, párrafo segundo de la Ley 4/1990, de 29 de junio, que crea el Ente Público AENA, que expresamente señala que para adscribir al mismo los bienes de dominio público afectos al Ministerio de Defensa, es preciso cumplir con lo establecido en el art. 2.4 de la Ley 28/84, es decir, que se produzca la desafectación.»

Asimismo, el régimen propio del Ministerio de Defensa, en concreto el art. 2.4 de la Ley 28/1984, de 31 de julio, de creación de la Gerencia de

Infraestructura de la Defensa, en el que se atribuye a dicho organismo autónomo la facultad para la enajenación de los inmuebles de dominio público estatal que dejen de ser necesarios para la defensa, previa la correspondiente desafectación y declaración de alienabilidad efectuada por el Ministerio de Defensa, no supone *«la privación del derecho de reversión que asiste a los propietarios y causahabientes de tales bienes, en cuanto fueron expropiados para un fin o destino que ya no tiene vigencia y por ello, precisamente, se ha producido la desafectación, sin que pueda invocarse el ulterior destino a la aviación civil, que supone un cambio y precisa la necesaria afectación, además de no resultar de aplicación las previsiones de la nueva redacción del art. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa dada por la Ley 38/99.»*

También se analiza en la presente sentencia la imposibilidad de que los terrenos reviertan a sus antiguos propietarios al estar el aeropuerto en pleno funcionamiento. En este sentido, se declara por el Tribunal Supremo que *«la pretensión subsidiaria objeto de este motivo de casación, se ejercita para que la ejecución de la sentencia definitiva no sea de imposible cumplimiento, lo que indica que se trata de una cuestión que en su caso se planteará con ocasión de dicha ejecución. Pero, además, en este caso, lo que se pretende en la demanda es el reconocimiento del derecho de reversión, dejándose para la ejecución de la sentencia la determinación del justiprecio correspondiente, donde podrá suscitarse, en su caso, la forma de reversión in natura o mediante la correspondiente indemnización como ejecución sustitutoria, lo que constituye un derecho o pretensión de la parte demandante que no ha ejercitado en la instancia ni por lo tanto ha tratado de acreditar, remitiéndose genéricamente al desarrollo de la ejecución, lo que justifica la decisión de la Sala de instancia de remitir igualmente al correspondiente incidente de ejecución, como opción legalmente válida atendidas las circunstancias y frente a otros supuestos en los que, habiéndose planteado por el actor en la instancia la imposibilidad de la reversión in natura, se da respuesta a dicha pretensión para que se tenga en cuenta en la ejecución.»*

Contrato de permuta celebrado con la Junta Central de acuartelamiento

STS, Sección Quinta, de 22 de junio de 2005, recurso de casación 1622/2002.

La sentencia declara que no ha lugar al recurso de casación porque el contrato de permuta celebrado con la Junta Central de acuartelamiento no

confiere derecho a la recurrente a pedir la retrocesión, readquisición o reversión del suelo cedido anteriormente, en cumplimiento de deberes urbanísticos, por dicha Junta a un ayuntamiento, pues la subrogación real de la recurrente en el deber de costear la urbanización no implica la subrogación en el derecho a pedir la reversión, ya que con la entrega de las parcelas se agotó el contrato de permuta.

El supuesto analizado en la sentencia parte del Convenio celebrado en 1.981 entre el Ayuntamiento de Badajoz y la Junta Central de Acuartelamientos, Organismo Autónomo del Estado afecto al Ministerio de Defensa, en virtud del cual se establecía que el Organismo Autónomo transmitía al Ayuntamiento una parte de los terrenos en que estaba construido el Cuartel de Menacho «para incorporarse a la calle cuartel», con la obligación municipal de «obtener el máximo aprovechamiento urbanístico... de acuerdo con el avance del Estudio de Detalles» para los restantes terrenos que quedaban en propiedad del Organismo Autónomo y que como Anexo se incorporaba al mencionado convenio, haciéndose la concreta determinación de las distintas parcelas –nueve en total– en que quedaba dividido el terreno edificable así como los usos a que habrían de destinarse. En fecha 30 de marzo de 1.983, el Ministerio de Defensa celebra una permuta con la mercantil P.M., S.A. en virtud de la cual esta sociedad cede al Estado la propiedad de varias fincas rústicas y éste a aquélla cuatro de las parcelas procedentes del antiguo Cuartel, todas con uso residencial-comercial. Es importante señalar que ya en febrero de 1.994 el Ayuntamiento de Badajoz procede a la aprobación inicial de una Modificación Singular (la 1/1.993) del Plan General de Ordenación Urbana, consistente en la Reordenación urbanística de diversas áreas de suelo que afecta esencialmente a los terrenos de autos.

Tal como expone el Tribunal Supremo: *«El posible derecho a pedir la retrocesión, readquisición o reversión del suelo, cedido para espacios libres al Ayuntamiento de Badajoz, lo tendría, en su caso, la Administración del Estado que efectuó tales cesiones, pero nunca la entidad recurrente, ya que el contrato de permuta, que celebró con aquélla, se agotó con la entrega de las parcelas, de las que obtuvo el aprovechamiento urbanístico que, conforme al planeamiento vigente, tenían, de manera que el cambio de planeamiento con la consiguiente alteración del destino del suelo, cedido para espacios libres por la Administración del Estado al Ayuntamiento de Badajoz, no afecta en absoluto a la situación jurídica de la entidad demandante y ahora recurrente en casación».*

Locales cedidos al Estado. Improcedencia de reversión aun transcurridos treinta años

STS, Sección Quinta, de 21 de febrero de 2006, recurso de casación 6037/2002.

La presente sentencia analiza un supuesto de reversión de inmueble destinado a casa cuartel de la Guardia Civil, solicitada por el Ayuntamiento de Godolleta.

La primera cuestión discutida es la normativa aplicable al supuesto de autos, debiendo considerarse que el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955 no resulta de aplicación al supuesto de autos, por cuanto la norma que resultaría aplicable sería, en principio, el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, que expresamente deroga al anterior, de aplicación a los expedientes, no ya en trámite sino, como el de autos, iniciados tras su entrada en vigor.

La STS 21-2-06 analiza la jurisprudencia existente, según la cual la reversión de un solar y de lo en él edificado, a un Ayuntamiento, está prevista para el supuesto de incumplirse las condiciones pactadas, entre ellas, dedicarlo a finalidad distinta de la contemplada. Asimismo, la cesión gratuita de terrenos o bienes municipales de naturaleza patrimonial sujeta al cumplimiento por el ente adquirente de una finalidad de interés para el municipio ha sido calificada por esta Sala en ocasiones como donación modal, en otras ocasiones, sin rechazar esta calificación, esta Sala ha partido del carácter administrativo, sujeto a las normas del Derecho privado, de tal tipo de cesión –sentencia de 31 de octubre de 1988– o lo ha calificado como negocio jurídico innominado. En todos los casos, sin embargo, se ha admitido el carácter administrativo del contrato y la sujeción de su régimen, a falta de normas específicamente aplicables, al Derecho privado.

Como se señala en la sentencia comentada: *«La consecuencia a que llegan estas sentencias es la de que, en el caso de incumplimiento de la finalidad a la que se sujeta la cesión del bien, procede la rescisión del contrato a instancia de la corporación cedente, bien por aplicación del artículo 647 del Código civil (según el cual «la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso») (sentencia de 28 de abril de 1993), bien por entender que al producirse la desafectación de los bienes en su día cedidos desapareció la causa que justificó la razón de ser del negocio jurídico y, por ende, su eficacia por desaparición de la causa del negocio, es decir, de la razón justificativa de su eficacia jurídica (sentencia de 12 de junio de 2001, recurso 322/1997), bien por aplicación del artículo 111*

(antiguo artículo 97.2) del Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales (sentencias de 23 de noviembre de 1992, recurso 4885/1990 y 26 de junio de 2003, recurso 9811/1998).»

Partiendo de lo anterior, se llega por la Sección Quinta del Tribunal Supremo a la conclusión de que *«por la analogía que la figura guarda con las acciones rescisorias y resolutorias, que la misma deberá tener –como las mencionadas– cuatro años de duración, de conformidad con lo establecido en el artículo 1299 del mencionado Código Civil, contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho determinante del incumplimiento y posibilidad de ejercitar la acción.»*

Una vez determinado el plazo de ejercicio de la acción, aun transcurridos los treinta años con el destino previsto, la carga o modo impuesta con la cesión o donación continúa, mas allá de los treinta años, produciendo sus efectos, procediendo la reversión si el donatario o cesionario procede a su cambio de destino (normalmente, en el caso de los Puestos de la Guardia Civil, mediante su venta en pública subasta, una vez llevada a cabo su desafectación).

De esta forma, el criterio sentado por el Tribunal Supremo es el siguiente: *«el destino durante treinta años de los bienes donados o cedidos al fin o destino contemplado en la donación o cesión, no exime –o libera– a la Administración donataria o cesionaria de la obligación de continuar con el cumplimiento del modo o carga impuesto por en donante o cedente, y, en consecuencia, el incumplimiento del mismo, aún transcurridos los treinta años, posibilita y permite el ejercicio de la acción de reversión.»*

En apoyo de este criterio se citan otros supuestos conflictivos analizados por esta misma sección Quinta, como el contemplado por la STS de 12 de junio de 2001, en el cual: *«Desde luego, el contrato celebrado entre ambas Administraciones tiene el carácter administrativo y podría conceptuarse de donación, calificación que asume, por lo demás, la sentencia recurrida, en atención a las tesis que defienden en instancia las partes contendientes, al valorar, desde posturas antagónicas, la eficacia jurídica del contrato verbal ...*

De la referida certificación resulta que más bien nos encontramos ante un negocio jurídico de carácter administrativo e innominado, celebrado entre dos administraciones públicas, por el que se ceden unos terrenos patrimoniales para una finalidad determinada, y por tanto, a falta de una normativa específica del Derecho administrativo aplicable, deberíamos aplicar, en cuanto a sus efectos y extinción las reglas de derecho privado, pues el derecho de reversión, también llamado de retrocesión de los bie-

nes expropiados que se invoca por la sentencia impugnada no es aplicable al caso que enjuicamos ...

La causa del referido negocio, es decir, la razón justificativa de su eficacia jurídica fue la cesión gratuita de unos terrenos municipales para que el Ejército los destinara a campo de tiro a partir del diecinueve de enero de mil ochocientos ochenta y nueve, por lo que al declarar el Ministerio de Defensa, en resolución de veintinueve de enero de mil novecientos noventa y dos, su desafectación de acuerdo con la política del gobierno, desapareció la causa que justificó la «ratio essendi» de aquel negocio jurídico y, por ende, su eficacia jurídica, que no pudo quedar desnaturalizada por el instituto de la prescripción por poseer el Ministerio los citados terrenos patrimoniales en virtud de una expresa autorización verbal de la Corporación municipal, plasmada documentalmente en sesión de diecinueve de enero de mil ochocientos ochenta y nueve».

Y, en el mismo sentido, se cita las SSTs de 5 y 23 de junio de 2003, así como 20 de enero de 2004, consecuencia de cesiones llevadas a cabo por el Ayuntamiento de Albacete en 1945 (esto es, habiendo transcurrido el plazo de los treinta años); las mismas se expresan en los siguientes términos:

«En este litigio no se plantea ni se decide el problema de si procede o no la reversión al Ayuntamiento de Albacete de las fincas registrales números ... y ..., cedidas al Estado Español y respecto de las cuales consta inscrita una cláusula de reversión. La cuestión litigiosa es sí, interpretando la cláusula referida, debe considerarse que la carga impuesta a la donación de las fincas por el Ayuntamiento de Albacete ha sido cumplida, por lo que procede su cancelación, o, por el contrario, las fincas continúan afectas a dicha cláusula de reversión, que es la posición mantenida por el Ayuntamiento de Albacete al denegar la petición de cancelación de la repetida cláusula.

La cláusula de reversión, tal y como la hace constar la sentencia de instancia, tiene el siguiente contenido:

Esta cesión se ha realizado bajo la siguiente condición: sobre la superficie de las fincas cedidas habrán de construirse, en la situada en las eras de Santa Bárbara, viviendas para Suboficiales y Clases del Ejército del Aire, y sobre otra en la Carretera de Circunvalación, viviendas para Jefes y Oficiales de dicho Ejército, y en una y otra, edificios para los servicios generales del Ejército del Aire, a cuyo fin se ceden, habiendo de comenzarse estas construcciones dentro del término o plazo de 2 años a contar desde el 22 de junio de 1945 y terminarse dentro del plazo de los 5 años siguientes (plazo éste suprimido mediante acuerdo del Pleno del

Ayuntamiento de 1 de agosto de 1945, sin constancia registral) a su comienzo, y si no se comenzaran tales construcciones y se terminaran dentro de los plazos expresados, las parcelas revertirán y serán reintegradas al Municipio, quedando nula y sin efecto esta cesión.

El criterio que defiende la Administración recurrente es que la interpretación de la cláusula exige entender que se imponía la reversión de las fincas al Ayuntamiento de Albacete exclusivamente para el caso de que no se comenzaran las construcciones dentro del plazo expresado o no se terminaran (sin sujeción a plazo), por lo cual, habiéndose cumplido estas condiciones, no procede mantener indefinidamente la vigencia de la cláusula de reversión para el supuesto de que la Administración del Estado destine las fincas a otros fines distintos de los consignados (viviendas para personal del Ejército del Aire).

Debemos rechazar el aludido criterio. El artículo 647 del Código Civil, en su párrafo primero, establece que la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél impuso.

El Ayuntamiento de Albacete verificó la donación de las fincas objeto del litigio con una condición o carga específicamente señalada: que sobre la superficie de las fincas cedidas se construyesen viviendas para personal del Ejército del Aire, así como edificios para los servicios generales de dicho Ejército. Si el Estado Español, donatario de las fincas, decidiese destinar éstas a otros fines distintos habría incumplido la condición o carga impuesta por el Ayuntamiento de Albacete. La imposición de la carga resulta inequívocamente de la cláusula transcrita, que expresa que las fincas se ceden para ese fin («a cuyo fin se ceden»).

Si en cualquier tiempo las fincas no se destinasen al fin pactado, se habría dejado de cumplir la condición o carga impuesta por el donante, que realizó un acto a título gratuito, pero sometiéndolo al cumplimiento de dicha condición o carga. Por tanto, la reversión (o revocación de la donación efectuada por incumplimiento de carga) no sólo estaba prevista para el caso de no comenzarse las construcciones en un plazo de dos años a contar desde el 22 de junio de 1945, o de no terminarse éstas (sin sujeción a plazo), sino también para el caso de que el Estado Español, donatario de las fincas, dejase de cumplir el fin o carga impuesta por el Ayuntamiento donante, como establece el artículo 647 del Código Civil.

Ello determina que el Ayuntamiento de Albacete actuase conforme a derecho al denegar la cancelación de la condición o carga, como declaró la sentencia impugnada, que no ha incurrido por tanto en errónea interpretación del artículo 647 del Código Civil».

CONTRATACIÓN

Adjudicación de contrato de suministros. Pretendida rectificación de error material que altera los criterios objetivos de valoración en una cláusula del pliego de condiciones particulares. Indevida aplicación del art. 105.2 de la Ley 30/1992

STS, Sección Cuarta, de 15 de febrero de 2006, recurso de casación 6060/2003.

La presente sentencia parte de la doctrina reiterada desde antiguo de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el que se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación del concurso, según el art. 87 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, es la ley del concurso de forma que ha de observarse un respeto escrupuloso hacia sus bases, con verdadera fuerza vinculante para los contratantes y la Administración; y, en consecuencia, ha de estarse en todo momento a lo que se consigne en el mismo, teniendo en cuenta que para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos administrativos es norma imperativa lo dispuesto en los Pliegos de Condiciones que han de regir el proceso administrativo de ejecución.

La cuestión debatida parte del supuesto en el que, una vez adjudicado el contrato administrativo, con aplicación de una fórmula aritmética determinada para concretar las valoraciones de las ofertas de las empresas concursantes, y cuando incluso ya se había otorgado el contrato, ante la discrepancia formulada por una empresa que no resultó adjudicataria, se dicta la resolución impugnada, primero ante el TSJ de Madrid, y posterior, en casación, ante el tribunal Supremo, en la que, por vía de supuestos errores fácticos, se produce una modificación sustancial de la cláusula 9.^a del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, vaciando la fórmula de valoración de las ofertas de las empresas concursantes, lo que entraña un cambio sustancial y «a posteriori» de aquel pliego cuando ya se había adjudicado, no ya el concurso sino otorgado incluso el contrato a la adjudicataria.

Tal como establece el Tribunal Supremo, el art. 105.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, ha de ser interpretado restrictivamente precisamente para evitar que la Administración amparándose en su potestad rectificadora, encubra un quehacer revocatorio, ya que una cosa es rectificar errores materiales y otra variar bajo esta articulación un criterio objetivo de los que se debieron aplicar para resolver el concurso, con un valor eminentemente jurídico. Por ello, los requisitos que han de concurrir para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho son los

siguientes: *«Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas, o transcripciones de documentos, que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierta, que sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables, que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos, 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), que no padezca la subsistencia del acto administrativo es decir, que no 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 rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión, y que se aplique con profundo criterio restrictivo.»*

Concluye la sentencia comentada que en el supuesto que nos ocupa: *«se rectificó por la Administración militar un supuesto error material que modificó el contenido de una cláusula del Pliego de Condiciones Particulares de un concurso para la adjudicación de un contrato de suministros, alterando de ese modo y no rectificando, los criterios objetivos de valoración establecidos, alteración que como exponía el escrito de la recurrente que fue el detonante de la pretendida rectificación, cambiaba el resultado del concurso y afectaba a la empresa a la que en principio hubiera podido corresponder la adjudicación, cuestión en la que no entró la Sentencia que se limitó a disponer el nuevo estudio y adjudicación del concurso sin modificación de la cláusula afectada.»*

IVA. Los suministros de uniformes de campaña y trabajo al Ministerio de Defensa no constituyen suministro de «material de uso específicamente militar» a que se refiere la Ley 6/1987, de 14 de mayo, de Dotaciones presupuestarias para inversiones y sostenimiento de las Fuerzas Armadas, y están sujetos y no exentos del IVA. Queda así sin contenido la supuesta discriminación entre los suministradores españoles y extranjeros

La STS, Sección Segunda, de 14 de junio de dos mil seis, recurso de casación 2443/2000, ante la petición de devolución de ingresos indebidos por el Impuesto sobre el Valor Añadido, formulada por una entidad mercantil a la Administración Tributaria de la Agencia Estatal de Alcobendas, establece que

la exención del IVA está condicionada al carácter concreto de los bienes que se suministran a la Administración, y éstos son: armamento, munición y material de uso específicamente militar (art. 2.1 de la Ley 6/1987, de 14 de mayo), y los uniformes no son material de uso específicamente militar, sino una vestimenta que por su diseño, material y color identifica al que la porta como miembro de un colectivo, en este caso, el ejército.

Tal y como se determina por la STS 14-6-2006: *«Las Leyes 44/1982 y 6/1987 tienen una voluntad expresa de favorecer a la industria nacional (que, además, no establecen declaraciones de validez general e intemporal sino que tienen una proyección temporal adecuada a los programas de que en cada caso se trataba –en la primera Ley, para los años 1983 a 1990 y, en la segunda Ley, para los años 1986 a 1994–). Y en cierto modo, se infiere de ello que, cuando no haya más remedio que acudir al extranjero para adquirir el producto, es cuando, con el fin de reducir los costes correspondientes derivados del pago de los derechos de importación del producto, se aplica la exención, primero, de los derechos de establecidos en el Arancel y del Impuesto de Compensación de Gravámenes Interiores (art. 9 de la Ley 44/1982) y, desde el 1 de enero de 1986, del IVA que grava esa importación.*

En consecuencia, el que los uniformes que fabrica la recurrente deban considerarse como de uso específicamente militar es algo, en realidad, totalmente ajeno a la esencia del caso, pues no se está ante un supuesto de importación en el que hipotéticamente pudieran entrar en juego las Leyes antes citadas (de las que parece poderse inferir que se referían a material de otro tipo, tal como armamento o tecnología militar, distinto de los uniformes, pues a productos de alta tecnología se hacía referencia en la Exposición de Motivos de la Ley 6/1987 y, a maquinaria y material, en el art. 9 de la Ley 44/1982), y, por tanto, la comparación efectuada por la recurrente entre productores nacionales (a los que las Leyes favorecen) y suministradores extranjeros carece, este caso de autos, de predicamento.»

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Accidente durante la realización de pruebas físicas en batallón de infantería ligera

STS, Sección Sexta, 24 de septiembre de 2006, recurso de casación para unificación de doctrina 334/2005.

Se analiza en la presente sentencia la posibilidad de aplicar por analogía el baremo correspondiente a los accidentes de tráfico.

La sentencia que se recurrió en casación desestimó la pretensión formulada por considerar que la indemnización concedida al perjudicado en vía administrativa en aplicación del Real Decreto 1234/1990, de 11 de octubre, que regula la concesión de pensiones e indemnizaciones del régimen de clases pasivas del Estado, a quienes prestan el servicio militar y a los alumnos de los centros docentes militares de formación, es suficiente al reparar íntegra y correctamente los daños y perjuicios que para el recurrente se derivan del accidente sufrido.

El Tribunal Supremo, tras analizar las sentencias de contraste aportadas por el recurrente, considera que: *«No existe, pues, antinomia jurídica entre una y otras sentencias, pues en la sentencia impugnada se desestimó pretensión indemnizatoria solicitada por considerar que se han reparado íntegramente los daños y perjuicios sufridos en base al citado Real Decreto 1234/1990, y que no se propuso prueba pericial médica alguna que permita llegar a una conclusión diferente de la que fijó el Tribunal Médico Central Militar; por lo que procede declarar no ha lugar al presente recurso de casación para la unificación de doctrina.»*

**Falta de relación de causalidad, culpa exclusiva del perjudicado.
Entrada en campo de tiro contra la prohibición expresa y con pleno conocimiento del perjudicado**

STS, Sección Sexta, de 4 de julio de dos mil seis, recurso de casación 1597/2002.

La sentencia analiza la explosión de un mortero al ser manipulado por el recurrente, a raíz de su entrada, sin autorización, en el Campo de Tiro y Maniobras de Cerro Muriano para recoger chatarra. La indemnización de daños y perjuicios solicitadas se basaba en considerar que las lesiones padecidas son imputables a la Administración al carecer el Campo de Maniobras de las medidas de seguridad necesarias.

La jurisprudencia exige para que resulte viable la reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

Como señala la Sección Sexta del tribunal Supremo, «A tal efecto y por lo que se refiere al nexo causal, que es el requisito cuestionado en este

caso, ha de tenerse en cuenta que el carácter objetivo de esta responsabilidad no supone que la Administración haya de responder de todas las lesiones que se produzcan en el ámbito del servicio público, siendo preciso para ello que la lesión pueda imputarse al funcionamiento del servicio, quedando exonerada la Administración cuando la intervención de tercero o del propio perjudicado reviste la suficiente intensidad para resultar determinante del resultado lesivo, quebrando la relación con el servicio público en cuyo ámbito se han producido los hechos, aun cuando el funcionamiento del mismo sea defectuoso.»

En el presente caso, «el recurrente no sólo entró sin autorización en el Campo de Tiro, para recoger chatarra, sino que lo hizo contra la prohibición del Guarda D. J. M., y que conocía, tanto él como su familia, que la entrada a dicho recinto estaba prohibida, recogiendo un «mortero» que al manipularlo le estalló y le produjo las lesiones y secuelas padecidas, concluyéndose en dicha sentencia que: «de toda la documental existente en el expediente se desprende que el recurrente conocía que entraba en un Campo de Tiro y Maniobras cuyo acceso estaba prohibido, en tales condiciones y consciente del peligro que entrañaba manipuló uno de los objetos hallados, por lo que los tristes resultados se deben a la imprudencia del propio actor».

Con base en estas circunstancias, el tribunal sentencia que «la invocación de la deficiente señalización y vigilancia del Campo de Tiro carece de toda relevancia e incidencia, cuando quien la alega conoce perfectamente la naturaleza de la instalación militar, los riesgos que comporta, sus límites espaciales, la prohibición de acceso a la misma, con expresa indicación del Guarda reiterada el día anterior a los hechos, y a pesar de ello, infringe la prohibición de entrada y recogida de efectos y penetrando en el recinto procede a recoger restos de la actividad militar y a manipularlos, produciéndose el lamentable suceso con las graves consecuencias para su integridad que describe, que sólo son imputables a su propia conducta, adoptada con pleno conocimiento de la prohibición que infringía y asumiendo unos riesgos de los que solamente él resulta responsable, quebrando el nexo causal con el servicio público, dado que aun cuando las medidas de vigilancia y control pudieran considerarse objetivamente insuficientes, en modo alguno pueden calificarse como tales respecto de quien conoce perfectamente la situación y eludiendo la prohibición expresamente reiterada al mismo, penetra en las instalaciones y manipula los restos propios de la actividad militar desarrollada, siendo esa imprudente conducta tan determinante de los hechos que supone la ruptura del nexo causal y la exoneración de la responsabilidad de la Administración, según criterio mantenido en la jurisprudencia antes indicada.»

PERSONAL MILITAR

Complementos de destino y específico. Relación con el empleo en las Fuerzas Armadas

STS, Sección Séptima, de 20 de junio de 2005, recurso de casación en interés de ley 46/2003.

En esta sentencia el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación en interés de ley planteado por el Abogado del Estado contra la STSJ de Castilla y León, con sede en Burgos, de 21 de febrero de 2003, recaída en el recurso n.º 30/2002, por la que se estimaba parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don B.C.G. contra la Resolución del Subsecretario de Defensa de 28 de noviembre de 2001, anulando las mismas por contrarias a derecho, y declarando en su lugar el derecho del recurrente a percibir los complementos de destino y específicos previstos para el empleo de Subteniente al estar ocupando una plaza prevista para dicho empleo, declarando en consecuencia el derecho del recurrente a percibir desde el mes de mayo de 1996 inclusive hasta marzo de 2000 las diferencias salariales existentes entre el complemento de destino y específico que como Brigada ha percibido y las que debió percibir por estos conceptos correspondientes al empleo de Subteniente, más los intereses legales correspondientes.

El Abogado del Estado propugna que se declare como doctrina legal lo siguiente: «el complemento de destino y el complemento específico de los militares profesionales se percibe en función del empleo militar con independencia del puesto de trabajo que se desempeñe y con independencia de cuál sea dicho puesto de trabajo».

Por su parte, el Ministerio Fiscal propugnó la desestimación del recurso toda vez que la doctrina que se pretende declarar ya ha sido establecida, por Sentencia de 25 de febrero de 2002. La sentencia citada establecía lo siguiente: *«Es, por eso, evidente que el sistema retributivo militar no es idéntico al funcional civil y mal podría serlo dada la diferente caracterización jurídica de la carrera profesional en uno y otro ámbito, puesto que la carrera militar está regulada por la Ley 17/1989 en torno a un sistema de promoción profesional mediante el ascenso al empleo militar superior, con la consecuencia de que en la función militar las retribuciones giran fundamentalmente en torno al empleo militar que se ostenta, mientras que en la función pública civil las retribuciones se determinan en mucha mayor medida por el puesto de trabajo que se desempeña».*

Estas notas diferenciales permiten comprender la diferente caracterización jurídica del llamado «complemento específico» en uno y otro sector

de la función pública. En la función pública civil, el artículo 23-3-b) de la Ley 30/1984 lo define como «destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad». En cambio, el Reglamento General de Retribuciones de las Fuerzas Armadas establece en su artículo 4-3 que «el complemento específico a que se refiere el artículo 23-3-b), de la mencionada Ley 30/1984, de 2 de agosto, se percibirá en función del empleo militar en las cuantías mensuales que se detallan en el Anexo I», añadiendo a continuación que «no obstante, se podrán asignar a determinados puestos complementos específicos singulares distintos a los relacionados en los anexos I y II, teniendo en cuenta su mayor responsabilidad, dificultad técnica, peligrosidad o penosidad».

De este modo, el modelo retributivo militar establece dos complementos específicos diferentes: el que podría llamarse «complemento específico general», que se percibe en función del empleo militar que se ostente, sin referencia alguna al puesto de trabajo desempeñado, y el «específico singular», que corresponde a concretos puestos de trabajo en función de sus características peculiares. La misma redacción de los preceptos transcritos permite concluir que bajo la misma denominación, el complemento específico de la función pública civil y el complemento específico general de la militar tienen una naturaleza jurídica distinta. Sí que puede predicarse, en cambio, una sustancial identidad entre el complemento específico «singular» militar y el específico regulado en el artículo 23 de la Ley 30/1984, pues ambos se definen por los mismos parámetros».

Ascensos.

SAN, Sección Quinta, de 11 de marzo de 2005, recurso 164/2004

La Audiencia Nacional estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Ministerio de Defensa de 27-11-2003, sobre ascenso a Coronel Auditor en reserva.

En la sentencia de la Audiencia Nacional de referencia se parte del supuesto por el que la Administración procedía a la anulación del acto de ascenso al empleo de Coronel Auditor, a través de un recurso interpuesto por una persona que posteriormente desistió. Tal desistimiento, fue utilizado, por la Administración, para en aplicación del art. 91.3 de la Ley 30/92, continuar el procedimiento, y posteriormente proceder a dicha nulidad, al considerar que se habían producido dos ascensos indebidos de sendos oficiales del Cuerpo Jurídico Militar en reserva procedentes de la

reserva transitoria, en función de un error cometido al concretar que oficial producía el arrastre al empleo superior.

En relación con ello, establece la sentencia que *«con independencia de las razones que pueden asistir a la Administración para anular el acto en cuestión, el mecanismo que permite el art. 91.3 de la Ley 30/92, de continuar el procedimiento no obstante el desistimiento del interesado, no puede extenderse a la vía de recursos, porque estos responden a una finalidad y naturaleza distinta, cual es, atacar la validez, o presunción de legalidad de un acto administrativo. Y para ello es imprescindible la intervención del particular, sin la cual la impugnación carece de objeto, por lo que en caso de desistimiento del interesado recobra su eficacia el acto impugnado.»*

Por ello, *«existiendo una orden de ascenso, posteriormente impugnada, recobra su eficacia en el momento en que el recurrente desiste del recurso administrativo, sin que la Administración pueda suplir la actividad del particular, haciendo una extensión indebida en vía de recurso de lo dispuesto en el art. 91.3 de la Ley 30/92.»*

En consecuencia, concluye en la citada SAN: *«No obstante ha de significare, que el ordenamiento jurídico ofrece a la Administración el remedio para atacar la resolución por la que se asciende al empleo de Coronel Auditor a los Tenientes Coroneles en reserva transitoria señores Enrique y Carlos Manuel, en el caso de que entienda de que existió un error al dictarse dicho acto en lo que se refiere a los mencionados ascensos.*

Dicho remedio, tratándose de actos declarativos de derecho, se articulan mediante la revisión de oficio de actos nulos (art. 102 de la Ley 30/92) o de actos anulables (art. 103 de la Ley 30/92).

Por consiguiente, ha existido una indebida aplicación el art. 91.3 de la Ley 30/92, y con ello se ha revocado un acto administrativo sin sujetarse a los procedimientos existentes al respecto, lo que nos ha de llevar a declarar su nulidad, al amparo del art. 62.1.e) de la Ley 30/92, con lo que recobra eficacia plena la resolución núm. 431/01172/03, por la se asciende a Coronel Auditor en reserva al recurrente.»

Reorganización de Unidades. Sanidad Militar SAN, Sección Quinta, de 22 de julio de 2005, recurso 604/2003

La Audiencia Nacional estima el recurso presentado contra la resolución del Ministro de Defensa por la que se cesaba al recurrente en su destino en aplicación de la Instrucción 225/2002, que fija las normas para el

personal del Cuerpo Militar de Sanidad afectado por la constitución e integración de la red sanitaria militar; pasando éste a la situación de servicio activo pendiente de asignación de destino y en comisión de servicio en la Unidad de procedencia hasta que corresponda nuevo destino o cambio de situación administrativa.

En esta sentencia se estudia las facultades otorgadas por la normativa vigente en materia de destinos al Ministro de Defensa como consecuencia de la Orden Ministerial 147/2002, de 27 de junio, que regula la estructura de la Red Sanitaria Militar. Esta Orden establece en su preámbulo que el nuevo panorama que supone, por un lado la variedad de misiones y los diferentes campos de actuación de las Fuerzas Armadas y por otro la evolución de la Sanidad en nuestro país, hace necesario una profunda transformación de la Sanidad Militar cuya misión principal es el apoyo sanitario a las Fuerzas Armadas, por lo que su dimensionamiento debe ser acorde al tamaño y misiones de las mismas. Asimismo, añade que esta integración no puede abordarse aisladamente, sino que debe quedar enmarcada en la racionalización y modernización del conjunto de la Red Sanitaria Militar, entendiéndose ésta como una estructura superior, integrada por el conjunto de la Red Hospitalaria y otros Centros sanitarios dependientes de la Subsecretaría de Defensa.

Esta modernización debe estar presidida por los principios de optimización de recursos, simplificación administrativa, coordinación, economía de medios y eficacia funcional. Asimismo, debe tender a proporcionar una formación continuada al personal del Cuerpo Militar de Sanidad que garantice una asistencia sanitaria de calidad a las Fuerzas Armadas en cualquier ambiente o situación.

Sentado lo anterior, la consecuencia, como remarca la sentencia citada es *«un profundo cambio en los medios personales de la Sanidad Militar, con las consecuencias lógicas de ceses en los destinos y nuevos nombramientos, al aconsejarlo esas nuevas necesidades de dicho servicio. De ahí que el Subsecretario, al que se le faculta por esa Orden y por la 120/1993, en los términos expuestos, dicte la Instrucción 225/2002, con base a la cual se dictó el acto de cese del recurrente hoy recurrido.»*

No obstante, después de citar y valorar toda la documentación obrante en el procedimiento, se llega por la Audiencia Nacional a: «la conclusión de que, en la fecha de entrada en vigor de la Instrucción 225/2002, de 22 de octubre, del Subsecretario de Defensa, existían en el Hospital General de la Defensa de San Fernando, a los efectos que aquí interesan, dos puestos de trabajo para personal militar, uno para la especialidad de Alergología asignado a Don P., con código de puesto de trabajo 19G/01/001

ALG, y otro para la especialidad médica de inmunología, asignado a Don A., con código de puesto de trabajo 19G/19/001 IN.

En consecuencia, la plantilla de destinos existente en el Hospital General de la Defensa de San Fernando, en el momento en que entró en vigor la Instrucción 225/2002, de 26 de octubre, coincidía exactamente con la plantilla de destinos prevista en dicha instrucción, por lo que no era necesaria reorganización alguna.

Por lo tanto, el cese del Capitán Médico P., en su destino en el Hospital General de la Defensa de San Fernando, en virtud de la resolución recurrida, no se ajusta a la citada Instrucción y a la normativa que la ampara y arriba se ha expuesto, porque no puede considerársele excedente de plantilla dado que la plaza que ocupaba sigue contemplándose en las plantillas de destinos vigentes.

Y el hecho de que el Capitán Médico Don P., se encuentre destinado desde el 15 de septiembre de 2003 por Orden 431/1496, en el Hospital General de la Defensa de San Fernando en vacante de especialidad complementaria alergología, en un puesto a amortizar en plantilla adicional, no implica, una satisfacción extraprocesal, como sostiene la representación del codemandado Sr. A., puesto que se trata de vacante distinta y a amortizar, lo que no obsta para que el hoy recurrente, pueda impugnar, como efectivamente lo hace, el acto administrativo que le priva de la plaza que gozaba en contra de lo establecido en la Instrucción 225/2002, de 26 de octubre, y de esa forma se le reponga en la plaza que ocupaba.»

Destinos. Provisión por antigüedad SAN, Sección Quinta, de 11 de marzo de 2005, recurso 184/2004

La sentencia analiza la contradicción existente entre la OM 120/1993 que aprueba las normas de Clasificación y Provisión de Destinos del Personal Militar Profesional, modificada por la OM 144/1995 y el RD 431/2002, de 10 de mayo, en materia de asignación de destinos por el sistema de provisión por antigüedad. Así la controversia se centra en la procedencia de la aplicación o no del artículo 45 de la OM 120/93, que establece una prelación en orden de asignación a favor del más antiguo sin el tiempo de mando o función cumplido y que no lo este perfeccionándolo en su actual destino.

Como cita la SAN de 11 de marzo de 2005: «*La materia que nos ocupa, asignación de vacantes por antigüedad conforme a la OM 120/93), y/o el RD 431/2003, ha sido objeto de discrepancia tanto en vía administrativa como en esta sede jurisdiccional.*

Es así que en un primer momento, la Administración en sus informes (Servicio de Vacantes y Destinos de la Dirección General de Personal) mantenía el criterio de apoyar la legalidad de aquel que basaba su petición en una mayor antigüedad, aunque no tenía cumplido el tiempo de mando necesario para el ascenso, ni lo estaba perfeccionado, frente a quien al hacer la solicitud, siendo menos antiguo, si lo tenía cumplido, y por ello consideraba tener mejor derecho que el anterior a ocupar la referida vacante de acuerdo con el artículo 45.2 a) de la OM 120/93, modificado por la OM 144/95. Es decir mantenía la Administración que es aplicable el RD 431/2003, art. 8, apartado c).

Esta posición ha variado, y tanto es así que en posteriores litigios, han existido recurrentes que, participando en concursos por antigüedad, no recurrieron la resolución por las que se asignaban, pese a no ganar la plaza, porque entendían que la misma se ajustaba a derecho, al ser acorde al RD 431/02, de 10 de mayo (RCL 2002\1254), pero que hubieron de acudir posteriormente a la jurisdicción ya que el criterio de asignación cambia a raíz de un escrito del Mando de Personal del Ejército, de 6 de junio de 2003, que se fija como criterio único a efectos de asignar destinos por antigüedad con carácter voluntario la OM 120/93.»

Partiendo de estos antecedentes, la sentencia analiza la normativa vigente y estima parcialmente el recurso (sin acceder a la pretensión de asignación de vacantes por parte del Tribunal) presentado con estos argumentos:

«La Ley 17/99, de 18-V, en los artículos 126 y siguientes, confiere a los militares profesionales la posibilidad de ocupar destinos en las distintas unidades, que hayan sido clasificadas y, dentro de los tres procedimientos previstos, el de antigüedad entraña la adscripción entre los interesados que cumplan los requisitos exigidos para el puesto, conforme con las normas reglamentarias que se determinarán.

La nueva norma ha sido dictada por el RD 431/2002, de 10 de mayo, rango normativo que nos obliga ya en primer término a tener bien presente el principio de jerarquía normativa previsto en el artículo 9.3.º de nuestra Constitución. Este Real Decreto, acorde con los principios que inspiraron la Ley 17/99, en concreto acabar con la dispersión de normas existentes en el marco de las Fuerzas Armadas, por su mera existencia afecta a la OM 120/93, de 23 de diciembre, solo de aplicación a los militares de carrera y a los militares de empleo con categoría de Oficial, y no al resto de militares profesionales para los cuales existía una normativa específica y diferenciada, de tal modo que lo que se pretende es unificar en una nueva disposición de rango superior la clasificación y provisión de destinos dentro de las directrices de la Ley 17/99, de 18 de mayo, entre las que se encuen-

tra la de «conseguir una mejor distribución de los efectivos, y por ende la posibilidad por parte del Ministerio de limitar no ya en la asignación, sino en la publicación de las vacantes, las solicitudes a determinados colectivos» (art. 6.5 RD 431/02). Es decir, se tiene en cuenta con preferencia el puesto o vacante, como ocurre con la posibilidad de limitar la solicitud a los militares designados en aquellas unidades, centros u organismos en los que existe excedente de personal sobre la plantilla de destinos, o a los que estén en activo «pendientes de asignación de destinos».

A esta mayor flexibilidad, y operatividad, parece responder el criterio que fija la nueva normativa en su art. 8, apartado c) «destinos de provisión por antigüedad: son los que se asignan por este criterio, entre los interesados que cumplan los requisitos para el puesto». En otras palabras, no haciéndose distinción alguna respecto al tiempo de mando o función cumplido y no lo este perfeccionándolo en su actual destino. Este silencio, no es gratuito, significa de una parte que no se tiene en consideración otro criterio que el de la mera antigüedad, o lo que es lo mismo, no se distingue entre el más antiguo, lisa y llanamente, y el más antiguo sin el tiempo de mando o función cumplido y no lo este perfeccionándolo en su actual destino, requisito este último mas relacionado con los «ascensos», con lo cual en este extremo no prevalece la OM 120/93, ya que la Disposición Transitoria única del RD citado solo admite validez a la normativa de vacantes y destinos que hasta la fecha se venían aplicando en aquello que no se oponga al presente Reglamento de Destinos, como ocurre en el presente caso, que con independencia del grado de desarrollo del procedimiento para proveer el destino si fija la piedra angular que lo inspira, que es la «antigüedad».

La expresión «destinos de provisión por antigüedad: son los que se asignan por este criterio» ha de ser interpretada gramaticalmente, es decir, «solo por la antigüedad», o como dice el Código Civil en su art. 3, según el sentido literal de sus palabras, lo que quiere decir que el interprete ha de sujetarse al sentido gramatical del texto legal, entendiéndose por tal el mas inmediato al mismo, el que de modo directo resulta de las reglas del buen hablar, y donde la norma no distingue, no caben distinciones fruto de una interpretación extensiva, que de aceptarse cambia las consecuencias que derivan de su mera lectura. Es decir, ya no se asignaría la vacante al más antiguo, sino más antiguo sin el tiempo de mando o función cumplido y no lo este perfeccionándolo en su actual destino.

En segundo lugar el art. 8, apartado c) «destinos de provisión por antigüedad: son los que se asignan por este criterio, añade entre los interesados que cumplan los requisitos para el puesto».

Analicemos someramente este particular. El RD que nos ocupa, al tratar de las vacantes, y entre ellas, las de provisión por antigüedad, art. 6.3.º, nos dice a lo largo de su artículo 7.2 que podrán ser solicitadas por aquellos que, en primer lugar cumplan los requisitos que se exijan en la correspondiente publicación, lo que da idea de la posibilidad de un gran margen de especificidad en los requisitos de los candidatos, y tengan cumplido el tiempo mínimo de permanencia en su actual destino, lo que significa de un lado que cuando se ha querido distinguir se ha hecho y que al tratar de los requisitos para el puesto no se ha incluido a los que no tengan el tiempo de mando o función cumplido y no lo este perfeccionándolo en su actual destino.

Es más, sobre este particular existe una clara contradicción entre las dos normas en juego, así mientras el artículo 25 de la OM 120/93, de 23-XII, determina que el tiempo mínimo de permanencia en un destino se empezará a contabilizar el día de su publicación en el BOD, el art. 17. 4 del RD 431/02 determina que el tiempo mínimo de permanencia en un destino se empezará a contabilizar el día siguiente de su publicación en el BOD.»

Debe señalarse que la presenta sentencia cuenta con un interesante **voto particular** en donde se mantiene que «el criterio mantenido por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa y que sirve de fundamento a la resolución recurrida es el correcto ya que el Real Decreto 431/2002 no contiene ninguna norma para asignar con carácter voluntario destinos por antigüedad ya que la sección segunda capítulo IV sólo se refiere a «asignación de destinos con carácter forzoso» y la sección 4.ª del mismo capítulo se refiere a «asignación de puestos durante los períodos de embarazo y lactancia», limitándose el artículo 8 (dentro de la sección 1.ª del mismo capítulo referida a normas generales) y tal como hacía el artículo 18 de la orden 120/93 a definir como indica su propia rubrica «concepto y clasificación» el concepto de destino por provisión por antigüedad pero sin establecer ninguna norma para su asignación por lo que ante ausencia de normas se deben aplicar las previstas en la Orden 120/93 para asignación con carácter voluntario de destinos por antigüedad».

Continúa exponiendo la Ilma. Magistrada autora del voto particular su opinión señalando que: «Por otra parte querría precisar que la Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa siempre ha mantenido el mismo criterio al conocer de los recursos de alzada interpuestos contra resoluciones por las que se asignan vacantes, separándose del criterio mantenido por el Servicio de Vacantes y Destinos de la Dirección General de Personal, que es el órgano administrativo que mantenía que no era aplicable la OM 120/93 hasta el escrito de Mando de Personal de 6 de junio de 2003 en el que se comunica que la Asesoría Jurídica General del Ministerio de defensa ha

fijado como criterio único a seguir en el conjunto de las Fuerzas armadas que sea de aplicación la OM 120/93 para los actuales procesos de resolución de vacantes por provisión por antigüedad solicitadas con carácter voluntario o anuente. La causa de que la Asesoría Jurídica considerara que no procedía estimar los recursos de alzada era porque aun cuando consideraba aplicable la OM 120/93 entendía que el recurrente no era el más antiguo de los peticionarios sin el tiempo de mando o función cumplidos.

Asimismo señalar que el hecho de que se de preferencia al mas antiguo sin el tiempo de mando o función cumplido tiene su razón de ser en conseguir que haya más número militares que hayan realizando cometidos directamente relacionados con la preparación y empleo de la fuerza o realizando cometidos propios de sus Cuerpos durante los años necesarios para cumplir las condiciones para el ascenso y puedan por tanto desarrollar su carrera militar. De forma consecuente con ello el artículo 19.3 del Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional aprobado por RD 431/2002 establece que a los militares que renuncian a ser evaluados para el ascenso se les cesa de aquellos destinos en que se cumpla tiempo de mando o función al objeto de que sean ocupados por personal que no lo tenga cumplido finalidad que sólo se cumple si se reconoce esa preferencia para ocupar destinos tal como establece el artículo 45.2 a) 2 de la OM 120/93.»

CUESTIÓN DE COMPETENCIA

Cuestión de Competencia Negativa entre una Sala de un Tribunal Superior de Justicia y un Juzgado Central. Recurso contencioso-administrativo planteado por unos funcionarios militares, en situación de reserva, en relación con determinados descuentos en sus nóminas

STS, Sección Primera, de 22 de noviembre de 2005, cuestión de competencia 98/2004.

El supuesto de hecho analizado en la presente sentencia parte de recurso formulado contra un acto presunto, cuando con posterioridad se dicta una resolución expresa por el Secretario General Gerente del ISFAS. El Tribunal Supremo atribuye la competencia a la Sala del Tribunal Superior de Justicia.

La atribución de competencia se fundamenta en los siguientes razonamientos: *«la competencia discutida corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de que se trata, toda vez que planteado el recurso*

contencioso-administrativo origen de estas actuaciones contra el acto presunto del órgano competente del Ministerio de Defensa que denegó la solicitud de los interesados, con posterioridad al planteamiento del indicado recurso se dictó resolución expresa por el Secretario General Gerente del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, por lo que al estar ante un acto que emana de un órgano de un organismo público, con competencia estatal y categoría inferior a Secretario de Estado, y teniendo por objeto una cuestión de personal, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 10.1.i) en relación con el 9.c), ambos de la Ley de esta Jurisdicción. Preciso es tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en los arts. 4 y 5 del Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), adscrito al Ministerio de Defensa, gestiona el mecanismo de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y es un Organismo público con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión. También hay que significar que conforme a la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 64/201, de 26 de enero (en vigor de acuerdo con lo dispuesto en la disposición derogatoria única del Real Decreto 1551/2004, de 25 de junio), se suprimió el cargo de Director general Gerente del ISFAS, asumiendo sus funciones el Secretario general de dicho Instituto, cuyo nivel orgánico es el de Subdirector general conforme al art. 7.2 del Real Decreto 296/1992, de 27 de marzo.»

Cuestión de competencia Negativa entre una Sala de lo Contencioso-administrativo de un Tribunal Superior de Justicia, la Sala de dicho orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional y un Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo para conocer de un recurso contencioso-administrativo planteado por un soldado militar profesional de tropa y marinería al serle denegado, por el General Jefe del Estado Mayor del Ejército, el ascenso a cabo. Competencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional STS, Sección Primera, de 8 de febrero de 2005, cuestión de competencia 85/2004.

El presente caso analiza un recurso contencioso-administrativo planteado por un militar de la categoría de tropa y marinería profesionales al que serle denegado, por resolución del General Subdirector del Servicio Militar confirmada por el General Jefe del Estado Mayor del Ejército, su solicitud de ascenso a Cabo.

Conforme a lo dispuesto en el último inciso del apartado a) del artículo 11.1 de la Ley de la Jurisdicción, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional es competente para conocer en única instancia de los recursos contra los actos de cualesquiera órganos centrales del Ministerio de Defensa referidos, entre otras materias, a ascensos.

Sobre esta base el Tribunal Supremo dictamina que: «A la conclusión que se ha sentado no puede oponerse que en el caso de que se trata no se está ante un ascenso de un funcionario de carrera, pues si bien en el referido apartado a) del art. 11.1 de la Ley de esta Jurisdicción expresamente se alude a los funcionarios de carrera al concretar los recursos contencioso-administrativo que son competencia de la Audiencia Nacional en materia de personal, a dicha exigencia no se alude en el mencionado apartado al expresar los actos del Ministerio de Defensa cuyo conocimiento corresponde a la citada Audiencia. Debe, además, tenerse presente que, como ha señalado un sector doctrinal, el motivo de la atribución de competencia a la Audiencia Nacional de los recursos referidos a actos del Ministerio de Defensa en materia de ascensos, orden y antigüedad en el escalafonamiento y destinos, obedece a la necesidad de una estricta unidad de criterio en los aspectos señalados, ya que las Fuerzas Armadas se estructuran jerárquicamente y en relación a todo el territorio nacional, de suerte que ha de seguirse una línea única en la aplicación de las normas reguladoras de las indicadas materias.»

3. DOCUMENTACIÓN

DICTAMEN DEL COMITE DE DERECHOS HUMANOS DE LAS
NACIONES UNIDAS

DOBLE INSTANCIA: ¿CASACIÓN O APELACIÓN?

**Breves notas introductorias al Dictamen, sobre la doble instancia, en
la Comunicación 1.104/2002, del Comité de Derechos Humanos de
las Naciones Unidas.**

Luis Bernardo Álvarez Roldán
General Auditor

El Derecho a la doble instancia es fruto del Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos del 1948, signado en New York, por cuya efectividad vela el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1).

España, el 2 de abril de 1985, ratificó su adhesión al Protocolo Facultativo del Pacto aludido, reconociendo la competencia del Comité para dictaminar sobre posible violación o no del Pacto, o mejor aún de los derechos individuales del Pacto Internacional por actuaciones de la Jurisdicción española.

El continuo perfeccionamiento de las normas que regulan la Jurisdicción Militar, en especial para adecuarlos a la actual interposición de los pactos internacionales sobre Derechos Humanos, y por otra parte para reforzar las garantías individuales derivados de los derechos fundamentales de nuestra Constitución, encuentra un hito significativo en la Ley Orgánica 9/2003, de 18 de julio.

Aun así, «la adecuación de la jurisdicción castrense a los postulados constitucionales y a las exigencias propias de una sociedad democrática» se efectúa en la reforma de 2003, como constata MILLAN GARRIDO (2), pero alude a que en «la reforma debió emplearse a otras cuestiones, muchos de ellos de relevancia y trascendencia...» (3).

(1) Recientemente, la ONU crea en sustitución del Comité, la Comisión de Derechos Humanos, potenciando sus actividades y competencia. Prensa diaria.

(2) Antonio Millán Garrido. Las modificaciones introducidas en el régimen orgánico procesal de jurisdicción militar por la L.O. 9/2003, de 15 de julio. Tenemos resueltos y cuestiones pendiente. REDM, num. 82: julio-diciembre. 2003; Escuela Militar de Estudios Jurídicos. M. de Defensa; pág. 13.

(3) Ídem; pág 14.

En efecto, en los propios ambientes jurídico militar la cuestión del «derecho a la doble instancia» se satisfacía, para tal vez la mayoría, mediante el recurso de casación: este recurso se interpone ante el Tribunal Supremo, que evidentemente es «Órgano superior», pero «per saltum»; así, el Tribunal Militar Central quedaba obviado, entre el Tribunal Militar Territorial y el Tribunal Supremo.

Otros juristas militares, tal vez minoritarios a los que pertenezco, opinaban que el auténtico contenido del derecho a una segunda instancia solo se satisfacía plenamente a través del Recurso de Apelación.

En el recurso de Apelación se reexamina y valora lo efectuado en primera instancia; por el contrario la casación impide atacar los hechos probados en primera instancia; diferenciación burda y sin matices pero suficientemente esclarecedora.

Como nos ilustra el abogado **D. Emilio Gines Santidrián** (4), el Colegio de Abogados de España llevo a la 61 sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que finalizó el 22 de abril del 2005, la inquietud de que «todo culpable de un delito tenga derecho a que su condena y pena impuesta sea sometida a un Tribunal Superior».

Ya desde 1996, el Comité de Derechos Humanos, viene instando encarecidamente a España a crear un Tribunal de apelación de ciertas Sentencias, es decir, la revisión de condenas de acuerdo con las exigencias del artículo 14, párrafo cinco, del Pacto por otra instancia en un Tribunal Superior (5).

Y finalmente, gracias a la persistente labor de otro letrado madrileño **D. Javier Uriol Batuecas**, en defensa del Brigada de la Armada A. M. F., el Comité de la ONU condena por primera vez a España «por no tener doble instancia militar... ya que el sometimiento limitado del caso al Tribunal Supremo no es compatible con las exigencias del Pacto, por lo que el militar tiene derecho a un recurso efectivo» (6).

Seguidamente se transcribe el texto integro del aludido Dictamen de la ONU.

(4) Emilio Gines Sanchidrian. Ante las Naciones Unidas por las Reformas Legales pendientes. En Otrosí 67; junio 2005; pág. 32

(5) ídem, nota anterior: página 33

(6) La Razón: 20.05.05, página 16

ANEXO

DICTAMEN DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS EMITIDO A TENOR DEL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 5 DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

83° PERÍODO DE SESIONES

respecto de la

Comunicación N.º 1104/2002 (7)

Presentada por: Antonio Martínez Fernández (representado por un abogado, el Sr. José Javier Uriol I Batuecas)
Presunta víctima: El autor
Estado Parte: España
Fecha de la comunicación: 31 de julio de 2001 (comunicación inicial)

El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Reunido el 29 de marzo de 2005,

Habiendo conuido el examen de la comunicación N.º 1104/2002, presentada en nombre del Sr. Antonio Martínez Fernández con arreglo al Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Habiendo tenido en cuenta toda la información que le han presentado por escrito el autor de la comunicación y el Estado Parte,

Aprueba el siguiente:

Dictamen a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo

1. El autor de la comunicación, de fecha 31 de julio de 2001, es Antonio Martínez Fernández, de nacionalidad española. Alega ser víctima de

(7) Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Sr. Abdelfattah Amor, Sr. Nisuke Ando. Sr. Prafullachandra Bhagwati, Sr. Alfredo Castillero Hoyos. Sra. Christine Chanet. Sr. Maurice Glélé Ahanhanzo, Sr. Edvvin Johnson. Sr. Walter Khálil. Sr. Aiimed Tawfik Khalil. Sra. Elisabeth Palm. Sr. Rafael Rivas Posada. Sir Nigel Rodley. Sr. Ivan Shearer. Sr. Hipólito Solari-Yrigoyen. Sra. Ruth Wedgwood y Sr. Román Wieruszewski.

una violación al artículo 14, párrafo 5, del Pacto por parte de España. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado Parte con fecha 25 de abril de 1985. El autor está representado por el abogado José Javier Uriol Batuecas.

Los hechos expuestos en la denuncia

2.1. El autor era brigada del ejército español. Con fecha 26 de marzo de 1999 fue condenado por el Tribunal Militar Territorial Segundo, por el delito de desobediencia, a la pena de 10 meses de prisión y suspensión de empleo, cargo público y derecho a sufragio. El autor sufrió una fractura de la mano derecha en octubre de 1995 y obtuvo baja por razones médicas. En febrero de 1996 fue citado en tres oportunidades para que se practicara un reconocimiento psicofísico, concurriendo solamente a la tercera citación. El 1 de marzo de 1996 fue declarado médicamente apto para el servicio y se le comunicó que debía presentarse inmediatamente a su respectiva unidad militar. El autor no concurrió sino que envió unos documentos que acreditaban incapacidad transitoria para el servicio. Fue citado nuevamente a fines de marzo de 1996, citación a la que tampoco acudió presentando en cambio una certificación de incapacidad transitoria.

2.2. El autor interpuso un recurso de casación ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo, constituida en Sala de lo Militar. En el recurso el autor mencionó el artículo 14, párrafo 5, del Pacto. Por sentencia de 29 de diciembre de 1999, la Sala Quinta rechazó el recurso. Por disposición del artículo 325 de la ley Procesal Militar que se refiere al artículo 741 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Sala sólo conoció los motivos alegados en el recurso para decidir si eran o no procedentes.

2.3. El autor interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la violación de su derecho a la doble instancia. En el recurso el autor alegó que por disposición de la Ley Orgánica Procesal Militar, a la Sala Quinta del Tribunal le estaba vedado comportarse como una auténtica doble instancia, en el sentido de tener plenas facultades para revisar todo lo realmente actuado. También invocó el Dictamen del Comité en el caso Gómez Vásquez (8). Por sentencia de 9 de mayo de 2001, el Tribunal Constitucional no admitió el recurso.

(8) Comunicación 701/1996. Gómez Vásquez c. España. Decisión de 20 de julio de 2000.

2.4. El 27 de julio de 2001, el autor interpuso una queja ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relacionada con el mismo asunto objeto de la denuncia ante el Comité. Con fecha 12 de septiembre de 2002, sin embargo, el autor solicitó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos el retiro de su denuncia, hecho que comunicó al Comité en esa misma fecha. La Secretaría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos informó al Comité que por decisión de 3 de diciembre de 2002, el Tribunal archivó la denuncia del autor.

La denuncia

3. El autor sostiene que se ha violado el derecho a que su sentencia y condena sean examinadas por un tribunal superior. Indica que por las especiales características del recurso de casación, la Sala no puede entrar a conocer en plenitud ni revisar todo lo actuado en primera instancia, sino que debe limitarse únicamente a analizar los motivos invocados por el recurrente para establecer si están o no conforme a derecho. El autor indica que la Sala solamente puede entrar a conocer de aquellas infracciones que se hayan producido en la sentencia, no puede conocer con plenitud los «derechos» (sic), debiendo limitarse al examen de los motivos invocados por el recurrente para determinar si pueden prosperar o no. Según el autor, no existe una doble instancia en el sentido del artículo 14, párrafo 5, del Pacto.

Observaciones del Estado parte en relación a la admisibilidad y fondo de la comunicación

4.1. En relación a la admisibilidad de la comunicación el Estado Parte sostiene que no existe constancia fehaciente de que la solicitud de retiro de la denuncia presentada por el autor ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya sido aceptada por dicho Tribunal. Agrega que el autor ha admitido que planteó de manera simultánea denuncias ante el Comité y ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que este comportamiento del autor contradice el sentido del artículo 5, párrafo 2, literal (a) del Protocolo Facultativo y hace inadmisibles las comunicaciones. Incluso si el procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubiera terminado, habría coexistido simultáneamente con el procedimiento ante el Comité. El Estado Parte concluye que, aún en el evento que la denuncia

ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubiese sido retirada, es aplicable la reserva que introdujo al adherirse al Protocolo Facultativo, en el sentido con el que fue clarificada por el Comité en la decisión sobre inadmisibilidad de la comunicación No 1074/2002 (Ferragut c. España, decisión de 28 de marzo de 2004).

4.2. En relación al fondo de la comunicación, el Estado Parte sostiene que el párrafo 5 del artículo 14 no establece un derecho a una segunda instancia con una repetición íntegra del juicio, sino el derecho a un examen por un tribunal superior sobre la corrección de juicio realizado en primera instancia, examinando la aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. La revisión tiene por objeto comprobar si la decisión de primera instancia no es claramente arbitraria ni ha constituido una denegación de justicia.

4.3. El Estado Parte sostiene que el recurso de casación tuvo su origen en el sistema de casación francés y que por razones históricas y filosóficas nació como revisión limitada a cuestiones de derecho, manteniéndose con este carácter en varios países europeos. El Estado Parte sostiene que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que los Estados Partes conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho a re-examen y pueden restringir la extensión de la revisión a cuestiones de derecho.

4.4. Según el Estado Parte, el recurso de casación español que es más amplio que la casación originaria francesa, cumple con la exigencia del artículo 14, párrafo 5, del Pacto. El Estado Parte indica que el derecho al doble grado de jurisdicción no incluye el derecho a obtener una reevaluación de la prueba, sino que significa que los tribunales de segunda instancia examinan los hechos, el derecho y la decisión judicial, y salvo que aprecien arbitrariedad o denegación de justicia, la mantienen. El Estado Parte alega que la sentencia y la condena del autor fueron revisadas por el Tribunal Supremo. Invoca la sentencia del Tribunal Constitucional relativa al caso del autor, que señaló: «El recurrente... no apuntó siquiera, más allá de la mera alegación formal del derecho, qué aspecto concreto de la sentencia de instancia se le impidió revisar como consecuencia de la configuración legal del recurso de casación, por cuanto todos los motivos por él aducidos fueron examinados, sin que ninguno le fuera rechazado por exceder de los motivos legales».

4.5. El Estado Parte afirma que el dictamen del Comité en el caso Gómez Vásquez no puede generalizarse a otros casos, ya que está restringido al caso concreto para el que se adoptó. También hace notar la contra-

dicción manifiesta que existe en la protección internacional del derecho a un doble grado de jurisdicción, que surge de la interpretación diferente entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos respecto de un idéntico texto.

Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte en cuanto a la admisibilidad y fondo de la comunicación

5.1. En cuanto a la admisibilidad de la comunicación, el autor informó al Comité que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos acusó recibo de su denuncia ante dicho tribunal mediante una carta fechada 21 de septiembre de 2001 en la que le informó que su demanda podría ser declarada inadmisibile, porque, ni los artículos 6, párrafo primero ni 13 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos imponían la exigencia de varios grados de jurisdicción y porque España no había ratificado el Protocolo No 7 de tal Convención. El Tribunal informó además al autor que su caso no sería registrado como una demanda formal hasta que el autor no se pronunciara sobre mantener o no su denuncia. El autor acompañó una carta de fecha 20 de diciembre de 2002 mediante la cual el Tribunal Europeo le informó que un comité de tres jueces había decidido el archivo de su demanda con arreglo al artículo 37, párrafo 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos.

5.2. En cuanto al fondo, el autor sostiene que la circunstancia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya dado una interpretación restrictiva al contenido del derecho a la segunda instancia en nada debe afectar la jurisprudencia del Comité sobre el derecho a una revisión de la sentencia y condena por un tribunal superior.

5.3. El autor sostiene que la naturaleza del recurso de casación impide un examen de los hechos. La casación es un recurso de naturaleza jurisdiccional cuyo fin primordial es uniformar la interpretación de la ley sin constituir una segunda instancia, al no permitir la revisión de las pruebas practicadas ni la valoración de los elementos de convicción que hayan formado el juicio del tribunal de instancia, sino las infracciones legales de fondo o de forma o la apreciación de la prueba en vías excepcionales. El recurso no procede contra las razones que fundamentan el fallo y tiene una naturaleza extraordinaria, rigurosamente formal. El autor sostiene que el recurso no permite una auténtica revisión de la sentencia y de la condena.

5.4. El autor sostiene que, luego del Dictamen del Comité en el caso Gómez Vásquez, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, reu-

nido el 13 de septiembre de 2000, se refirió a la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación. El autor acompañó copia de la Ley 19/2003 que entró en vigor a fines de diciembre de 2003 en España, la que, mencionando el dictamen del Comité en el caso Gómez Vázquez, generaliza la segunda instancia en material penal, instituyendo el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional. El autor indica que la citada ley no se extendió al sistema de justicia penal militar.

Consideraciones del Comité

Consideraciones sobre la admisibilidad

6.1. De conformidad con el artículo 93 de su reglamento, antes de examinar las reclamaciones contenidas en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si esta es o no admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

6.2. En cuanto a la alegación del Estado Parte en el sentido que la comunicación es inadmisibile con arreglo al artículo 5, párrafo 2 (a), del Protocolo Facultativo leído conjuntamente con la reserva del Estado Parte a esa disposición del Protocolo Facultativo (9), el Comité observa que la denuncia del autor ante el Comité tiene fecha 31 de julio de 2001, que el autor presentó una denuncia alegando la violación del derecho a la segunda instancia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 27 de julio de 2001, que dicho Tribunal no registró la denuncia como una demanda formal, que el autor solicitó el retiro de dicha denuncia el 12 de septiembre de 2002 y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aceptó el retiro de la denuncia con fecha 3 de diciembre de 2002.

El Comité estima que la denuncia del autor no está siendo considerada ni fue considerada o examinada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que no fue registrada como una demanda formal, fue retirada por el autor y dicho retiro fue aceptado por el Tribunal sin examinar el fondo del asunto planteado por el autor. El Comité concluye que la pre-

(9) El texto oficial de la reserva es el siguiente: «El Gobierno español se adinere al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, interpretando el artículo 5, párrafo 2, de este Protocolo, en el sentido de que el Comité de Derechos Humanos no considerará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que el mismo asumo no ha sido sometido o no lo esté siendo a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales».

sente comunicación no es inadmisibile con arreglo al artículo 5, párrafo 2. literal a) del Protocolo Facultativo y la reserva del Estado Parte relativa a dicha disposición.

El Comité considera que la denuncia plantea cuestiones relevantes en relación al artículo 14, párrafo 5. del Pacto; decide que es admisible y pasa a considerar el fondo del asunto.

Consideraciones sobre el fondo

7. El Comité observa que la cuestión principal en el proceso penal contra el autor era la evaluación de su capacidad para cumplir con sus obligaciones militares, lo que implica una evaluación de hechos. El Comité toma nota de los comentarios del Estado Parte sobre la naturaleza del recurso de casación, en particular que el tribunal de segunda instancia se limita al examen de si las conclusiones a que llega el tribunal de primera instancia son o no arbitrarias o constituyen una denegación de justicia. Como el Comité ha decidido en anteriores comunicaciones (10), este sometimiento limitado del caso al tribunal superior no es compatible con las exigencias del artículo 14, párrafo 5. Por lo tanto, el Comité concluye que el autor es víctima de una violación del artículo 14, párrafo 5, del Pacto.

8. Por consiguiente, el Comité de Derechos Humanos, actuando con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considera que los hechos examinados revelan una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

9. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. La condena del autor debe ser revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. El Estado Parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas.

10. Teniendo en cuenta que, al constituirse en parte en el Protocolo Facultativo, el Estado Parte ha reconocido la competencia del Comité para decidir si se ha violado el Pacto y que, de conformidad con el artículo 2

(10) Comunicación No. 701/1996. Gómez Vásquez c. España, decisión de 20 de julio de 2000; Comunicación No. 986/2001, Sineiro Fernández c. España, decisión de 7 de agosto de 2003; Comunicación No. 1007/2001, Semey c. España, decisión de 30 de julio de 2003; Comunicación No. 1 101/2002. Alba Cabriada c. España, decisión de 1 de noviembre de 2004.

del mismo, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, y a proporcionar un recurso efectivo si se determina que se ha producido una violación, el Comité desea recibir del Estado parte en un plazo de 90 días información sobre las medidas adoptadas para aplicar el dictamen del Comité.

[Hecho en español, francés e inglés, siendo la española la versión original. Posteriormente se publicará también en árabe, chino y ruso como parte del informe anual del Comité a la Asamblea General.]

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

Por José-Leandro MARTINEZ-CARDOS RUIZ
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO

I. Comentario general de doctrina legal. II. Doctrina legal del Consejo de Estado: 1. Expropiación forzosa; 2. Procedimiento administrativo; 3. Contratos administrativos: fuerza mayor y riesgo imprevisible.

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

1. La función jurídica del Estado comprende diversas actividades, entre las que sobresale la de policía (GARCIA OVIEDO y MARTINEZ USEROS, *Derecho Administrativo*, tomo II, Murcia, 1958, pág. 30). Por policía administrativa se entiende el conjunto de medidas de intervención utilizadas por la Administración sobre la libertad del particular para que éste ajuste su actividad a un fin de utilidad pública (GARRIDO FALLA, *La evolución del concepto jurídico de policía administrativa*, en *Revista de Administración Pública*, número 11, 1953). La policía es pues un título, en sus orígenes, político y, hoy, jurídico, de intervención (JORDANA DE POZAS, *El problema de los fines de la actividad administrativa* en *Revista de Administración Pública*, número 4, pág. 11 y ss), que actúa directamente sobre la libertad, sujetándola y, de ordinario, menoscabándola (FOIGNET, *Histoire de droit administratif français*, París, 1904, pág. 89).

Cuando la intervención sobre la libertad personal afecta a las competencias propias de las Entidades locales, se habla de policía administrativa local (IRURETAGOYENA ALDAZ, *La actividad administrativa de policía y la policía municipal*, en Administración Local de Navarra, Pamplona, 1987).

No es este el lugar adecuado ni para dar cumplida cuenta del proceso de formación de la noción de policía administrativa (por todos, FISCHER, *La police*, Leyde, 1958; una exposición de conjunto, en MAILLET, *Précis d'Histoire des institutions*, Madrid, 1956); ni para poner de manifiesto de manera pormenorizada que se trata de un concepto genérico, del que se han ido desgajando otros títulos políticos y técnicos de intervención, y, a la vez, referencial, en el sentido de que existe y se define en función de su arquetipo, el orden público (por todos, CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, *Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública*, Madrid, 1995 y NIETO, *Algunas precisiones sobre el concepto de policía*, en Revista de Administración Pública, número 76); ni, en fin, para exponer la situación de sumisión de los particulares frente a la Administración en virtud de los poderes generales y especiales de policía que ésta ostenta (*relaciones generales y especiales de supremacía*) (por todos, GALLEGO ANABITARTE, *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración*, en Revista de la Administración Pública, núm. 34, págs. 11 y ss.). Basta con algunos retazos recordatorios.

La doctrina (por todos, VILLAR PALASI, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1968, pág. 145) ha puesto de manifiesto que el primitivo título de intervención del poder regio era la *pax publica*, correlato del canónico *pax Dei*. La *pax Dei* atribuía a las autoridades eclesiásticas la conservación de la paz en los lugares sagrados, aunque pertenecieran a otros. El monarca, desde los tiempos visigóticos, tenían análogo poder respecto al lugar donde se encontraba: era el *bannus*. Pues bien, los Monarcas asturianos, primero, y leoneses, después, se sirvieron del concepto de *pax publica* para atribuirse las facultades de conservación del orden en un primer instante y la titularidad de los caminos ulteriormente por donde discurría la ruta jacobea. Esa concepción, limitada inicialmente al Camino de Santiago, se expandirá ulteriormente. La custodia de los caminos y su titularidad correspondía al Rey.

A partir de entonces, la historia se precipitó y es mejor conocida. La *pax publica* cristalizó en el *dominium publicum*; ulteriormente, el Monarca se vió en la obligación de mantener el orden no sólo en los caminos sino en todo el Reino y surgió la noción de *policía*. El anhelo de bienestar

impulsó al gobernante a mejorar las condiciones del pueblo y para ello se invocó un nuevo título: el *fomento*. A partir de entonces, la *obra pública* y el *servicio público* fueron el corolario de un técnica que, en España, hundía sus raíces en el Medioevo.

En la evolución jurídica europea, la policía era originariamente sinónimo de actividad pública, de la que fueron desgajándose sucesivamente las atinentes a la religión (siglo XVI), al Ejército y a la Hacienda (siglo XVII) y al bienestar público (*fomento*) (siglo XVIII), para quedar ceñida a la noción de libertad y de seguridad pública (siglo XIX).

Con posterioridad, la noción de policía –sustituido el término por el intervención– sufre un proceso inverso en el sentido de comprender las actividades reguladoras en cualquier ámbito económico y social, proceso consecuencia del fortalecimiento del Estado amparado por las doctrinas socialistas en todas sus formas. Esta ampliación del concepto ha dado lugar a los conceptos de policía general y policías especiales.

Los medios de policía, esto es, los instrumentos para el desarrollo y la ejecución de la actividad policial, son múltiples; unos, personales; otros, materiales y, por último, otros también jurídicos. Medios jurídicos de policía son las autorizaciones, las órdenes, las prohibiciones y las sanciones. Los conceptos de todos ellos pertenecen a la teoría general del derecho y, más propiamente, del derecho administrativo, razón por la cual procede remitirse a ella.

2. La técnica de la autorización se utiliza en numerosísimas actividades objeto de control por parte de la Administración local. Es baldío todo esfuerzo de enumeración. Baste señalar espigar algunos casos de los muchos previstos en la legislación y analizar alguno en concreto.

La autorización municipal es precisa para el transporte de mercancías peligrosas en los cascos urbanos (*Real Decreto 74/1992, de 31 de enero*); para la ejecución de obras y apertura de establecimientos industriales y mercantiles; para la ocupación de la vía pública (Reglamento de Bienes de las Entidades locales, artículo 75); para la venta ambulante en puestos o en camiones-tienda (*Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, artículos 54, 65 y 71*); para el establecimiento de mercadillos y mercados ocasionales o periódicos; para el ejercicio de la actividad de auto-taxi o transporte de vehículos ligeros (*Real Decreto 763/1979, de 16 de marzo, modificado por Reales Decretos 236/1983, de 9 de febrero, y 1080/1989, de 1 de septiembre*); para la instalación de máquinas expendedoras (*Ley 7/1996, de 15 de enero*); para la celebración de espectáculos y actividades recreativas (*Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto*); para la fijación de horarios especiales; para la celebración de espectáculos taurinos

(Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos); para la celebración de espectáculos de fuegos artificiales (Orden de 20 de octubre de 1988); para la apertura de establecimientos hosteleros; para el establecimiento de carteles anunciadores.

3. La técnica de las órdenes y prohibiciones, que al fin y al cabo no son sino órdenes de abstenerse, se prevén en análogas materias a las antes consignadas para las autorizaciones, aunque, claro está, con sentido contrario. Así, en materia del transporte de mercancías peligrosas en los cascos urbanos (*Real Decreto 74/1992, de 31 de enero*); de la ejecución de obras y apertura de establecimientos industriales y mercantiles; de la ocupación de la vía pública (Reglamento de Bienes de las Entidades locales, artículo 75); de interdicción de la venta ambulante en puestos o en camiones-tienda (Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, artículos 54, 65 y 71); de establecimiento de mercadillos y mercados ocasionales o periódicos; de instalación de máquinas expendedoras (Ley 7/1996, de 15 de enero); de la celebración de espectáculos y actividades recreativas (*Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto*); de la celebración de espectáculos taurinos (Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos); de la celebración de espectáculos de fuegos artificiales (Orden de 20 de octubre de 1988); de la apertura de establecimientos hosteleros; del establecimiento de carteles anunciadores; de realización de actividades de riesgo para la producción de incendios forestales (Ley 81/1968, de 5 de diciembre, de Incendios Forestales); de reparación y rehabilitación de edificios; de horarios; de defensa de los consumidores y usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Consumidores y Usuarios); de ordenación de costas (baños), etc.

La técnica de la sanción se utiliza en todos los ámbitos en los que están presentes las otras –autorizaciones, órdenes y prohibiciones– como instrumento represor. En el ámbito local, no presenta particularidades respecto a la legislación general.

II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

1. EXPROPIACIÓN FORZOSA

«La reclamación deducida por los reclamantes, siguiendo las indicaciones de la Demarcación de Carreteras, y encauzada a través del procedimiento previsto para dilucidar las solicitudes de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración pública está correctamente

planteada y encuentra fundamento directo en el artículo 72 del vigente Reglamento de Expropiación Forzosa que previene que la “responsabilidad por demora se imputará al causante de la misma (...). Cuando el retraso sea imputable a la Administración expropiante ..., la responsabilidad exigible quedará comprendida en el párrafo primero del artículo 121 de la Ley y se hará efectiva con arreglo al procedimiento previsto en este Reglamento para tal supuesto. En ningún caso habrá lugar al pago de intereses de demora si ésta fuere imputable al expropiado”. Habida cuenta que dicho procedimiento reglamentario quedó derogado por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, resulta de aplicación el contenido en esta disposición.

Hay también que hacer hincapié en que el citado precepto reglamentario remite a la regulación sustantiva del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa (al decir “la responsabilidad exigible... quedará comprendida en el párrafo primero”) en el caso de estas reclamaciones.

Respecto al fondo, el Consejo de Estado considera que procede el abono de la indemnización reclamada. En primer término, por cuanto el derecho de los interesados no prescribió, frente a lo sustentado erróneamente y sin justificación alguna por la Intervención Delegada en el Ministerio de Fomento en su informe de fiscalización. El procedimiento para la liquidación de intereses se inicia de oficio cuando se trata de expropiaciones forzosas. En el caso presente, además los interesados instaron su abono en 28 de febrero de 1995 y reiteraron su pretensión de pago, por escrito y verbalmente, en varias ocasiones según manifiesta la Demarcación de Carreteras del Estado. No hubo pues aquietamiento por parte de los interesados de tal suerte que el plazo de los cinco años a la sazón previsto para la prescripción de sus derechos se vió interrumpido en varias ocasiones. Frente a este actuar, fueron los servicios administrativos de Carreteras y la propia Intervención Delegada quienes demoraron injustificadamente la tramitación del expediente de pago de los citados intereses, infringiendo los plazos establecidos para tramitar y resolver. Y es claro que la indolencia administrativa en el despacho de los asuntos no puede perjudicar los legítimos derechos de los interesados, más cuando éstos han manifestado su voluntad de percibir las cantidades que les son debidas.

Así las cosas, considera este Consejo de Estado que concurren los requisitos exigidos por el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública toda vez que cabe apreciar un defectuoso funcionamiento de los servicios

administrativos, un daño causado en los derechos de los reclamantes y la existencia de relación de causalidad entre uno y otro.

Respecto al importe de la indemnización, el Consejo de Estado considera que esta quedó cuantificada al momento de la solicitud, esto es, 21 de marzo de 2001, conforme a la liquidación practicada por la Administración pública y que tal es la cantidad que debe abonarse. Ahora bien, señalado antes que la presente reclamación se rige por la regulación sustantiva contenida en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, la cantidad a abonar deberá ser actualizada mediante la aplicación del índice de precios al consumo correspondiente hasta el momento de la resolución de reconociendo del derecho de los reclamantes y no mediante el devengo de intereses. En otros términos, el encauzamiento de la reclamación por la vía del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa comporta que el mecanismo estabilizador frente a la depreciación monetaria deje de ser el de los intereses, mecanismo previsto con carácter general en la citada Ley de Expropiación Forzosa en relación al justiprecio y los intereses devengados por éste, siendo, por el contrario, procedente la aplicación del mecanismo de actualización contemplado legalmente para las indemnizaciones de responsabilidad patrimonial.»

(Dictamen 737/2006)

2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

«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 42.1.2?), 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 indemnización de los daños sufridos por la pérdida de cosechas

expresamente contemplada en el justiprecio fijado por el Jurado de Expropiación Forzosa en su decisión ejecutoria, de tal suerte que procede su archivo.

(Dictamen 1159/2006)

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

«1. La contratación administrativa se desarrolla bajo el imperio del principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución. Dicho principio quiebra en los supuestos de fuerza mayor especificados en la Ley de Contratos de las Administraciones públicas y en los casos en los que la Administración contratante altera las previsiones contractuales, entre las que se cuentan aquellos supuestos en los que las obras son ejecutadas sin sujeción al plazo convenido por causa imputable a dicha Administración, bien porque existiere un retraso en su iniciación, bien porque se desarrollan a un ritmo inferior al previsto.

En el caso presente, las obras sufrieron un retraso en la ejecución por causa imputable a la Administración, toda vez que quedaron prácticamente paralizadas en su totalidad mientras se aprobaba un modificación a propia instancia del órgano de contratación y se obtenía una autorización de Iberdrola para que la línea en construcción pasara por una subestación de su titularidad. La Administración debió entonces decretar la suspensión temporal parcial de los trabajos y el no hacerlo no puede causar efectos lesivos para el contratista como ha señalado este Consejo de Estado desde el lejano dictamen de 20 de junio de 1962. No cabe que la Administración aduzca la falta de un acuerdo formal de suspensión para eludir las consecuencias de una efectiva suspensión de las obras que debió decidir, no acordó y que, de hecho, se produjo.

Así las cosas, comprobada como está la paralización real de los trabajos, esta situación debe equipararse a la de suspensión temporal y, a la vista de su regulación –en concreto el artículo 102.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas–, *mutatis mutandis*, procede reconocer a la contratista el derecho a ser indemnizada por los daños reales sufridos durante el periodo de inexecución de los trabajos.

2. El reconocimiento del derecho de indemnización tiene como presupuesto la situación de retraso en la ejecución de los trabajos, sin que sea causa obstativa para dicho reconocimiento que la demora fuera en su caso programable. El concepto de programación hace referencia al ritmo de tra-

bajo, fijado antes de iniciar las labores, dentro del plazo final de ejecución de los contratos administrativos, según se deduce de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 132 de su Reglamento. Plazo final, que, como ha declarado reiteradamente este Consejo, tiene carácter esencial, pues no en balde se ha afirmado el carácter de negocio a plazo fijo del contrato administrativo de obras. En otros términos, el carácter programable o no de unos trabajos es irrelevante a los efectos de reconocer indemnización de daños y perjuicios. Por otra parte, tampoco es amparable para desestimar la solicitud de indemnización la afirmación hecha por algún servicio preinformante en el sentido de que, dada la entidad de la demora, resultaba ajustable la actividad de la empresa. Difícilmente pueden considerarse ajustables al plan de obra previsto inicialmente los trabajos en el caso de una demora en la que el plazo inicialmente contemplado casi se extendió en dos veces más. Y es que, como se ha señalado, el presupuesto para que pueda nacer la obligación pública de indemnizar es la superación del plazo final de ejecución, con independencia del carácter ajustable o no de los trabajos de la empresa a lo inicialmente proyectado o del carácter programable de las labores.

Por otra parte, es de señalar que, como bien expone el Sr. Consejero de Obras Públicas discrepante de la mayoría, el retraso originado por la necesidad de elaborar un modificado no era programable, por cuanto su exigencia se verificó después de iniciadas las labores de ejecución y por causa no imputable al contratista.

3. El mero retraso en la ejecución de un contrato no comporta de por sí que el contratista tenga derecho a percibir una indemnización. Es preciso que dicha demora le haya producido daños, reales y acreditados.

Dichos daños han sido reconocidos y evaluados por el Director de Obras y los servicios preinformantes en el presente caso. Además, han quedado fehacientemente acreditados con la documentación aportada por la empresa contratista a requerimiento del Servicio Instructor en un trámite posterior al informe del Consejo de Obras Públicas. En consecuencia, el Consejo de Estado considera que procede indemnizar a la contratista los daños que sufrió, consistentes en el incremento de los costes directos e indirectos, y cuyo montante está fijado en la propuesta de resolución, que se considera adecuada.

Quedan excluidos en dicha propuesta los correspondientes a los gastos generales solicitados por el contratista inicialmente, toda vez que se había producido “un cambio de doctrina del Consejo de Estado en su dictamen de 19 de febrero de 2004 en el que se dice que el incremento de costes generales no es indemnizable”. La exclusión se considera adecuada en el

caso presente pero dicha exclusión no debe entenderse como una indemnizabilidad de concepto, como se deduce del tenor de la propuesta de resolución, sino por no haber quedados acreditados los daños sufridos por la contratista por tal concepto. A juicio de este Cuerpo Consultivo, los incrementos de los costes generales son indemnizables si resultan acreditados como daños reales y efectivos, de conformidad con la exigencia contenida en el artículo 102.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, resultando improcedente la aplicación automática del porcentaje de gastos generales sobre las partidas indemnizatorias derivadas de sobrecostes por suspensión de las obras (por ejemplo, dictámenes de 10 de junio de 1999, expediente número 1.067/99; 23 de mayo de 2002, expediente número 652/2002; 11 de julio de 2002, expediente número 1.273/2002, y 22 de diciembre de 2005, expediente número 1753/2005). Pues tal y como se decía en la Memoria de este Alto Cuerpo Consultivo del año 2001, su abono “debe desprenderse del expediente si han sido soportados efectivamente por el contratista y el porcentaje y cuantía que hayan gravitado sobre él”».

(Dictamen 775/2006)

**ESTADOS PARTES EN LOS CONVENIOS DE DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO**

Documentación aportada por el Centro de Estudios de DIH de la Cruz
Roja Española

State Parties to the Following International Humanitarian Law and Other Related Treaties

	Protection of Victims of Armed Conflicts
	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.
	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.
	Declaration provided for under article 80 AP I. Acceptance of the Competence of the International Fact-Finding Commission according to article 90 of AP I.
	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.
	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem (Protocol III), 8 December 2005.
	Convention on the Rights of the Child, New York, 20 November 1989.
	Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of children in armed conflict, New York, 25 May 2000.
	International Criminal Court
	Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998.
	Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict
	Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 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.
	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.
	Environmental
	Convention on the prohibition of military or any other hostile use of environmental modification techniques, New York, 10 December 1976.
	Weapons
	Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and Warfare, Geneva, 17 June 1925.
	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.
	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.
	Protocol on non-detectable fragments (I).
	Protocol on prohibitions or restrictions on the use of mines, booby-traps and other devices (II).
	Protocol on prohibitions or restrictions on the use of incendiary weapons (III).
	Protocol on Blinding Laser Weapons (Protocol IV to the 1980 Convention), 13 October 1995.
	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).
	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.
	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.
	Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, Paris 13 January 1993.
	Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, Oslo, 18 September 1997.

Country	Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court			Protection of Cultural Property			Environment
	GC/IV 1949	AP I 1977	AP I Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976	
Afghanistan	26.09.1956												22.10.1985
Albania	27.06.1957	16.07.1993		16.07.1993		28.03.1994	24.09.2003	10.02.2003	20.12.1960	20.12.1960			19.12.1991
Algeria	20.06.1960	16.08.1989	16.08.1989	16.08.1989		27.02.1992		31.01.2003					
Andorra	17.06.1993					16.04.1993							
Angola	20.09.1984	20.09.1984				02.01.1995	30.04.2001	30.04.2001					
Antigua and Barbuda	06.10.1986	06.10.1986		06.10.1986		05.10.1993		18.06.2001					25.10.1988
Argentina	18.06.1956	26.11.1985	11.10.1996	26.11.1986		04.12.1990	10.09.2002	08.02.2001	22.03.1989	07.01.2002	20.03.1987		20.03.1987
Armenia	07.06.1993	07.06.1993		07.06.1993		23.06.1993	30.09.2005		05.09.1993	18.05.2006	15.05.2002		15.05.2002
Australia	14.10.1958	21.06.1991	23.09.1992	21.06.1991		17.12.1990		01.07.2002	19.09.1984		07.09.1984		07.09.1984
Austria	27.06.1953	13.08.1982	13.08.1982	13.08.1982		06.08.1992	01.02.2002	28.12.2000	25.03.1964	01.03.2002	17.01.1990		17.01.1990
Azerbaijan	01.06.1993					13.08.1992	03.07.2002		20.09.1993	20.09.1993			
Bahamas	11.07.1975	10.04.1980		10.04.1980		20.02.1991							
Bahrain	30.11.1971	30.10.1985		30.10.1986		13.02.1992	21.09.2004						
Bangladesh	04.04.1972	08.09.1980		08.09.1980		03.08.1990	06.09.2000		23.06.2006	23.06.2005			03.10.1979
Barbados	10.09.1968	19.02.1990		19.02.1990		09.10.1990		10.12.2002	09.04.2002				
Belarus	03.08.1954	23.10.1989	23.10.1989	23.10.1989		01.10.1990	25.01.2006		07.05.1957	29.11.2005	07.06.1988		07.06.1988
Belgium	03.09.1952	20.05.1985	27.03.1987	20.05.1986		16.12.1991	06.05.2002	28.06.2000	16.09.1960		12.07.1982		12.07.1982
Belize	29.06.1984	29.06.1984		29.06.1984		02.05.1990	01.12.2003	05.04.2000					
Benin	14.12.1961	28.05.1985		28.05.1986		03.08.1990	21.01.2005	22.01.2002					30.06.1986
Bhutan	10.01.1991					01.08.1990							
Bolivia	10.12.1976	08.12.1983	10.08.1992	08.12.1983		26.06.1990	22.12.2004	27.06.2002	17.11.2004				
Bosnia-Herzegovina	31.12.1992	31.12.1992	31.12.1992	31.12.1992		01.09.1993	10.10.2003	11.04.2002	12.07.1993	12.07.1993			
Botswana	29.03.1968	23.05.1979		23.05.1979		14.03.1995	04.10.2004	08.09.2000	03.01.2002				
Brazil	29.06.1957	05.05.1992	23.11.1983	05.05.1992		24.09.1990	27.01.2004	20.06.2002	12.09.1958	23.09.2004	12.10.1984		12.10.1984
Brunei Darussalam	14.10.1991	14.10.1991		14.10.1991		27.12.1995							
Bulgaria	22.07.1954	26.09.1989	09.05.1994	26.09.1989		03.06.1991	12.02.2002	11.04.2002	07.08.1956	05.10.1956	14.05.2000	31.05.1978	31.05.1978
Burkina Faso	07.11.1961	20.10.1987	24.05.2004	20.10.1987		31.08.1990		16.04.2004	18.12.1969	04.02.1987			
Burundi	27.12.1971	10.06.1993		10.06.1993		19.10.1990		21.09.2004					
Cambodia	08.12.1958	14.01.1998		14.01.1998		15.10.1992	16.07.2004		04.04.1962	04.04.1962			
Cameroon	16.09.1963	16.03.1984		16.03.1984		11.01.1993		11.04.2002	12.10.1961				
Canada	14.05.1965	20.11.1990	20.11.1990	20.11.1990		13.12.1991	07.07.2000	07.07.2000	11.12.1988	29.11.2005	11.06.1981		11.06.1981
Cape Verde	11.05.1984	16.03.1995	16.03.1995	16.03.1995		04.06.1992	10.05.2002				03.10.1979		03.10.1979
Central African Republic	01.06.1966	17.07.1984		17.07.1984		23.04.1992		04.10.2001					
Chad	05.06.1970	17.01.1997		17.01.1997		02.10.1990	28.08.2002						
Chile	12.10.1950	24.04.1991	24.04.1991	24.04.1991		13.08.1990	31.07.2003						26.04.1994
China	28.12.1956	14.09.1983		14.09.1983		02.03.1992			05.01.2000	05.01.2000	08.06.2005		08.06.2005
Colombia	08.11.1961	01.09.1993	17.04.1996	14.08.1995		28.01.1991	25.05.2005	05.08.2002	18.06.1998	18.06.1998			
Comoros	21.11.1985	21.11.1985		21.11.1985		22.06.1993		18.08.2006					
Congo	04.02.1967	10.11.1983		10.11.1983		14.10.1993		03.05.2004					
Congo (Dem Rep)	24.02.1961	03.06.1982	12.12.2002	12.12.2002		27.09.1990	11.11.2001	11.04.2002	18.04.1961	18.04.1961			
Cook Islands	11.06.2001	07.05.2002	07.05.2002	07.05.2002		06.06.1997							
Costa Rica	15.10.1969	15.12.1983	02.12.1999	15.12.1983		21.08.1990	24.01.2003	07.06.2001	03.06.1998	03.06.1998	09.12.2003	07.02.1996	07.02.1996
Côte d'Ivoire	28.12.1961	20.09.1989		20.09.1989		04.02.1991			24.01.1980				

Country	Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court	Protection of Cultural Property			Environment	
	GC/IV 1949	AP I 1977	AP I Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989		Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954		Hague Prot. 1954
Croatia	11.05.1992	11.05.1992	11.05.1992	11.05.1992		12.10.1992	01.11.2002	21.05.2001	06.07.1992	06.07.1992	08.02.2006	
Cuba	15.04.1954	25.11.1982	23.06.1999	23.06.1999		21.08.1991		21.08.1991	26.11.1957	26.11.1957		10.04.1978
Cyprus	23.05.1962	01.06.1979	14.10.2002	18.03.1966		07.02.1991		07.03.2002	09.09.1964	09.09.1964	16.05.2001	12.04.1978
Czech Republic	05.02.1993	05.02.1993	02.05.1995	05.02.1993		22.02.1993	30.11.2001		26.03.1993	26.03.1993		22.02.1993
Denmark	27.06.1951	17.06.1982	17.06.1982	17.06.1982		19.07.1991	27.08.2002	21.06.2001	26.03.2003	26.03.2003		19.04.1978
Djibouti	06.03.1978	08.04.1991		08.04.1991		06.12.1990		05.11.2002				
Dominica	28.09.1981	25.04.1996		25.04.1996		13.03.1991	20.09.2002	12.02.2001				09.11.1992
Dominican Republic	22.01.1958	26.05.1994		26.05.1994		11.06.1991		12.05.2005	05.01.1960	21.03.2002		
Ecuador	11.06.1954	10.04.1979		10.04.1979		23.03.1990	07.05.2004	05.02.2002	02.10.1958	06.02.1961	02.08.2004	
Egypt	10.11.1952	09.10.1992		09.10.1992		06.07.1990			17.08.1953	17.08.1953	03.08.2005	01.04.1982
El Salvador	17.06.1953	23.11.1978		23.11.1978		10.07.1990	18.04.2002		19.07.2001	27.03.2002	27.03.2002	
Equatorial Guinea	24.07.1986	24.07.1986		24.07.1986		15.06.1992			19.11.2003		19.11.2003	
Eritrea	14.08.2000					03.08.1994	16.02.2005		06.08.2004			
Estonia	18.01.1993	18.01.1993		18.01.1993		21.10.1991		30.01.2002	04.04.1995	17.01.2005		
Ethiopia	02.10.1969	08.04.1994		08.04.1994		14.05.1991						
Fiji	09.06.1971					13.08.1993		29.11.1999				
Finland	22.02.1955	07.08.1980		07.08.1980		20.06.1991	10.04.2002	29.12.2000	16.09.1994	16.09.1994	09.11.2004	12.05.1978
France	28.06.1951	11.04.2001		24.02.1984		07.08.1990	05.02.2003	09.06.2000	07.06.1957	07.06.1957		
Gabon	26.02.1965	08.04.1980		08.04.1980		09.02.1994		20.05.2000	04.12.1961	04.12.1961	29.08.2003	
Gambia	20.10.1966	12.01.1989		12.01.1989		08.08.1990		28.06.2002				
Georgia	14.09.1993	14.09.1993		14.09.1993		02.06.1994		05.06.2003	04.11.1992	04.11.1992		
Germany	03.09.1954	14.02.1991		14.02.1991		06.03.1992	13.12.2004	11.12.2000	11.08.1967	11.08.1967		24.05.1983
Ghana	02.06.1958	28.02.1978		28.02.1978		05.02.1990		20.12.1999	25.07.1960	25.07.1960		22.06.1978
Greece	05.06.1956	31.03.1989		15.02.1993		11.05.1993	22.10.2003	15.05.2002	09.02.1981	09.02.1981	20.04.2005	23.08.1983
Grenada	13.04.1981	23.09.1998		23.09.1998		05.11.1990						
Guatemala	14.05.1952	19.10.1987		19.10.1987		06.06.1990	09.05.2002		02.10.1985	19.05.1994	04.02.2005	21.03.1988
Guinea	11.07.1984	11.07.1984		11.07.1984		13.07.1990		14.07.2003	20.09.1960	11.12.1961		
Guinea-Bissau	21.02.1974	21.10.1985		21.10.1986		20.08.1990						
Guyana	22.07.1968	18.01.1988		18.01.1988		14.01.1991		24.06.2004				
Haiti	11.04.1957					08.06.1995						
Holy See	22.02.1951	21.11.1985		21.11.1985		20.04.1990	24.10.2001		24.02.1958	24.02.1958		
Honduras	31.12.1965	16.02.1995		16.02.1995		10.08.1990	14.08.2002	01.07.2002	25.10.2002	25.10.2002	26.01.2003	
Hungary	03.06.1954	12.04.1989		12.04.1989		07.10.1991		30.11.2001	17.05.1958	16.08.1958	26.10.2005	19.04.1978
Hungary	10.08.1965	10.04.1987		10.04.1987		28.10.1992	04.08.2006	25.05.2000				
Iceland	09.11.1950					11.12.1992	30.11.2005		16.06.1958	16.06.1958		15.12.1978
India	30.09.1958					05.09.1990			10.01.1967	26.07.1967		
Indonesia	20.02.1957					13.07.1994			22.06.1959	22.06.1959	24.05.2005	
Iran (Islamic Rep)	14.02.1956					15.06.1994			21.12.1967	21.12.1967		
Iraq	27.09.1962	19.05.1999		19.05.1999		28.09.1992	18.11.2002	11.04.2002	03.10.1957	01.04.1958		16.12.1982
Ireland	06.07.1951					03.10.1991	18.07.2005					
Israel	17.12.1951	27.02.1986		27.02.1986		05.09.1991	09.05.2002	26.07.1999	09.05.1958	09.05.1958		27.11.1981
Italy	20.07.1964	29.07.1986		29.07.1986		14.05.1991						
Jamaica	21.04.1953	31.08.2004		31.08.2004		22.04.1994						09.06.1982
Japan												

Country	Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court			Protection of Cultural Property			Environment
	GC/IV 1949	AP I 1977	AP I Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976	
Jordan	29.05.1951	01.05.1979	01.05.1979	01.05.1979		24.05.1991		11.04.2002	02.10.1957	02.10.1957			
Kazakhstan	05.05.1992	05.05.1992	05.05.1992	05.05.1992		12.08.1994	10.04.2003		14.03.1997	14.03.1997		25.04.2005	
Kenya	20.09.1966	23.02.1999	23.02.1999	23.02.1999		30.07.1990	28.01.2002	15.03.2005					
Kiribati	05.01.1989					11.12.1995							
Korea (Dem. People's Rep.)	27.08.1957	09.03.1988				21.09.1990						08.11.1984	
Korea (Republic of)	16.08.1966	15.01.1982	16.04.2004	15.01.1982		20.11.1991	24.09.2004	13.11.2002	06.06.1969	11.02.1970		02.12.1986	
Kuwait	02.09.1967	17.01.1985	17.01.1985	17.01.1985		21.10.1991	26.08.2004		03.07.1995			02.01.1980	
Kyrgyzstan	18.09.1992	18.09.1992	18.09.1992	18.09.1992		07.10.1994	13.09.2003						
Kyrgyzstan	29.10.1956	18.11.1980	30.01.1998	18.11.1980		08.05.1991	20.09.2006	28.06.2002	19.12.2003	19.12.2003		05.10.1978	
Laos (People's Dem.)	24.12.1991	24.12.1991		24.12.1991		14.04.1992	19.12.2005		01.06.1963	01.06.1963			
Latvia	10.04.1951	23.07.1997		23.07.1997		14.05.1991							
Lebanon	20.05.1968	20.05.1994		20.05.1994		10.03.1992	24.09.2003	06.09.2000					
Lesotho	29.03.1954	30.06.1988		30.06.1988		04.06.1993		22.06.2004					
Liberia	22.05.1956	07.06.1978		07.06.1978		15.04.1993	29.10.2004		19.11.1957	19.11.1957	20.07.2001		
Libyan Arab Jamahiriya	21.09.1950	10.08.1989	10.08.1989	10.08.1989	24.08.2006	22.12.1995	04.02.2005	02.10.2001	28.04.1960	28.04.1960			
Liechtenstein	03.10.1996	13.07.2000	13.07.2000	13.07.2000		31.01.1992	20.02.2003	12.05.2000	27.07.1999	27.07.1999	13.03.2002	16.04.2002	
Lithuania	01.07.1953	29.08.1989	29.08.1989	29.08.1989		07.03.1994	04.08.2004	08.05.2000	29.09.1961	29.09.1961	30.06.2005		
Luxembourg	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993		02.12.1993	12.01.2004	06.03.2002	30.04.1997	30.04.1997	19.04.2002		
Macedonia	18.07.1963	08.05.1992	27.07.1993	08.05.1992		19.03.1991	22.09.2004		03.11.1961	03.11.1961			
Madagascar	05.01.1968	07.10.1991		07.10.1991		02.01.1991		19.09.2002				05.10.1978	
Malawi	24.08.1962					17.02.1995			12.12.1960	12.12.1960			
Malaysia	18.06.1991	03.09.1991		03.09.1991		11.02.1991	29.12.2004						
Maldives	24.05.1965	08.02.1989	09.05.2003	08.02.1989		20.09.1990	16.05.2002	16.08.2000	18.05.1961	18.05.1961			
Mali	22.06.1968	17.04.1989	17.04.1989	17.04.1989		30.09.1990	09.05.2002	29.11.2002					
Malta	01.06.2004					04.10.1993		07.12.2000					
Marshall						16.05.1991							
Mauritania	30.10.1962	14.03.1980		14.03.1980		26.07.1990		05.03.2002	07.05.1956	07.05.1956	07.10.2003		
Mauritius	18.08.1970	22.03.1982		22.03.1982		21.09.1990	15.03.2002	28.10.2005					
Mexico	29.10.1952	10.03.1983		10.03.1983		05.05.1993							
Micronesia	19.09.1995	19.09.1995		19.09.1995		05.05.1993							
Moldova (Republic of)	24.05.1993	24.05.1993		24.05.1993		26.01.1993	07.04.2004		09.12.1999	09.12.1999			
Monaco	05.07.1950	07.01.2000		07.01.2000		21.06.1993	13.11.2001		10.12.1957	10.12.1957			
Mongolia	20.12.1958	06.12.1995	06.12.1995	06.12.1995		05.07.1990	06.10.2004	11.04.2002	04.11.1964			19.05.1978	
Montenegro (Republic of)	02.06.2006	02.08.2008		02.08.2008									
Morocco	26.07.1956					21.06.1993	22.05.2002		30.08.1968	30.08.1968			
Mozambique	14.03.1983	14.03.1983		12.11.2002		26.04.1994	19.10.2004						
Myanmar	25.08.1992					15.07.1991			10.02.1956	10.02.1956			
Namibia	22.08.1991	17.06.1994	21.07.1994	17.06.1994		30.09.1990	16.04.2002	26.06.2002					
Nauru	27.06.2006	27.06.2006		27.06.2006		27.07.1994		12.11.2001					
Nepal	07.02.1964					14.09.1990							
Netherlands	03.05.1954	26.06.1987	26.06.1987	26.06.1987		06.02.1995		17.07.2001	14.10.1958	14.10.1958		15.04.1983	
New Zealand	02.05.1959	08.02.1988	08.02.1988	08.02.1988		06.04.1993	12.11.2001	07.09.2000	25.11.1959	25.11.1959	01.06.2001	07.09.1984	
Nicaragua	17.12.1953	19.07.1999	19.07.1999	19.07.1999		05.10.1990	17.03.2005		06.12.1976	06.12.1976	16.06.2006	17.02.1993	
Niger	21.04.1964	08.06.1979		08.06.1979		30.09.1990		11.04.2002					

Country	Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court		Protection of Cultural Property			Environment
	GC/IV 1949	AP I 1977	AP I Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	
Nigeria	20.06.1961	10.10.1983		10.10.1988		19.04.1991		27.09.2001	05.06.1961	05.06.1961	21.10.2005	
Niue						20.12.1995						
Norway	03.08.1951	14.12.1981	14.12.1981	14.12.1981	13.06.2006	08.01.1991	23.09.2003	16.02.2000	19.09.1961	19.09.1961		15.02.1979
Oman	31.01.1974	29.03.1984		29.03.1984		09.12.1996	17.09.2004		26.10.1977			
Pakistan	12.06.1951					12.11.1990			27.03.1959	27.03.1959		27.02.1986
Palau	25.06.1996	25.06.1995		25.06.1996		04.08.1995						
Panama	10.02.1956	18.09.1995	26.10.1999	18.09.1995		12.12.1990	08.08.2001	21.03.2002	17.07.1962	08.03.2001		13.05.2003
Papua New Guinea	26.05.1976					02.03.1993			09.11.2004	06.11.2004	09.11.2004	23.10.1980
Paraguay	23.10.1961	30.11.1990	30.01.1998	30.11.1990		25.09.1990	27.09.2002	14.05.2001	21.07.1989	21.07.1989	24.05.2005	
Peru	15.02.1956	14.07.1989		14.07.1989	22.08.2006	04.09.1990	06.05.2002	10.11.2001				
Philippines	06.10.1952					21.08.1990	26.08.2003					
Poland	26.11.1954	23.10.1991	02.10.1992	23.10.1991		07.06.1991	07.04.2005	12.11.2001	06.08.1956	06.08.1956		08.06.1978
Portugal	14.03.1961	27.05.1992	01.07.1994	27.05.1992		21.09.1990	19.08.2003	05.02.2002	04.08.2000	18.02.2005		
Qatar	15.10.1975	05.04.1988	24.09.1991	05.01.2004		03.04.1995	25.07.2002		31.07.1973		04.09.2000	
Romania	01.06.1954	21.06.1990	31.05.1995	21.06.1990		28.09.1990	10.11.2001	11.04.2002	21.03.1958	21.03.1958	07.03.2006	05.05.1983
Russian Federation	10.05.1954	29.09.1989	29.09.1989	29.09.1989		16.08.1990			04.01.1957	04.01.1957		30.05.1978
Rwanda	05.05.1964	19.11.1984	08.07.1983	19.11.1984		24.01.1991	23.04.2002		28.12.2000			
Saint Kitts and Nevis	14.02.1986	14.02.1986		14.02.1986		24.07.1990		22.08.2006				
Saint Lucia	18.05.1981	07.10.1982		07.10.1982		16.06.1993						27.05.1993
Saint Vincent & Grenadine	01.04.1981	08.04.1983		08.04.1983		26.10.1993		03.12.2002				27.04.1999
Samoa	23.06.1984	23.08.1984		23.08.1984		29.11.1994		16.09.2002				
San Marino	29.08.1953	05.04.1994		05.04.1994		25.11.1991		13.05.1999	09.02.1956	09.02.1956		
Sao Tome and Principe	21.05.1976	05.07.1995		05.07.1995		14.05.1991						05.10.1979
Saudi Arabia	18.05.1963	21.08.1987		28.11.2001		26.01.1995			20.01.1971			
Senegal	18.05.1963	07.05.1985		07.05.1985		31.07.1990	03.03.2004	02.02.1998	17.06.1987	17.06.1987		
Serbia (Republic of)	16.10.2001	16.10.2001	16.10.2001	16.10.2001		12.03.2001	31.01.2003	06.09.2001	11.09.2001	11.09.2001	02.09.2002	
Seychelles	08.11.1984	08.11.1984	22.05.1992	08.11.1984		07.09.1990			08.10.2003			
Sierra Leone	10.06.1965	21.10.1985		21.10.1986		18.06.1990	15.05.2002	15.09.2000				
Singapore	27.04.1973					05.10.1995						
Slovakia	02.04.1993	02.04.1993	13.03.1995	02.04.1993		28.05.1993	07.07.2006	11.04.2002	31.03.1993	31.03.1993	11.02.2004	28.05.1993
Slovenia	26.03.1992	26.03.1992	26.03.1992	26.03.1992		06.07.1992	23.09.2004	31.12.2001	28.10.1992	05.11.1992	13.04.2004	20.04.2005
Solomon Islands	06.07.1981	19.09.1988		19.09.1988		10.04.1995						19.06.1981
Somalia	12.07.1962											
South Africa	31.03.1952	21.11.1995		21.11.1995		16.06.1995		27.11.2000	18.12.2000			
Spain	04.08.1952	21.04.1989	21.04.1989	21.04.1989		06.12.1990	08.03.2002	24.10.2000	07.07.1960	26.06.1992	06.07.2001	19.07.1978
Sri Lanka	28.02.1959					12.07.1991	08.09.2000		11.05.2004			25.04.1978
Sudan	23.06.1957	07.03.2005		13.07.2006		03.08.1990	26.07.2005		23.07.1970			
Suriname	13.10.1976	16.12.1985		16.12.1985		01.03.1993						
Swaziland	28.06.1973	02.11.1995		02.11.1995		07.09.1993						
Sweden	28.12.1953	31.08.1979	31.08.1979	31.08.1979		29.06.1990	20.02.2003	28.06.2001	22.01.1985	22.01.1985		27.04.1984
Switzerland	31.03.1950	17.02.1982	17.02.1982	17.02.1982	14.07.2006	24.02.1997	26.06.2002	12.10.2001	15.05.1962	15.05.1962	09.07.2004	05.08.1988
Syrian Arab Republic	02.11.1953	14.11.1983				15.07.1993	17.10.2003		06.03.1958	06.03.1958		
Tajikistan	13.01.1993	13.01.1993	10.09.1997	13.01.1993		26.10.1993	05.08.2002	05.05.2000	28.08.1992	28.08.1992	21.02.2006	12.10.1999

Country	Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court	Protection of Cultural Property			Environment	
	GC LIV 1949	AP I 1977	AP I Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989		Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954		Hague Prot. 1954
Tanzania (United Rep of)	12.12.1962	15.02.1983		15.02.1983		10.06.1991	11.11.2004	20.08.2002	23.09.1971			
Thailand	29.12.1964					27.03.1992	27.02.2005					
Timor-Leste	08.05.2003	12.04.2005		12.04.2005		16.04.2003	02.04.2004	06.09.2002	02.05.1958			
Togo	06.01.1962	21.06.1984	21.11.1991	21.06.1984		01.08.1990	28.11.2005					
Tonga	13.04.1978	20.01.2003	20.01.2003	20.07.2001		06.11.1995						
Trinidad and Tobago	24.09.1963	20.07.2001	20.07.2001	09.08.1979		05.12.1991	02.01.2003	06.04.1999				
Tunisia	04.05.1957	09.08.1979				30.01.1992	04.05.2004		28.01.1981	28.01.1981		11.05.1978
Turkey	10.02.1954					04.04.1995	29.04.2005		15.12.1965	15.12.1965		
Turkmenistan	10.04.1992	10.04.1992				20.09.1993						
Tuvalu	19.02.1981					22.09.1995						
Uganda	18.05.1964	13.03.1991		13.03.1991		17.08.1990	06.05.2002	14.06.2002				
Ukraine	03.08.1954	25.01.1990	25.01.1990	25.01.1990		28.08.1991	11.07.2005		06.02.1957	06.02.1957		13.06.1978
United Arab Emirates	10.05.1972	09.03.1983	06.03.1992	09.03.1983		03.01.1997						
United Kingdom	23.09.1957	28.01.1998	17.05.1999	28.01.1998		16.12.1991	23.12.2002	04.10.2001				
United States of America	02.08.1955											
Uruguay	05.03.1969	13.12.1985	17.07.1990	13.12.1985		20.11.1990	09.09.2003	28.06.2002	24.09.1998	24.09.1998		16.05.1978
Uzbekistan	08.10.1993	08.10.1993		08.10.1993		29.06.1994						17.01.1980
Vanuatu	27.10.1982	28.02.1985		28.02.1985		07.07.1993			21.02.1998			25.05.1993
Venezuela	13.02.1956	23.07.1998		23.07.1998		13.09.1990	23.09.2003	07.06.2000	09.05.2005			
Viet Nam	28.06.1957	19.10.1981				28.02.1990	20.12.2001					
Yemen	16.07.1970	17.04.1990		17.04.1990		01.05.1991			06.02.1970	06.02.1970		25.08.1980
Zambia	19.10.1966	04.05.1995		04.05.1995		06.12.1991		13.11.2002				20.07.1977
Zimbabwe	07.03.1983	19.10.1992		19.10.1992		11.09.1990			09.06.1998			
Total	194	166	68	162	6	192	109	102	115	93	42	72

Palestine. On 21 June 1989, the Swiss Federal Department of Foreign Affairs received a letter from the Permanent Observer of Palestine to the United Nations Office at Geneva informing the Swiss Federal Council that the Executive Committee of the Palestine Liberation Organization, entrusted with the functions of the Government of the State of Palestine by decision of the Palestine National Council, decided, on 4 May 1989, to adhere to the Four Geneva Conventions of 12 August 1949 and the two Protocols additional thereto.

On 13 September 1989, the Swiss Federal Council informed the international community that it was not in a position to decide whether the letter constituted an instrument of accession, "due to the uncertainty within the international community as to the existence or non-existence of a State of Palestine".

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 1985	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Afghanistan	09.12.1986	26.03.1975									24.09.2003	11.09.2002
Albania	20.12.1989	11.08.1992	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	12.05.2006	12.05.2006	11.05.1994	29.02.2000
Algeria	27.01.1992	22.07.2001									14.08.1995	09.10.2001
Andorra											27.02.2003	29.06.1998
Angola												05.07.2002
Antigua and Barbuda	08.11.1990										29.08.2005	03.05.1999
Argentina	27.04.1989	29.01.2003									02.10.1995	14.09.1999
Armenia	12.05.1969	05.12.1979	02.10.1995	02.10.1995	02.10.1995	02.10.1995	21.10.1998	21.10.1998	25.02.2004	27.01.1995		
Australia	24.05.1930	05.10.1977	29.09.1983	29.09.1983	29.09.1983	29.09.1983	22.08.1997	22.08.1997	03.12.2002	06.05.1994	14.01.1999	
Austria	09.05.1928	10.08.1973	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983	27.07.1998	27.07.1998	25.09.2003	17.08.1995	29.06.1998	
Azerbaijan		26.02.2004									29.02.2000	
Bahamas		26.11.1986										31.07.1998
Bahrain	09.12.1988	28.10.1988									28.04.1997	
Bangladesh	20.05.1989	13.03.1985	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000		25.04.1997	06.09.2000	
Barbados	16.07.1976	16.02.1973									26.01.1999	
Belarus	26.03.1975	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	13.09.2000	02.03.2004		11.07.1996	03.09.2003	
Belgium	04.12.1928	15.03.1979	07.02.1995	07.02.1995	07.02.1995	07.02.1995	10.03.1998	10.03.1998	12.02.2004	27.01.1997	04.09.1998	
Belize		20.10.1986								01.12.2003	23.04.1998	
Benin	09.12.1986	25.04.1973	27.03.1989	27.03.1989						14.05.1998	25.09.1998	
Bhutan	19.02.1979	08.06.1978								18.08.2005	18.08.2005	
Bolivia	13.08.1985	30.10.1975	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001		14.08.1998	09.06.1998	
Bosnia-Herzegovina		15.08.1994	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	11.10.2001	07.09.2000		25.02.1997	08.09.1998	
Botswana		05.02.1992								31.08.1998	01.03.2000	
Brazil	28.08.1970	27.02.1973	03.10.1995	03.10.1995	03.10.1995	03.10.1995	04.10.1999	04.10.1999		13.03.1996	30.04.1999	
Brunei Darussalam		31.01.1991								28.07.1997	24.04.2006	
Bulgaria	07.03.1934	02.06.1972	15.10.1982	15.10.1982	15.10.1982	15.10.1982	03.12.1998	03.12.1998	28.02.2003	10.06.1994	04.09.1998	
Burkina Faso	03.03.1971	17.04.1991	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003		08.07.1997	16.09.1998	
Burundi		09.03.1983	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997		04.09.1998	22.10.2003	
Cambodia		20.07.1989								19.07.2005	28.07.1999	
Cameroon		18.09.1972	24.06.1994	24.06.1994	24.06.1994	24.06.1994	05.01.1998	05.01.1998		16.09.1996	19.09.2002	
Canada	06.05.1930	20.10.1977	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	22.07.2002	26.09.1995	03.12.1997	
Cape Verde	15.10.1991									10.10.2003	14.05.2001	
Central African Republic	31.07.1970									20.09.2006	08.11.2002	
Chad										13.02.2004	06.05.1999	
Chile	02.07.1935	22.04.1980	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003		12.07.1996	10.09.2001	
China	13.07.1952	15.11.1984	07.04.1982	07.04.1982	07.04.1982	07.04.1982	04.11.1998	04.11.1998	11.08.2003	25.04.1997		
Colombia		19.12.1983	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	05.03.2000	06.03.2000		05.04.2000	06.09.2000	
Comoros										18.08.2006	19.09.2002	
Congo		23.10.1978									04.05.2001	
Congo (Dem Rep)		16.09.1975								12.10.2005	02.05.2002	
Cook Islands										15.07.1994	15.03.2006	
Costa Rica		17.12.1973	17.12.1998	17.12.1998	17.12.1998	17.12.1998	17.12.1998	17.12.1998		31.05.1996	17.03.1999	
Côte d'Ivoire	27.07.1970									18.12.1995	30.06.2000	

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 1985	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997	
Croatia		08.10.1991	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	02.03.1987	02.03.1987	25.04.2002	27.05.2003	07.02.2005	23.05.1995	20.05.1998
Cuba	24.06.1966	21.04.1976	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987	12.12.1988	12.12.1988	22.07.2003	22.07.2003		29.04.1997	
Cyprus	12.12.1966	06.11.1973	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	22.02.1993	22.02.1993	10.08.1998	10.08.1998		28.08.1998	17.01.2003
Czech Republic	16.08.1938	05.04.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	07.07.1982	07.07.1982	30.04.1997	30.04.1997	06.06.2006	06.03.1996	26.10.1999
Denmark	05.05.1930	01.03.1973	29.07.1996	29.07.1996	29.07.1996	29.07.1996					28.06.2005	13.07.1995	08.06.1998
Djibouti												25.01.2006	18.05.1998
Dominica		08.11.1978										12.02.2001	26.03.1999
Dominican Republic	08.12.1970	23.02.1973										30.06.2000	
Ecuador	16.09.1970	12.03.1975	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982			15.12.2003	14.08.2000		06.09.1995	29.04.1999
Egypt	06.12.1928												
El Salvador		31.12.1991	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000			25.01.2000	26.01.2000	23.03.2006	30.10.1995	27.01.1999
Equatorial Guinea	20.05.1989	16.01.1989										25.04.1997	16.09.1998
Eritrea												14.02.2000	27.08.2001
Estonia	28.08.1931	21.06.1993	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000			20.04.2000	20.04.2000		26.05.1999	12.05.2004
Ethiopia	07.10.1935	26.05.1975										13.05.1996	17.12.2004
Fiji	21.03.1973	01.10.1973										20.01.1993	10.06.1998
Finland	26.06.1929	04.02.1974	08.05.1982	08.05.1982	08.05.1982	08.05.1982	18.07.2002	18.07.2002	30.06.1998	22.06.2004	23.03.2005	07.02.1995	23.07.1998
France	10.05.1926	27.09.1984	04.03.1988	04.03.1988	04.03.1988	04.03.1988				10.12.2002		02.03.1995	08.09.2000
Gabon												19.05.1998	23.09.2002
Gambia	05.11.1966	21.11.1991										27.11.1995	
Georgia		22.05.1996	29.04.1996	29.04.1996	29.04.1996	29.04.1996							
Germany	25.04.1929	07.04.1983	25.11.1992	25.11.1992	25.11.1992	25.11.1992			27.06.1997	02.05.1997	03.05.2005	12.08.1994	23.07.1998
Ghana	03.05.1967	06.06.1975										09.07.1997	30.06.2000
Greece	30.05.1931	10.12.1975	28.01.1992	28.01.1992	28.01.1992	28.01.1992			05.08.1997	20.01.1999	26.11.2004	22.12.1994	25.09.2003
Grenada	03.01.1989	22.10.1986										03.06.2005	19.08.1998
Guatemala	03.05.1983	19.09.1973	21.07.1983	21.07.1983	21.07.1983	21.07.1983			30.08.2002	29.10.2001		12.02.2003	26.03.1999
Guinea												09.06.1997	08.10.1998
Guinea-Bissau	20.05.1989	20.08.1976										22.05.2001	
Guyana												12.09.1997	05.08.2003
Haiti												22.02.2006	15.02.2006
Holy See	18.10.1966	04.01.2002	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997			22.07.1997	09.12.2002	13.12.2005	12.05.1999	17.02.1998
Honduras		14.03.1979	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003			30.10.2003	30.10.2003		29.08.2005	24.09.1998
Hungary	11.10.1952	27.12.1972	14.06.1982	14.06.1982	14.06.1982	14.06.1982						31.10.1996	06.04.1998
Iceland	02.11.1967	15.02.1973										28.04.1997	05.05.1999
India	09.04.1930	15.07.1974	01.03.1984	01.03.1984	01.03.1984	01.03.1984			02.09.1999	18.05.2005		03.09.1996	
Indonesia	21.01.1971	19.02.1992										12.11.1998	
Iran (Islamic Rep.)	05.11.1929	22.08.1973										03.11.1997	
Iraq	08.09.1931	19.06.1991											
Ireland	29.08.1930	27.10.1972	13.03.1995	13.03.1995	13.03.1995	13.03.1995			27.03.1997	27.03.1997		24.06.1996	03.12.1997
Ireland	20.02.1969		22.03.1995	22.03.1995	22.03.1995	22.03.1995			30.10.2000	30.10.2000			
Israel	03.04.1928	30.05.1975	20.01.1995	20.01.1995	20.01.1995	20.01.1995			13.01.1999	13.01.1999	01.09.2004	08.12.1995	23.04.1999
Italy	28.07.1970	13.08.1975										08.09.2000	17.07.1998
Jamaica	21.05.1970	18.06.1982	09.06.1982	09.06.1982	09.06.1982	09.06.1982			10.06.1997	10.06.1997		15.09.1995	30.09.1998
Japan													

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 1985	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Jordan	20.01.1977	27.06.1975	19.10.1995	19.10.1995		19.10.1995		06.09.2000			29.10.1997	13.11.1998
Kazakhstan											23.03.2000	
Kerpya	06.07.1970	07.01.1976									25.04.1997	23.01.2001
Kiribati											07.09.2000	07.09.2000
Korea (Dem. People's Rep.)	04.01.1989	13.03.1987									28.04.1997	
Korea (Republic of)	04.01.1989	25.06.1987	09.05.2001	09.05.2001				09.05.2001	13.02.2003		28.05.1997	
Kuwait	15.12.1971	26.07.1972									29.09.2003	
Kyrgyzstan	20.05.1989	25.04.1973	03.01.1983	03.01.1983	03.01.1983	03.01.1983	11.03.1998				25.02.1997	
Latvia	03.06.1931	06.02.1997	04.01.1993	04.01.1993	04.01.1993	04.01.1993		22.08.2002	23.04.2003		23.07.1996	01.07.2005
Lebanon	17.04.1969	26.03.1975										
Lesotho	10.03.1972	06.09.1977	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000					07.12.1994	02.12.1998
Liberia	17.06.1927		16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005	23.02.2006	23.12.1999
Libyan Arab Jamahiriya	29.12.1971	19.01.1982									06.01.2004	
Liechtenstein	06.09.1991	06.06.1991	16.08.1989	16.08.1989	16.08.1989	16.08.1989	19.11.1997	18.06.2004	12.05.2006	12.05.2006	24.11.1999	05.10.1999
Lithuania	15.06.1933	10.02.1998	03.06.1998	03.06.1998	03.06.1998	03.06.1998	03.06.1998	12.05.2003	29.09.2004	15.04.1998	15.04.1998	12.05.2003
Luxembourg	01.09.1936	23.03.1976	21.05.1996	21.05.1996	21.05.1996	21.05.1996	05.08.1999	13.06.2005	13.06.2005	15.04.1997	15.04.1997	14.06.1999
Macedonia		14.03.1997	30.12.1996	30.12.1996	30.12.1996	30.12.1996		31.05.2005		20.06.1997	08.09.1998	
Madagascar	02.08.1967									20.10.2004	16.09.1999	
Malawi	14.09.1970									11.06.1998	13.08.1998	
Malaysia	10.12.1970	06.10.1991								20.04.2000	22.04.1999	
Maldives	27.12.1966	02.08.1993	07.09.2000	07.09.2000	07.09.2000	07.09.2000	07.09.2000	07.09.2000		31.05.1994	07.09.2000	
Mali		25.11.2002	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001		28.04.1997	02.06.1998	
Malta	21.09.1964	07.04.1975	26.06.1995	26.06.1995	26.06.1995	26.06.1995	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	22.09.2006	28.04.1997	07.05.2001
Marshall										19.05.2004		
Marshall										09.02.1998		21.07.2000
Mauntania	12.03.1968	11.01.1973	06.05.1996	06.05.1996	06.05.1996	06.05.1996	24.12.2002			09.02.1993	03.12.1997	
Mauntitus	28.05.1932	08.04.1974	11.02.1982	11.02.1982	11.02.1982	11.02.1982	10.03.1998	22.05.2003		29.08.1994	09.06.1998	
Mexico										21.06.1999		
Micronesia		05.11.2004	08.09.2000	08.09.2000	08.09.2000	08.09.2000	08.09.2000	05.01.2005				
Moldova (Republic of)	06.01.1967	30.04.1999	12.08.1997	12.08.1997	12.08.1997	12.08.1997	04.05.1997			01.06.1995	08.09.2000	
Monaco	06.12.1968	14.05.1972	08.06.1982	08.06.1982	08.06.1982	08.06.1982				17.01.1995	17.11.1998	
Mongolia												
Montenegro (Republic of)												
Morocco	13.10.1970	21.03.2002	19.03.2002	19.03.2002	19.03.2002	19.03.2002				28.12.1995		
Mozambique										15.08.2000	25.08.1998	
Myanmar												
Namibia												
Nauru		12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001		24.11.1995	21.09.1998	
Nepal	09.05.1969									12.11.2001	18.11.1997	07.08.2000
Netherlands	31.10.1930	22.06.1981	18.06.1987	18.06.1987	18.06.1987	18.06.1987	25.03.1999	19.05.2004	18.07.2005	30.06.1995	12.04.1999	
New Zealand	24.05.1930	18.12.1972	18.10.1993	18.10.1993	18.10.1993	18.10.1993	08.01.1998			15.07.1999	27.01.1999	
Nicaragua	05.10.1990	07.08.1975	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000		15.01.1900	05.10.1999	30.11.1998	
Niger	05.04.1967	23.06.1972	10.11.1992	10.11.1992	10.11.1992	10.11.1992				09.04.1997	23.03.1999	

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 1985	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Nigeria	15.10.1968	09.07.1973									20.05.1999	27.09.2001
Niue											21.04.2005	15.04.1998
Norway	27.07.1932	01.08.1973	07.06.1983	07.06.1983	07.06.1983	07.06.1983	20.04.1998	20.04.1998	18.11.2003	08.12.2005	07.04.1994	09.07.1998
Oman											08.02.1995	
Pakistan	15.04.1960	03.10.1974	01.04.1985	01.04.1985	01.04.1985	01.04.1985	05.12.2000	09.03.1999			28.10.1997	
Palau											03.02.2003	
Panama	04.12.1970	20.03.1974	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	03.10.1999	16.08.2004		07.10.1998	07.10.1998
Papua New Guinea	02.09.1980	27.10.1980									17.04.1996	28.06.2004
Paraguay	22.10.1933	09.06.1976	22.09.2004	22.09.2004	22.09.2004	22.09.2004	03.07.1997	22.09.2004			01.12.1994	13.11.1998
Peru	13.08.1985	05.06.1985	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	14.02.2005		20.07.1995	17.06.1998
Philippines	08.06.1973	21.05.1973	15.07.1996	15.07.1996	15.07.1996	15.07.1996	15.07.1996	12.06.1997			11.12.1996	15.02.2000
Poland	04.02.1929	25.01.1973	02.06.1983	02.06.1983	02.06.1983	02.06.1983	23.09.2004	14.10.2003	15.09.2006		23.08.1995	
Portugal	01.07.1930	15.05.1975	04.04.1997	04.04.1997	04.04.1997	04.04.1997	12.11.2001	31.03.1999			10.09.1996	19.02.1999
Qatar	18.10.1976	17.04.1975									03.09.1997	13.10.1998
Romania	23.08.1929	26.07.1979	26.07.1995	26.07.1995	26.07.1995	26.07.1995	25.08.2003	25.08.2003	25.08.2003		15.02.1995	30.11.2000
Russian Federation	05.04.1928	26.03.1975	10.06.1982	10.06.1982	10.06.1982	10.06.1982	09.09.1999	02.03.2005			05.11.1997	
Rwanda	11.05.1964	20.05.1975									31.03.2004	08.06.2000
Saint Kitts and Nevis	27.04.1989	02.04.1991									21.05.2004	02.12.1998
Saint Lucia	21.12.1988	26.11.1986									09.04.1997	13.04.1999
Saint Vincent & Grenadine	24.03.1999	13.05.1999									18.09.2002	01.08.2001
Samoa											27.09.2002	23.07.1998
San Marino											10.12.1999	18.03.1998
Sao Tome and Principe											09.09.2003	31.03.2003
Saudi Arabia	27.01.1971	24.05.1972									09.08.1996	
Senegal	15.06.1977	26.03.1975	29.11.1999								20.07.1998	24.09.1998
Serbia (Republic of)	12.04.1929	13.06.2001	12.03.2001	12.03.2001	12.03.2001	12.03.2001	12.08.2003	29.11.1999	11.11.2003		20.04.2000	18.09.2003
Seychelles											07.04.1993	02.06.2000
Sierra Leone	20.03.1967	29.06.1976	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004		30.09.2004	25.04.2001
Singapore											21.05.1997	
Slovakia	16.08.1938	17.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	30.11.1999	30.11.1999	11.02.2004	23.03.2006	27.10.1995	25.02.1999
Slovenia											11.06.1997	27.10.1998
Solomon Islands	01.06.1981	17.06.1981	06.07.1992	06.07.1992	06.07.1992	06.07.1992	03.12.2002	03.12.2002			23.09.2004	26.01.1999
Somalia												
South Africa	24.05.1930	03.11.1975	13.09.1995	13.09.1995	13.09.1995	13.09.1995	26.06.1998	26.06.1998			13.09.1995	26.06.1998
Spain	22.08.1929	20.06.1979	29.12.1993	29.12.1993	29.12.1993	29.12.1993	19.01.1998	27.01.1998	09.02.2004		03.08.1994	19.01.1999
Sri Lanka	20.01.1954	18.11.1986	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004		19.08.1994	
Sudan	17.12.1980	17.10.2003									24.05.1999	13.10.2003
Suriname											28.04.1997	23.05.2002
Swaziland	23.07.1991	18.06.1991									20.09.1996	22.12.1998
Sweden	25.04.1930	05.02.1976	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	15.01.1997	16.07.1997	03.12.2002	02.06.2004	17.06.1993	30.11.1998
Switzerland	12.07.1932	04.05.1976	20.08.1982	20.08.1982	20.08.1982	20.08.1982	24.03.1998	24.03.1998	19.01.2004	12.05.2006	10.03.1995	24.03.1998
Syrian Arab Republic	17.12.1968											
Tajikistan			08.12.2004	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999		18.05.2006		12.10.1999

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 1985	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Tanzania (United Rep.of)	22.04.1963										25.06.1998	13.11.2000
Thailand	06.06.1931	28.05.1975									10.12.2002	27.11.1998
Timor-Leste	05.04.1971	05.05.2002									07.05.2003	07.05.2003
Togo	19.07.1971	10.11.1976	04.12.1995	04.12.1995	04.12.1995	04.12.1995					23.04.1997	09.03.2000
Tonga	19.07.1971	28.09.1976									29.05.2003	
Trinidad and Tobago	31.08.1962										24.06.1997	27.04.1998
Tunisia	12.07.1967	06.06.1973	15.05.1987	15.05.1987	15.05.1987	15.05.1987	23.03.2006	23.03.2006			15.04.1997	09.07.1999
Turkey	05.10.1929	04.11.1974	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005			12.05.1997	25.09.2003
Turkmenistan		11.01.1996	19.03.2004	19.03.2004	19.03.2004	19.03.2004		19.03.2004			29.05.1994	19.01.1998
Tuvalu											19.01.2004	
Uganda	24.05.1965	12.05.1992	14.11.1995	14.11.1995	14.11.1995	14.11.1995					30.11.2001	25.02.1999
Ukraine	07.08.2003	26.03.1975	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	28.05.2003	15.12.1999	29.06.2005	17.05.2005	16.10.1998	27.12.2005
United Arab Emirates											28.11.2000	
United Kingdom	09.04.1930	26.03.1975	13.02.1995	13.02.1995	13.02.1995	13.02.1995	11.02.1999	11.02.1999	25.07.2002		13.05.1996	31.07.1998
United States of America	10.04.1975	26.03.1975	24.03.1995	24.03.1995	24.03.1995	24.03.1995	24.05.1999	24.05.1999			25.04.1997	
Uruguay	12.04.1977	06.04.1981	06.10.1994	06.10.1994	06.10.1994	06.10.1994	18.08.1998	18.08.1998			06.10.1994	07.06.2001
Uzbekistan		11.01.1996	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997			23.07.1996	
Vanuatu		12.10.1990									16.09.2005	16.09.2005
Venezuela	08.02.1928	18.10.1978	19.04.2005	19.04.2005	19.04.2005	19.04.2005		19.04.2005			03.12.1997	14.04.1999
Viet Nam	15.12.1980	20.06.1980									30.09.1998	
Yemen	17.03.1971	01.06.1979									02.10.2000	01.09.1998
Zambia											09.02.2001	23.02.2001
Zimbabwe											25.04.1997	18.06.1998
Total	133	155	100	98	87	93	83	86	47	24	180	151

III. BIBLIOGRAFÍA

1. RECENSIÓN DE LIBROS

**1.1. FABIO PASCUA MATEO, «Fuerzas Armadas y derechos políticos»,
Prólogo de Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Congreso de los
Diputados, Monografías 65, Madrid 2006, 629 páginas**

Afortunadamente resulta ya lejana y superada la repetida queja del abandono académico respecto de los temas de la Defensa Nacional, especialmente en sus aspectos jurídicos, que llevó a escribir a un ilustre penalista que no sólo se ignoraba el Derecho Militar en las Universidades sino que no se quería saber nada sobre su problemática legal. La Revista Española de Derecho Militar, desde su fundación, ha querido dar pruebas bien tangibles de la superación de esta reiterada crítica y sus páginas pueden dar fe del interés investigador por el análisis jurídico de la Defensa Nacional, el Derecho Penal y Procesal Militar o el Derecho de los Conflictos Armados.

Limitándonos a los cultivadores de una parcela del saber jurídico tan importante como el Derecho Público, Constitucional y Administrativo, han sido bien relevantes –por citar las más recientes– las aportaciones de Casado Burbano, Fernández Segado, Guaita Martorell, Martín Retortillo Baquer, Parada Vázquez, Jiménez Villarejo, López Ramón, López Garrido, Serrano Alberca, Pellón Rivero, Mozo Seoane, Corrales Elizondo, Peñarrubia Iza, Fernández-Piñeyro, Allí Turrillas, Barcelona Llop, Blanquer, Cotino Hueso, Nevado Moreno o Herbón Costas.

Se publica ahora el libro que recoge, básicamente, la Tesis Doctoral de Fabio Pascua Mateo, dirigida por el Profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, quien prologa la obra que presentamos. El Doctor Pascua Mateo, Letrado de las Cortes y Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, es bien conocido por los lectores de la Revista de Derecho Militar en cuyo número 84 publicó un excelente artículo denominado «*Los derechos de reunión y de*

manifestación del personal militar» y que en el año 2005 obtuvo el Premio «José Francisco de Querol y Lombardero» por su trabajo «*El acceso a la profesión militar en condiciones de igualdad, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad*», que fue publicado en el número 85 de nuestra revista.

La obra objeto de esta reseña constituye una aportación fundamental al estudio de la Administración Militar (art. 97 de la Constitución española) desde la óptica de los derechos políticos que son restringidos o simplemente no reconocidos por el estatuto de los miembros de las Fuerzas Armadas, particularmente en España. Y en especial a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y de la doctrina legal de los tribunales españoles, concretamente del Tribunal Constitucional y de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. Pero, a diferencia de otras publicaciones excesivamente generalistas y poco meditadas, el libro que analizamos concreta su análisis jurídico (¡ y ya es bastante ¡) en los derechos políticos del militar. Es decir: la libertad de expresión, los derechos de reunión y manifestación, el derecho de asociación, el derecho de participación política, el derecho a la profesión militar en condiciones de igualdad y el derecho de petición.

Como escribe en el Prólogo el Profesor Martín-Retortillo Baquer, se trata de un libro serio, profundo y completo, que no rehuye los problemas y entra a solucionarlos con solvencia y elegancia. Elaborado con rigurosa y exquisita metodología, añade, que hay que destacar que la revisión exhaustiva y crítica del tan amplio conjunto normativo aplicable, se complementa con un estudio minucioso y completo de la ya abundante y dispersa jurisprudencia de los Tribunales.

La obra del Letrado Pascua Mateo se divide, al uso académico, en una Parte General bajo el epígrafe «Los derechos políticos y el estatuto de los miembros de las Fuerzas Armadas» y una Parte Especial que aborda el estudio de aquellos derechos políticos en especial, para terminar con una breve recapitulación que sirve como conclusión del libro, seguida de la correspondiente y adecuada bibliografía.

En el capítulo inicial, el autor no puede dejar de plantearse que el ámbito de las Fuerzas Armadas, sin ser el único, es uno de los espacios en donde la idea liberal de la igualdad del ciudadano ante la ley no se aplica en toda su pureza, puesto que se introducen modulaciones, límites y restricciones de algunos derechos. El punto de partida no es otro que el debate sobre la naturaleza jurídica y la posición constitucional de las Fuerzas Armadas, destacando el autor que la controversia entre las teorías institucionales y las tesis administrativas se ha ido desplazando hacia campos semánticos. Y así, se afirma progresivamente tanto «la entrada de la Constitución en el Dere-

cho Militar» como el reconocimiento de las especialidades de organización y régimen jurídico derivadas de las misiones de las Fuerzas Armadas. Naturalmente, esta posición inicial sirve para delimitar el estudio, que no pretende abarcar la totalidad de los derechos disponibles, pues su fin es el de profundizar en los derechos de participación política que afectan tanto a la eficacia como a la neutralidad política de los militares.

Seguidamente el libro nos presenta el régimen general de la limitación de los derechos del militar en las clásicas declaraciones internacionales de derechos (especialmente en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas), en el Derecho comparado (en particular, Alemania, Francia, Reino Unido, Estados Unidos de América, Dinamarca, Portugal, Grecia e Italia) y en la doctrina y el derecho histórico español.

Capítulo especial merece la exposición sobre el régimen actual, con particular atención a la regulación definitiva establecida en la Constitución española.

En relación con las teorías clásicas se expone la doctrina de las relaciones de sujeción especial (Alemania), el ordenamiento separado de la institución militar (Italia), la versión francesa del derecho estatutario de un ejército acantonado (Francia) o la vestimenta de la comunidad separada (Estados Unidos de América). El autor considera que tales construcciones teóricas están en fase de sustitución, pues hoy se fundamentan las restricciones concretas de los individuos que integran las Fuerzas Armadas en bases mucho más cercanas al razonamiento jurídico general. Y así, el profesor Pascua Mateo afirma la potestad del legislador para introducir límites a los derechos fundamentales aún en los casos no previstos en la Constitución. La operación de «innovar» en esta materia ha de desarrollarse, en todo caso y desde el punto de vista formal, con las debidas cautelas: hacerse por ley orgánica y limitarse a aquellos supuestos que requieran una alteración de las reglas generales. Desde una perspectiva material, las restricciones deben justificarse por los fines constitucionales legítimos, que sitúa el autor en dos grandes apartados. Primero, los que se derivan del privilegio de eficacia en la actuación de la Administración Pública (principios de unidad, jerarquía y disciplina) y en el principio de neutralidad política. Añadiendo la necesidad de acreditar la adecuación, motivación y proporcionalidad de la restricción (o limitación) que, en ningún caso, habrá de vulnerar el contenido esencial del derecho afectado.

Se añade, para cerrar esta Parte General, el estudio de circunstancias que modifican el régimen general como los supuestos del tiempo fuera de servicio y las situaciones de guerra y misiones de paz.

La Parte Especial del libro que comentamos analiza determinados derechos de participación política del personal militar, que integra la mayor extensión de la obra. En los diversos capítulos se exponen los precedentes, el derecho comparado (Declaraciones y Tratados Internacionales y ordenamientos estatales), el derecho histórico español y las consideraciones sobre el régimen actual en España.

El primer derecho que se investiga es la libertad de expresión, donde el autor plantea –con sobrada razón– la necesidad de modificar el régimen de autorización de las Ordenanzas, a la vista del artículo 20.1 de la Constitución española y propone la regulación de un deber de comunicación a la autoridad militar para salvaguardar la reserva de la información militar o la neutralidad política de las FAS. Trata la obra, en relación con esta libertad fundamental, del derecho a difundir información, sometido al límite propio de las materias clasificadas, y a la libertad de expresar opiniones, condicionada por el deber de respeto a las instituciones públicas y a los superiores, a la prohibición de la apología del delito y a la neutralidad política. Se concluye con la defensa de una licencia mayor en el caso del derecho de defensa en un procedimiento disciplinario o judicial.

En cuanto a los derechos de reunión y manifestación, que ya fueron tratados por el autor en un valioso estudio publicado en el n.º 84 de esta revista, se realiza un concienzudo trabajo para presentar la *dispersa y en ocasiones contradictoria normativa*, para extraer un régimen coherente y respetuoso con la Constitución (que no los limita) y las exigencias de la neutralidad política. Distingue el Dr. Pascua Mateo tres supuestos distintos: Las reuniones celebradas en recintos militares, las reuniones y manifestaciones de contenido político, social o reivindicativo y, en casos distintos, el régimen aplicable al resto de los ciudadanos.

Escribe el autor que, justamente, es el derecho de asociación el que desata la mayor controversia, que permite sostener *la más probable inconstitucionalidad de la prohibición que pesa sobre los militares de afiliarse a un partido político*, concluyendo que el silencio de la Constitución obliga a justificar esta medida tan drástica y desproporcionada. Estima Pascua Mateo, en ponderada posición, que el fin conseguido por la norma puede alcanzarse sin incidir en el contenido esencial del derecho, limitando las funciones en el seno del partido a las puras actividades de afiliado de base. Por lo que se refiere a la exclusión constitucional del derecho de sindicación (art. 28.1), se hace referencia al vigente sistema de representación profesional del personal militar, *desde luego claramente mejorable*, al que dedica irónicamente una acertada crítica como producto de la arqueología jurídica («...el recurso a la diosa Fortuna para cubrir sus órganos de

gobierno, como aspiración de los sectores populares»), dudando con fundamento de la eficacia de los Consejos Asesores. Se da cuenta, por último, de la reciente jurisprudencia relevante que da carta de naturaleza a las asociaciones profesionales, distintas de los sindicatos. Aquí la prudencia del autor propone algunas condiciones de funcionamiento como la estricta neutralidad política, la prohibición del activismo en los cuarteles y la cautela de impedir expresiones de falta de respeto o peticiones colectivas.

En el ámbito del derecho de participación política se analiza el sufragio activo, defendiendo el voto por correo de los militares desplazados del territorio nacional y, en cuanto al sufragio pasivo, estima que el asentamiento del sistema político constitucional ha permitido una normativa más permisiva (situación de excedencia) que la situación inicial, que implicaba la pérdida definitiva de la condición de militar para concurrir a un proceso electoral.

El acceso a las Fuerzas Armadas como vía de entrada a la función pública fue el contenido del trabajo con el que Fabio Pascua Mateo obtuvo el Premio «José F. de Querol y Lombardero, 2005», publicado en el número 85 de nuestra revista. En cuanto a la entrada en las FAS se da fe de la apertura tanto a extranjeros como a mujeres, con un amplio estudio de la posición de la mujer en las Fuerzas Armadas (ingreso, ocupación de destinos, medidas para facilitar la vida familiar y censura de las prácticas de discriminación). El capítulo se cierra con la exposición del sistema de promoción para el ingreso como personal de carrera, guardias civiles o policía o funcionarios, de los militares de tropa o marinería, así como de los problemas de abandono de la condición militar (pilotos del Ejército del Aire).

Finalmente se aborda el derecho de petición, cuya prohibición de ejercicio colectivo por los miembros de las FAS y demás cuerpos sometidos a disciplina militar encuentra sólido asidero en el artículo 29.2 de la Constitución. No obstante, se analiza la posibilidad de admitir alguna modalidad colectiva *cuando sea el ciudadano más que el militar quien desee emplearlo* (fuera de servicio y preservando la neutralidad), así como los recelos que despierta la práctica generalizada de la presentación masiva de peticiones individuales idénticas o por parte de asociaciones militares. Por último, el Letrado de las Cortes Pascua Mateo nos advierte de la relajación progresiva de estas restricciones del derecho de petición en relación con las peticiones parlamentarias que lleva de hecho (Cortes Generales) o de derecho (Parlamento Europeo) a permitir su presentación colectiva.

En definitiva, recapitula el autor, la fuerza expansiva de unos derechos y unas normas internacionales crecientemente garantistas han producido un cambio de paradigma en el tratamiento de la relación entre las Fuerzas

Armadas y los derechos fundamentales de sus miembros, de forma que *la afirmación de la equiparación sustancial entre la posición jurídica de un militar y la del común de los ciudadanos ha encabezado desde hace años unos textos legales que no siempre se mostraban coherentes con su proclamación inicial*. Añadamos nosotros, como botón de muestra, la proclamación teórica del artículo 169 de las Reales Ordenanzas para las FAS: «*El militar tiene los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que las desarrollen y por estas Ordenanzas*».

El Dr. Pascua Mateo concluye apuntando la extrema complejidad de una normativa que equilibre las exigencias disciplinarias constitutivas de todo ejército y el respeto efectivo a los derechos fundamentales, en el sentido de que cualquier construcción deberá huir de fórmulas simplificadoras, no perder de vista un cierto casuismo inevitable y ofrecer alternativas coherentes y flexibles que reconozcan a los miembros de las FAS su doble condición de ciudadanos activos y de militares disciplinados y leales al régimen constitucional al que sirven. Por nuestra parte, lamentando las innumerables ocasiones perdidas para regular el régimen de los derechos políticos de los militares y modificar unas Reales Ordenanzas obsoletas en esta materia (cuando no inconstitucionales en algunos aspectos), creemos que la aportación del libro que comentamos puede servir al legislador como valiosa guía en el trance de reformar unas normas y acometer la inaplazable –pero tantas veces pospuesta– Ley Orgánica que, sin tratar de *poner puertas al campo*, establezca el estatuto de los derechos, libertades y deberes del militar en España.

El mayor mérito de la obra que presentamos a nuestros lectores, como escribe en el Prólogo el Profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, consiste en la revisión exhaustiva y crítica que se hace del amplio conjunto normativo aplicable (los derechos políticos de los miembros de las Fuerzas Armadas), en el que no faltan aspectos contradictorios e, incluso, insuficiencias, lo que da lugar por parte del autor a advertencias de hondo calado que ojalá se tomen en cuenta y no sean destinadas a lo que *se guarda para el maestro armero*.

Solo nos resta recomendar la lectura de este libro a los juristas interesados en la materia, a los militares –en particular a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar– y a quienes tengan la responsabilidad de promover las adecuadas reformas legislativas para acabar con las lagunas de nuestro Estado de Derecho.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

1.2. QUESADA ALCALÁ, Carmen; La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal, Tirant Monografías-Cruz Roja Española, 2005, 589 páginas. (Recensión publicada en la Revista Electrónica de Estudios Internacionales núm. 11, 2006)

El análisis de los instrumentos jurídicos destinados a lograr la tipificación y persecución de los crímenes internacionales ha proliferado extraordinariamente en los últimos años a raíz de la constitución de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, y más recientemente aun, tras la entrada en vigor y puesta en marcha del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. De hecho, es bien sabido que la bibliografía dedicada a examinar el Estatuto de Roma como un todo o mediante aproximaciones sectoriales es ingente, por lo que resulta difícil un seguimiento exhaustivo de la misma. De hecho, en la actualidad existe ya un importante acervo doctrinal en lengua española sobre la Corte Penal Internacional, respecto del cual una de las últimas contribuciones de mayor relieve es, sin lugar a dudas, la monografía de la doctora Carmen Quesada Alcalá.

Estamos ante un libro de elevada calidad científica, exhaustivo, riguroso, bien sistematizado y excelentemente documentado, que además tiene el mérito de superar con éxito el reto que supone abordar de manera coherente problemas sustantivos, procesales y penales tanto de Derecho Internacional como de derecho interno. Este dato, junto con el hecho de que se trata de una monografía que tiene su origen en una tesis doctoral, cuya estructura se ha respetado en gran medida, explica su voluminosidad.

Frente a otras aproximaciones al estudio de la CPI, esta obra, como indica la profesora Concepción Escobar en el prólogo, parte del complejo modelo dialéctico que se construye en torno a las categorías de sobe-

ranía y jurisdicción penal internacional, que sirven como eje en torno al cual, de un modo original, se vertebra todo el trabajo, y se da pie para que la autora vaya respondiendo, desde una fina óptica iusinternacionalista, a lo largo de los cinco capítulos que la integran a la pregunta de en qué medida la CPI y su funcionamiento están condicionados por la soberanía, y en qué medida ésta nueva jurisdicción se sitúa en un necesario punto de equilibrio.

El libro se abre con un extenso capítulo I, en cuya primera parte se recorre de forma exhaustiva todo el iter del proceso de institucionalización de la jurisdicción penal internacional, para pasar posteriormente, después de examinar los posibles procedimientos de creación de la CPI, al análisis de su constitución a través de un Tratado, y a los distintos aspectos referentes a la soberanía del Estado que dicha opción evidencia. El tratamiento riguroso de todas estas cuestiones, aunando el estudio de la dimensión jurídico-internacional con los elementos políticos presentes en todo el proceso negociador del Estatuto de Roma, pone de manifiesto otro de los elementos que caracterizan a este trabajo, y que no es otro que el seguimiento directo de los trabajos y opiniones de los miembros de la delegación española en la Conferencia de Roma, y de forma muy especial, del embajador Yañez Barnuevo, el Dr. Rodríguez-Villasante y la propia profesora Concepción Escobar.

En el capítulo II se tratan diversos aspectos del funcionamiento de la Corte desde la óptica de su condición de Organización internacional con personalidad jurídica propia. En la medida en que el Estatuto de Roma ya está en vigor desde el 1 de julio de 2002, el análisis de estas cuestiones se ha beneficiado de la ventaja de poder recurrir a la práctica para ilustrar cómo se han resuelto las cuestiones relativas a la estructura orgánica y otros aspectos del funcionamiento institucional de la Corte. De especial relevancia resulta el análisis del papel del Consejo de Seguridad que suscita una serie de interesantes reflexiones sobre la actual estructura de la Comunidad Internacional.

Se llega así a los Capítulos III y IV en los que se trata el tema medular de la jurisdicción de la CPI y la soberanía estatal. En este sentido, encontramos en el capítulo III dedicado a las condiciones previas para el ejercicio de la jurisdicción de la CPI una clara toma de posición sobre las relaciones entre Corte y soberanía estatal, cuando se señala que «la aceptación voluntaria por un Estado de la jurisdicción de la CPI no supone en absoluto una quiebra de su propia soberanía, sino una expresión de la misma» (p. 261). Esta es la visión que se adopta en el examen detenido y minucioso de los límites materiales y formales a la jurisdicción de la

Corte, y su puesta en marcha, en el que vuelve abordarse, desde una perspectiva crítica, la cuestión central del poder del Consejo de Seguridad para activar o suspender la jurisdicción de la Corte.

En el Capítulo IV recurriendo al método deductivo y yendo de lo general a lo particular, se aborda el principio de complementariedad de manera pormenorizada. Así, se empieza analizando las cláusulas de salvaguarda de la soberanía estatal, mediante una explicación clara, a la par que profunda, de un problema tan espinoso como el significado y alcance de la incapacidad y de la falta de disposición de los sistemas judiciales nacionales para conocer de un asunto. A continuación, se examina el principio procesal de la cosa juzgada en relación con los conflictos de competencia e inhibición. Por último, se profundiza en la incidencia de la complementariedad en los ordenamientos internos, y muy especialmente en el derecho español. A nuestro juicio es en ésta última parte donde se realizan las aportaciones más novedosas y originales, especialmente en lo relativo a las relaciones entre jurisdicción universal y jurisdicción penal internacional aunque quizás, pecando de excesiva modestia, la autora adopta una óptica descriptiva, completada con sugerentes comentarios personales que deberían haberse multiplicado, sobre todo teniendo en cuenta su solvencia para diseccionar problemas de relaciones entre sistemas jurídicos, nada fáciles de afrontar.

El Capítulo V se dedica a la cooperación judicial y penitenciaria entre los Estados y la Corte. Tras destacar la naturaleza *sui generis* del modelo de cooperación previsto en el Estatuto de Roma, así como los deberes exigibles a los Estados Partes y no Partes, se afrontan consecutivamente y de manera ordenada la cuestión de la entrega, y sus causas de denegación, los criterios de resolución en caso de solicitudes concurrentes de cooperación, los problemas suscitados por las inmunidades y los acuerdos de impunidad y las formas de asistencia judicial. Especial consideración merece el epígrafe dedicado a analizar la Ley española de cooperación con la CPI, donde, después de realizar un breve pero útil repaso de las distintas leyes de cooperación con la CPI que demuestran un gran dominio del derecho comparado, se formulan algunas reflexiones sobre aspectos tan relevantes como la determinación de los órganos competentes para iniciar una acción penal ante la CPI con las que se puede o no estar de acuerdo, pero que evidencian rigor y profundidad científicas.

Finalmente, como es usual en una monografía de calidad, el libro se cierra con una completísima y actualizada bibliografía, ordenada a la manera clásica y acompañada por una relación de documentos y la inevitable selección de páginas web.

En suma, se trata de una valiosa aportación que viene a enriquecer aún más el caudal de contribuciones sobre la Corte Penal Internacional y cuya autora ha demostrado ser miembro destacada de esa nueva y afortunadamente nutrida generación de profesores que, desde sus primeras publicaciones, demuestran una excelente formación académica y un conocimiento profundo no solo del concreto objeto de estudio, sino también de los problemas estructurales del Derecho Internacional Público.

M.^a Isabel LIROLA DELGADO
Universidad de Santiago de Compostela

Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ
Universidad de Málaga

1.3. FABIAN O. RAIMONDO, «Corte Internacional de Justicia, Derecho Internacional Humanitario y Crimen Internacional de Genocidio», Editores de Puerto, Buenos Aires, 2005, 138 pp.

El autor de esta obra, Magíster en Relaciones Internacionales y Abogado por la Universidad Nacional de la Plata, es un profesor argentino residenciado en la Universidad de Amsterdam que no es desconocido para los lectores de la *Revista Española de Derecho Militar*, en cuyo número 81 (enero-junio, 2003) publicó un excelente estudio sobre «*El valor de la jurisprudencia de las Corte Internacional de Justicia como verificadora del Derecho Internacional Humanitario y el crimen internacional de genocidio*».

La primera parte del libro analiza el valor jurídico de la jurisprudencia internacional, entre la que se encuentra de forma destacada la emanada de la Corte o Tribunal Internacional de Justicia, órgano judicial principal de las Naciones Unidas, en cuyo Estatuto son partes todos los miembros de la ONU. Como es bien sabido, no sólo tiene competencia para dirimir los litigios entre los Estados que acudan al Tribunal, sino que la Asamblea General o el Consejo de Seguridad pueden solicitar a la Corte que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.

La segunda parte de la obra, examina la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, con particular referencia al empleo que han hecho de ella los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda. Concretamente y en síntesis del autor, se señalan las concordancias y divergencias interpretativas entre la Corte Internacional y los mencionados Tribunales penales, así como también los riesgos de fragmentación del derecho internacional que una jurisprudencia internacional inconsistente podría acarrear.

Está última parte de la publicación que comentamos fue esencialmente publicada en nuestra revista, aportando valiosas reflexiones sobre las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia sobre materias tan actuales como las normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario y el crimen internacional de genocidio. Asimismo se abordan –y esta es una de las aportaciones fundamentales del libro– los criterios jurisprudenciales de la Corte y la doctrina de los citados Tribunales Penales Internacionales, señalando tanto las concordancias interpretativas (consideraciones elementales de humanidad. Principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario, obligación de respetar y hacer respetar los Convenios de Ginebra de 1949, el principio de distinción y la cláusula Martens) como los criterios dispares, para finalizar con un estudio jurisprudencial sobre el crimen internacional de genocidio. Naturalmente la obra se ha cuidado de actualizar el estudio de acuerdo con los nuevos desarrollos jurisprudenciales.

No cabe duda de que esta investigación resultará de gran valor para los estudiosos del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional Humanitario, pues no abundan los análisis jurisprudenciales sobre la materia, por lo que recomendamos muy gustosamente su consulta y nos felicitamos por haber ofrecido en nuestra revista, como primicia, el trabajo inicial que integra ahora, puesto al día, una buena parte del libro objeto de esta reseña.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

AHUMADA RAMOS, F. J. De: *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, Elementos Estructurales: Lesión de Derechos y Nexo Causal entre la Lesión y el Funcionamiento de los Servicios Públicos*. Ed. Aranzadi. Elcano, Navarra. 2.^a Edición. 2004.

El interés de la obra que comentamos es doble: en primer lugar, se dedica el estudio que recensamos al análisis de una institución capital en nuestro Derecho Administrativo, que viene sufriendo desde hace algunos años un interesante proceso de revisión, que va desde la posición de cierto sector doctrinal que se manifiesta por la necesidad de redefinir algunos de sus elementos estructurales, entre los que se encuentra Ahumada, a quienes apuestan por una nueva configuración global del instituto. Pero, en segundo lugar, estamos ante un hecho reciente que va a incrementar la importancia de la labor de las Asesorías Jurídicas de los distintos Departamentos en relación con nuestra institución: hablamos de la introducción, por la ley 3/2004, de 28 de diciembre, de un límite mínimo de 6.000€ en el quantum indemnizatorio, para que sea preceptivo el dictamen del Consejo de Estado en los expedientes de responsabilidad patrimonial. Ello va a dejar muchos expedientes de esa clase al margen del examen del máximo órgano consultivo. Es, por ello, preciso que se asuma esta función de control mediante el asesoramiento con la máxima diligencia por las distintas Asesorías, para lo cual debe crearse un sustrato doctrinal común a todas ellas.

Antes de entrar en el análisis de la obra que recensamos, interesa destacar cuales son, a nuestro juicio, las causas del replanteamiento de los postulados básicos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

En primer lugar, desde una perspectiva general, debe partirse del hecho de que el enfoque que se adopte en relación al alcance de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas está íntimamente ligado, no solo al concepto que se sostenga sobre las relaciones entre la Administración y los administrados, sino a otras cuestiones meta-jurídicas, tales como el papel que debe desempeñar lo público en la vida de un país. Evidentemente, no puede sorprender que en un momento donde está en cuestión la intervención de las Administraciones en la vida nacional, algunas instituciones redefinan sus perfiles cuando no su propia esencia (1). En este sentido, la nueva configuración del servicio público es un antecedente lógico de las transformaciones que previsiblemente sufrirán los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones (2).

Sin embargo, y sin que la causa anterior deje de ser importante, nos tememos que la razón próxima de los embates que sufre la actual concepción de la responsabilidad patrimonial en nuestro Derecho está más ligada a cuestiones más relacionadas con la imposibilidad de que la Hacienda Pública pueda hacerse cargo de las cantidades que exige el mantenimiento de un sistema de cobertura tan generoso en su aplicación como el de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (3).

En cualquier caso, lo cierto es que la doctrina se mueve lentamente hacia una limitación en el alcance del instituto resarcitorio, para lo cual las fórmulas empleadas son variadas; así, existen autores que consideran que la reintroducción de la culpa como elemento de necesaria concurrencia para la existencia de la responsabilidad de la Administración es ineludible en todos los supuestos, tanto cuando esta actúa sometida al derecho privado, lo que supone volver a la fórmula previa a la reforma del sistema ope-

(1) Así, puede afirmarse con Gaspar Ariño, que «Después de más de medio siglo de expansión del Estado, éste ha empezado a retirarse de la actividad económica, para concentrarse en lo que son sus funciones soberanas». El mismo autor señala que el proceso de privatización puede definirse, como la devolución por el Estado a los particulares tanto de patrimonio como de tareas y servicios: El ámbito Privado del Sector Público, XXIV Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Ministerio de Justicia. Imprenta Oficial del Boletín Oficial del Estado. 2003. Pág. 577.

(2) Aunque el término sea empleado aquí en un sentido genérico, no debe olvidarse que el artículo 139 LRJPAC establece la responsabilidad patrimonial de las Administraciones «por el funcionamiento normal o anormal de los *servicios públicos*».

(3) Así, por ejemplo, en una de las obras que más influencia está teniendo en el debate presente sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración se afirma lo siguiente: «la responsabilidad objetiva global de la Administración es insostenible económicamente». Mir Puigpelat, O.: La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema.»

rada por la Ley 4/1999, como en los supuestos en los que el actuar administrativo se mueve en el marco estricto del Derecho Público. Otro sector doctrinal, por su parte, considera que solo es dable imputar a la Administración los daños acaecidos por el funcionamiento anormal de los servicios públicos (Santamaría Pastor), asimilando así el instituto a la responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 292 LOPJ) y dejando al margen del sistema indemnizatorio los supuestos en los que el daño deriva del funcionamiento normal de los servicios.

Sin embargo, es forzoso reconocer que en los últimos años, han alcanzado carta de naturaleza dos tesis en lo que respecta a la configuración del instituto resarcitorio: de un lado, la formulada por Mir Puigpelat, que resulta ser una reformulación de la iniciada por Beladiez con base en Pantaleón, y, de otro, la de Ahumada.

La obra de Ahumada supone un estudio en profundidad de lo que el propio autor llama «elementos estructurales» de la responsabilidad. Sin embargo, su análisis más original y atractivo se centra en tres aspectos concretos de la institución: su naturaleza jurídica, el concepto de lesión resarcible y el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño producido.

En cuanto a la primera de las cuestiones mencionadas, la obra que comentamos, parte, muy ajustadamente a mi juicio, de concretar la naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial como instrumento al servicio de la estricta justicia conmutativa, frente a alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo para la cual la idea subyacente en la responsabilidad patrimonial de la Administración es la solidaridad y asimismo frente cierto sector doctrinal, que ha llegado a hablar de la «función redistributiva de la responsabilidad patrimonial» (4). Compartimos, con Ahumada la crítica a estas tesis.

Sentado el marco conceptual del instituto resarcitorio en el sentido expresado, Ahumada traslada gran parte de su problemática al concepto de lesión indemnizable, que recibe la crítica en su configuración actual por la indefinición del término «lesión que el interesado no tiene el deber jurídico de soportar», concepto que sin lugar a dudas merece ser excluido de nuestro Ordenamiento o, por lo menos matizado, a pesar su aparición en la Ley 30/1992. El intento de objetivación del concepto de lesión resarcible es uno de los mejores frutos del estudio que comentamos. Frente a teorías importadas de otras ramas del Derecho como la del sacrificio especial

(4) Martín Queralt, J.: Responsabilidad Patrimonial del Estado derivada de actos administrativos ajustados a Derecho» en Presupuesto y Gasto Público, núm. 12, 1982, Pág. 166.

o la imputación objetiva, el Dr. de Ahumada entiende que la clave está en sustituir el concepto fáctico– material por un concepto jurídico de lesión, identificándolo con la privación de un derecho subjetivo o un bien jurídicamente protegido. Así, para nuestro autor, no se trata de que un particular tenga o no la obligación de soportar un daño, sino de que el actuar administrativo le ha lesionado un derecho –concebido como «derecho subjetivo perfecto»– o un «interés jurídicamente protegido» –que Ahumada hace equivaler al derecho cuya atribución o reconocimiento al particular no aparece en el Ordenamiento de modo expreso, sino que constituye la necesaria contraposición al establecimiento de un deber a un tercero, en nuestro caso la Administración–. Ciertamente el planteamiento no está exento de dificultades, que derivan a nuestro entender de la dificultad de aprehender cuándo estamos en presencia de un «interés jurídicamente protegido» (5). En cualquier caso, y sin perjuicio de la dificultad práctica de esta delimitación conceptual, quienes hemos lidiado con expedientes de responsabilidad patrimonial del Estado como integrantes de alguna Asesoría Jurídica en el ámbito del Ministerio de Defensa, acogemos con entusiasmo cualquier propuesta que se nos haga encaminada a precisar esa cuestión diabólica que consiste en determinar cuando un particular debe soportar un daño y cuando no.

El segundo elemento importante en el estudio que comentamos es el referido a la concepción del nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión resarcible, que Ahumada entiende como una cuestión a determinar con criterios jurídicos y no como el resultado de una indagación meramente fáctica. La interpretación que se está haciendo en relación a cuándo concurre el nexo causal es desde nuestro punto de vista, demasiado amplia desde una perspectiva dogmática, pues se identifica con una causalidad material, y demasiado estricta en su aplicación concreta y ello por que si se afirma, como hace la jurisprudencia reciente a la que hemos aludido, que el sustrato conceptual de la responsabilidad es la solidaridad social (por ejemplo, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1997), en el sentido de que los daños causados por la Administración se «reparten» colectivamente pues a todos beneficia que ésta actúe, habrá que acudir para limitar, aunque solo sea por razones financieras, las consecuencias de un sistema de protección tan generoso a forzar una interpretación restrictiva de los elementos estructurales de la responsabilidad; eliminada la posibilidad de exigir culpa a la

(5) Ahumada no parece referirse al concepto de interesado en el sentido del artículo 31 LRJAP-PAC., ni en el del 24 CE.

Administración, el operador del derecho se ve obligado a extremar el rigor tanto en la exigencia del nexo causal, lo que no siempre resulta fácil dado el carácter puramente fáctico de este nexo en su configuración actual, como en la acreditación del daño sufrido. Así, se detecta cómo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se acude con demasiada generosidad a la «interrupción del nexo causal» como causa de exclusión de la responsabilidad.

Ahumada, como hemos apuntado, entiende que es necesaria una configuración estrictamente jurídica del nexo causal. Esta es una de sus conclusiones más originales, y por ello quizás también de las más discutibles. Ciertamente, en nuestros días, gran parte de la doctrina (LEGUINA, GARCIA DE ENTERRIA, etc.) alerta de las dificultades de construir una teoría del nexo causal que implique dar carta de naturaleza a las innumerables acciones que concurren a la producción del daño. Estos autores persiguen la evitación del «efecto mariposa» en dicha producción del daño mediante la formación de un juicio de relevancia de dichas acciones, de forma que se eliminen aquellas que «no han tenido un poder determinante» en la producción del daño causal. Para Ahumada este planteamiento consiste en un proceso negativo de descarte de causas que no proporciona criterios seguros para identificar las acciones que sí participan en la producción del daño de manera jurídica apta para desencadenar la responsabilidad patrimonial. Por ello, frente a aquellas tesis, el nexo causal, en opinión de nuestro autor, no debe ser establecido entre una acción material y el daño sufrido, sino principalmente «sobre la base de la concreta posición que respecto al derecho en cuestión tienen el titular y el agente que concurren a su privación, lo que vendrá determinado por el título constitutivo del derecho y el ordenamiento jurídico». Con ello, evita hacerse partícipe de la deuda que en la configuración del nexo causal los administrativistas tienen con los penalistas (recuérdense la teoría de la causalidad adecuada o la de la equivalencia de las condiciones, e incluso la de la imputación objetiva, expuesta por Mir Puigpelat). Para Ahumada, por tanto, a la hora de determinar la concurrencia del nexo causal hay que establecer con nitidez tanto el papel del particular dañado como el de la Administración en relación a la lesión sufrida, determinando en relación con esta última, si venía obligada por el Ordenamiento a garantizar ese bien jurídico o si por el contrario, no asumía un papel de «garante» del mismo. El enfoque adoptado por el autor del texto que recensamos es, a nuestro entender, especialmente útil para dar respuesta a los casos de responsabilidad por omisión, en donde precisamente, es la posición de garante de la Administración la que puede justificar el nexo causal entre el daño y el servicio público, dejando

subsistente el planteamiento al uso en el resto de los casos en los que el vínculo entre el daño sufrido y el actuar administrativo puede ser analizado desde una perspectiva fáctica. No debe olvidarse, que en el ámbito penal, la traslación del interés de la doctrina desde las distintas teorías de la causalidad en sentido material hasta el concepto de antijuricidad típica y, con ello, a una concepto jurídico de la casualidad responde, en gran medida, a la insuficiencia de los planteamientos clásicos para dar respuesta a la responsabilidad por omisión.

Por esta razón, la obra que comentamos brilla especialmente en el apartado dedicado al análisis de la responsabilidad por omisión. En cualquier caso, Ahumada cuenta a favor de su tesis sobre el concepto técnico jurídico del nexo causal con una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad patrimonial (entre otras, la sentencia de 27 de julio de 2002, de la Sala Tercera), que establece la diferencia entre los hechos y el nexo causal, de forma que, en vía casacional considera revisable este último, precisamente por ser susceptible de apreciación jurídica, frente a los hechos probados, que no son revisables por el máximo órgano jurisdiccional, a salvo la integración del *factum*.

En síntesis, estamos ante una obra enriquecedora y original en su planteamiento. Ahumada, partiendo de un, a mi entender, acertadísimo análisis de la naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, expone los puntos débiles de la estructura lógica que sustenta la institución en su actual configuración normativa y jurisprudencial y ofrece unos remedios muy a tener en cuenta, que constituyen una gran aportación en el actual debate sobre la redefinición de los elementos integrantes del instituto resarcitorio. Se trata de una obra, pues, que está llamada a ejercer una importante influencia en el tratamiento de la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos.

Juan Carlos González Barral

2. NOTICIAS DE LIBROS

**BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel (Director). «LA ESPAÑA
DE LAS AUTONOMIAS. REFLEXIONES 25 AÑOS DESPUES».**
**Instituto Internacional de Ciencias Políticas IICP – IISP –
Editorial BOSCH, S.A. Barcelona. 2005. 1334 Pags.**

Emilio Fernández-Piñero y Hernández
Teniente Coronel Auditor

Este libro, que no es ni lo pretende, un tratado sistemático de teoría política, sino un conjunto de aportaciones suscritas por nombres relevantes para el modelo autonómico español, tanto actual como futuro, trata, en palabras del Director de la obra, de «contribuir a la creación de un clima de convergencia en torno a los grandes valores de la democracia (para que) el sentido de justicia y responsabilidad, que reclama el interés general, inspire un justo y solidario reequilibrio territorial».

Ciertamente, se han reunido aquí reflexiones de miembros de todos los órganos constitucionales, Presidentes de todas las Comunidades Autónomas, portavoces de los Grupos parlamentarios y representantes de Universidades de todas las autonomías del Estado y, así, tras la esclarecedora Nota Introdutoria de su Director y el interesante Prólogo de uno de los ponentes constitucionales, el Libro se organiza en cuatro Capítulos que empiezan por las «*Reflexiones desde las Instituciones*» (Capítulo I), continúan por «*La visión desde las Autonomías*» (Capítulo II), siguen por «*Una reflexión plural sobre el Estado Autonómico*» (Capítulo III) y terminan con los «*Estudios y Comunicaciones*» del Capítulo IV.

Estamos en presencia de 110 trabajos distintos, que no es posible aquí analizar pormenorizadamente. Pero lo que sí está sobradamente acreditado para satisfacción y orgullo del Director de la obra es que las Instituciones políticas, territoriales y universitarias de la España actual están plena-

mente representadas, por lo que bien puede compartirse con el prologuista que, con la «situación complicada» en que vivimos cuando en momentos «de esta naturaleza lo más importante es hablar, definir con valentía y serenidad las propias posiciones; conocerlas, respetarlas incluso desde la discrepancia... este Libro es un elemento fundamental para la aportación de serenidad a un debate que se vive muy apasionadamente y a veces con crispación y sería bueno, muy positivo, que todos cuantos son llamados a participar en este debate autonómico tuvieran ocasión de conocer las posiciones que en este Libro se argumentan.»

**LOPEZ GIL, Milagros. «AVANCES EN LA EJECUCION
DE SENTENCIAS CONTRA LA ADMINISTRACION.
THOMSON – ARANZADI. 2004. 319 Págs.**

Lo primero que se plantea la autora de esta obra es si la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 incorpora medidas suficientes para garantizar la efectividad de las resoluciones judiciales e incluso si permite acudir a otras que, aún no contempladas expresamente en dicha norma legal, pueden ser pedidas a los tribunales y acordadas por éstos. Aunque se admite el carácter relativo del derecho a la ejecución de sentencias en el sentido de que el legislador puede limitarlo, se sostiene que dichos límites deben ser examinados pormenorizadamente para decidir si afectan o no a su contenido esencial, toda vez que dicho derecho puede integrarse dentro del amplio contenido del artículo 24.1 de la Constitución.

El análisis de los límites que se establecen a la ejecución de las sentencias en sede contencioso-administrativa, constituye el objeto del segundo Capítulo del presente trabajo. Dos son los límites que se estudian aquí: La inejecución de sentencias por imposibilidad o por expropiación de derechos y la inembargabilidad de los bienes públicos. La autora, tras analizar las causas de inejecución total o parcial de los fallos judiciales y que justifica el recurso a la expropiación de derechos, se opone al reconocimiento legal de dichas causas, por lo que pide su derogación y, mientras tanto, aboga por un uso muy limitado de las mismas para supuestos muy restringidos. En cuanto a la inembargabilidad, la circunscribe al ámbito de los bienes demaniales clásicos quedando fuera otros bienes públicos, los recursos financieros de la Hacienda Pública y otras figuras jurídico-mercantiles.

Finalmente, en el tercer Capítulo se estudian las especialidades procesales de la ejecución de sentencias reguladas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Dichas especialidades incluyen las formas de cumplimiento voluntario y las medidas de carácter coercitivo. También se distingue entre la ejecución de sentencias que condenan al pago de una cantidad y las que contienen obligaciones *in natura*. Respecto de las primeras, se estudia el embargo y la forma de conseguir la mayor efectividad de otras medidas menos agresivas como las modificaciones presupuestarias y las posibilidades de fraccionamiento de pago o de compensación de créditos. Respecto de las segundas, se estudian la ejecución a través de los propios medios, la ejecución comisarial, la ejecución subsidiaria, las multas coercitivas y la posibilidad de deducción del tanto de culpa a los funcionarios incumplidores del mandato judicial. Por último, en un postrero apartado V de este tercer y último Capítulo, la autora estudia la extensión de la eficacia de las sentencias a terceros que no hayan sido parte en el procedimiento judicial correspondiente.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Juan José y DEL CASTILLO VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia. «MANUAL DE LAS NOTIFICACIONES ADMINISTRATIVAS». THOMSON-CIVITAS, 2004, Segunda Edición. 657 Págs.

Estamos en presencia de una monografía verdaderamente completa y actualizada sobre un tema de gran relevancia tanto para los sujetos activos como para los pasivos de todo procedimiento administrativo. Buena prueba de esto es el agotamiento en apenas dos años de la primera edición de la obra, que, lógicamente, ha justificado la rápida aparición de esta segunda.

Ciertamente, el tratamiento que se hace de las notificaciones administrativas puede considerarse exhaustivo, pues, a lo largo de nada menos que dieciséis Capítulos, los autores pasan revista a la historia, a la ubicación sistemática en la LRJ-PAC, a su concepto, a los sujetos, al objeto, a los requisitos, al plazo, al lugar, a los medios para practicarlas, a su rechazo, a su realización por medio de anuncios, a la publicación, a su realización defectuosa, tácita, así como por «actos concluyentes» y, finalmente, a la ausencia de notificación.

Asimismo, esta segunda edición no es desde luego una repetición de la anterior más o menos actualizada, ya que se han tenido en cuenta las últimas novedades legislativas, especialmente, las acontecidos en materia de firma electrónica, de telecomunicaciones, de tráfico y de modernización

del régimen local y también las más recientes interpretaciones jurisprudenciales entre las que los propios autores resaltan la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2003, dictada en un importante recurso de casación en interés de ley cuya doctrina establece que bastará para entender finalizado un procedimiento administrativo dentro del plazo legalmente establecido, en aplicación del artículo 58.4 de la LRJ-PAC, el intento de notificación practicado con todas las garantías legales aunque resulte finalmente frustrado, siempre que quede constancia del mismo en el expediente.

3. RECENSIÓN DE REVISTAS

RECENSIÓN DE REVISTAS

José Leandro MARTINEZ-CARDOS RUIZ

SUMARIO

A) Cuestiones administrativas; B) Cuestiones de derecho penal; C) Cuestiones de derecho internacional y humanitario de la guerra.

A) CUESTIONES ADMINISTRATIVAS

El nuevo estatuto del militar francés ha sido objeto de diversos trabajos. Entre todos ellos son de destacar por su relevancia el de Xavier Latour, «*Le nouveau statut général des militaires et la concertation dans les forces armées*» y el de Gaëlle Bossis «*L'evolution du régime disciplinaire des militaires entre volonté du législateur et contrôle du juge*», ambos, en *Revue Française de droit administratif*, número 4, juillet-août 2005.

B) CUESTIONES DE DERECHO PENAL

En la revista *Actualidad Penal*, número 21, de noviembre de 2005, se inserta un artículo de Don Faustino Gudín Rodríguez-Magariños que lleva por título «*La cárcel electrónica. El modelo de derecho norteamericano*».

C) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL Y HUMANITARIO

En la *Harvard Law Review*, número 8, del volumen 11 se inserta un trabajo de los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de

Virginia titulado «*The war on terrorism: international law, clear statement requirements and constitutional design*».

En la colección *Monografías del CESEDEN*, la número 77, Percival Manglano publica un artículo titulado «*Visiones neoconservadoras de las relaciones transatlánticas*».

En el *Boletín de Información del CESEDEN*, número 288, de 2005, se incluye un interesante artículo «*De las operaciones de mantenimiento de la paz a las operaciones de estabilización: la última generación de operaciones de paz*», del Coronel Don Enrique Vega Fernández.

El número 99, vol. 3, del *American Journal of International Law* (abril 2005), incluyen los siguientes trabajos de interés «*The WTO medicines decision: World Pharmaceutical trade and the protection of public health*» de Frederick M. Abbott, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Florida; «*The Lord's Resistance Army Case: Uganda's Submission of the first state referral to the international criminal Court*», de Paya Akhavan, Profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale; «*The Customary International Law Game*» de George Norman y Joel P. Trachtman, de la Universidad de Tufts; «*On paying the piper: Financial responsibility for security Council referrals to the International Criminal Court*», de W. Michael Reisman.

En el número 99, vol. 4, del *American Journal of International Law* (abril 2005), se incluyen los siguientes trabajos de interés: «*Application of US law to foreign-flag cruise ships*» de Duncan B. Hollis; «*Revival of customary humanitarian law*», de Theodor Meron; «*Feminism and its (dis)contents: criminalizing wartime rape in Bosnia and Herzegovina*», por Karen Engle; y «*Applying the death penalty to crimes of genocide*» de Jens David Ohlin.

El Boletín «*ASLL, The american society of international law*» de marzo-abril de 2005 recoge las ponencias de la 99 convención anual, dedicada a los límites del derecho internacional. Sobresalen los siguientes trabajos: «*Legal ethics and the war on terror: the role of the government lawyer*» de Scott Horton; «*Late-breaking issues and the international criminal tribunals*» de David Kaye; «*The ICRC customary law study: a preliminary assessment*» de W. Hays Parks y «*Does customary humanitarian law contribute to order or disorder in the regulation of modern-day conflicts?*» de Philip Allott.

El número 1/2005 del *International Journal of Constitutional Law* incluye un trabajo de David Golove titulado «*United States: The Bush administration's "war of terrorism" in the Supreme Court*» que da cuenta de la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre las medidas adoptadas por la Administración para luchar contra el terrorismo.

IV. INFORMACIÓN

1. CONCESION DEL PREMIO «JOSE FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDERO» 2006, DEL MINISTERIO DE DEFENSA

El Premio «*José Francisco de Querol y Lombardero*» 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.

En los pasados años se concedieron los Premios al Profesor Doctor D. Jorge Pueyo Losa, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela, al Letrado de las Cortes Dr. D. Fabio Pascua Mateos, al Catedrático de Derecho Internacional Prof. Dr. D. Castor Díaz Barrado y a la Dra. Dña. Pilar Trinidad Nuñez, Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos. Trabajos publicados posteriormente en los números 83 y 85 de nuestra Revista.

Se presentaron al premio del año 2006 catorce estudios monográficos sobre las diversas materias jurídicas objeto de la convocatoria, todos ellos de excelente calidad académica.

El Jurado estuvo presidido por Don Leopoldo Stampa, Director General de Relaciones Institucionales del Ministerio de Defensa, e integrado por los siguientes Vocales: Don Angel Calderón Cerezo, Presidente de la

Sala Quinta del Tribunal Supremo, Prof. Dr. Dn. Angel Menéndez Rexach, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid, D. Diego Ramos Gancedo, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, D. Francisco Menchén Herreros, Asesor Jurídico General del Ministerio de Defensa, D. Juan Carlos Girgado Doce, General Auditor y Dr. D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, General Consejero Togado, Director de la Revista Española de Derecho Militar. Actuó como Secretaria del Jurado Dña. Mercedes Batiste Iglesias del Instituto Español de Estudios Estratégicos.

El Jurado por unanimidad acordó conceder el premio de forma compartida al trabajo «*La evolución democrática de la Defensa Nacional*» del que es autor el Prof. Dr. D. Fernando López Ramón, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza y al estudio «*Jurisdicción de los Tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra*» presentado por la Prof. Dra. Dña. Alicia Gil Gil, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

El pasado 26 de junio, el Sr. Ministro de Defensa presidió en Madrid, durante un solemne acto, la entrega de los Premios Defensa 2006 y, entre ellos, el Premio «*José Francisco de Querol y Lombardero*». En el presente número de la REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR publicamos los artículos premiados.

2. XXIX CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL MOVIMIENTO INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA

Durante los días 20 y 21 de junio de 2006 se celebró en Ginebra, precedida del correspondiente Consejo de Delegados, la XXIX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, integrada por los 194 Estados partes en los Convenios de Ginebra de 1949, las 184 Sociedades Nacionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja, por el Comité Internacional de la Cruz Roja y por la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

La convocatoria de esta Conferencia Internacional obedeció a la necesidad de modificar los Estatutos del Movimiento y admitir nuevas Sociedades Nacionales, a la vista de la adopción en la Conferencia Diplomática de 8 de diciembre de 2005 del III Protocolo de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional. En efecto en la referida Conferencia Diplomática se reconoció un signo distintivo adicional, que no sustituye a los vigentes de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja, consistente en un marco rojo cuadrado sobre fondo blanco, colocado sobre uno de sus vértices, que podrá ser adoptado como signo protector o indicativo. El mencionado Protocolo III ha sido firmado por 75 Estados y ratificado por seis, sin que haya todavía entrado en vigor. Fue aprobado por 98 votos a favor, 27 en contra y 10 abstenciones.

La Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja aprobó por mayoría (237 votos a favor, 54 en contra y 18 abstenciones) la modificación de los Estatutos del Movimiento Internacional que permitió el reconocimiento de la Sociedad Nacional «Magen David Adom» (Escudo o Estrella Roja de David, de Israel), la denominación de «Cristal Rojo»

para el emblema del Protocolo III y la solicitud del reconocimiento de la Sociedad Nacional «Media Luna Roja Palestina». Entre los votos en contra destacaron los formulados por numerosos Estados de países islámicos, China y diversas Sociedades Nacionales de la Media Luna Roja. No obstante se obtuvo holgadamente la mayoría necesaria de los dos tercios de votantes (237 votos a favor).

A continuación la Asamblea General de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja aprobó por unanimidad el ingreso en el Movimiento Internacional de las Sociedades Nacionales «Magen David Adom» y Media Luna Roja Palestina.

3. PRIMER CERTAMEN DE INVESTIGACION ISFAS 2006/7

El Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) ha convocado el 1.º Certamen de Investigación 2006-2007, estableciendo tres especialidades premiadas: A) Historia de la protección social militar en España. B) Derecho comparado en la protección social de los militares. C) El Mutualismo Administrativo Militar en nuestros días. Cada uno de estos premios estará dotado con 10.000 euros, con posibilidad de accesit. Los trabajos originales e inéditos tendrán una extensión entre un mínimo de 150 y un máximo de 250 páginas, según los detalles que se especifican en la convocatoria. El plazo de admisión de las obras finaliza el 30 de septiembre de 2007.

Para una mayor información sobre las BASES del Certamen puede consultarse el Boletín Oficial de Defensa n.º 127, de fecha 30 de junio de 2006 o la página www.mde.es/ISFAS.

4. NOTA SOBRE EL XVII CONGRESO INTERNACIONAL DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE DERECHO MILITAR Y DE DERECHO DE LA GUERRA

Durante los días 16 a 21 de mayo de 2006 se ha celebrado en Scheveningen (Países Bajos) el XVII Congreso Internacional organizado por la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra, con la participación de doscientos asistentes titulares, pertenecientes a cuarenta y tres países. La presencia española estuvo constituida por el General Consejero Togado (R) Javier Aparicio Gallego, Presidente del Grupo Nacional Español de la Sociedad, el General Auditor José Luís Fernández Fernández, los Coroneles Auditores José Luís Poyato Ariza (Secretario del Grupo Español), José Antonio Fernández Tresguerres y Gonzalo Zarranz Doménech, el Teniente Coronel Auditor Santiago Candil Muñoz, los Comandantes Auditores César Martínez y Fernando Rosa Bobo y los Capitanes Auditores José Manuel Oltra García y Alejo de la Torre.

El día 16 de mayo tuvieron lugar sendas reuniones del Consejo de Administración y del Consejo de Dirección de la Sociedad, a las que hubo de asistir el General Aparicio en su condición de miembro de ambos órganos de gobierno de la entidad internacional, iniciándose las actividades científicas el siguiente día, 17 de mayo, tras una solemne ceremonia de apertura, en la que el General Jan Peter Spijk, Presidente del Grupo Nacional Holandés, dio la bienvenida a los asistentes, y pronunciaron discursos protocolarios de apertura el Honorable Juez Erkki Kourula, del Tribunal Penal Internacional, y el Dr. Seerp Ybema, Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa de Holanda y Presidente de la Sociedad Internacional.

Las sesiones de trabajo de todo el día 17 estuvieron dedicadas, bajo la dirección del Dr. Ybema, a la exposición y discusión del Informe General

basado en el cuestionario que, sobre el tema general «La regla de derecho en las operaciones de paz», fue remitido en su día por la Secretaría General de la Sociedad a los diferentes Grupos Nacionales y en las respuestas de cuarenta y cinco de éstos a dicho cuestionario, respuestas entre las que figura la que redactara el Grupo Nacional Español. La parte primera del Informe, relativa a «El Mandato», fue expuesta por el Prof. Terry Gill, de las Universidades de Utrecht y de Ámsterdam, y de la Academia de Defensa de los Países Bajos, examinando el concepto de mandato para las operaciones de paz, autoridad que ha de emitirlo y quien y como puede interpretarlo, para después pasar a considerar las dificultades que en su aplicación e interpretación señalaban haber encontrado las Fuerzas de los países de los diferentes Grupos Nacionales que habían respondido y la conveniencia o inconveniencia de que los mandatos fueran detallados o imprecisos en sus prescripciones para permitir una amplia interpretación, y su relación con la protección de los derechos humanos y la cooperación para la reconstrucción institucional del país al que se refiriera la operación.

Tras la correspondiente discusión, se pasó a la exposición, por el Teniente Coronel J. A. Mario Léveillé, Abogado Juez General Adjunto de las Fuerzas Armadas Canadienses en Europa, de la segunda parte del Informe General, dedicada a «Las reglas de enfrentamiento en las operaciones de paz», planteando la posible exigencia por normas de derecho público o de derecho penal internos de la existencia de reglas de enfrentamiento para las operaciones de paz y examinando las relaciones entre las reglas de enfrentamiento y el mandato, la existencia de reglas generales aplicables a todas las operaciones de paz o específicas para cada una de ellas, la posibilidad de utilizar reglas de Naciones Unidas en operaciones patrocinadas por esta organización, su preparación en caso de ser constituidas en cada ocasión, con especial atención a la participación en ella de distinto personal –operativo, jurídico, etc. significativo–, la existencia de reglas diferenciadas para el Ejército, la Armada, el Ejército del Aire o Fuerzas Especiales, con especial atención a las cuestiones que suscita el principio de neutralidad marítima en las Operaciones de Interceptación Naval, relación de las reglas de enfrentamiento con la persecución de crímenes de guerra y apoyo a los tribunales encargados de su persecución, su valor como factor legal limitante de la actuación de la fuerza y su diferencia conceptual con el término «orden», concluyendo con la exposición de algunos casos de valoración de las reglas de enfrentamiento por órganos jurisdiccionales.

La exposición motivó un animado debate, que fue seguido por la realizada por el Dr. Dieter Fleck, ex-Director de Tratados y Política Interna-

cionales del Ministerio de Defensa de la República Federal de Alemania, relativa a la tercera parte del Informe General, dedicada a «La ayuda humanitaria en las operaciones de paz». Después de subrayar el dramático incremento de las necesidades de prestar ayuda humanitaria en las actuales situaciones de conflicto y postconflictuales, destacó la participación de los Estados, organizaciones internacionales y no gubernamentales en su prestación y la necesidad de una efectiva coordinación, pasando a examinar la participación de las Fuerzas Armadas en estas actividades, considerando algunos casos concretos presentados en las contestaciones de los Grupos Nacionales al cuestionario, y pronunciándose a favor de una estructuración multinacional para el desarrollo de las actuaciones de ayuda humanitaria a nivel internacional.

Como resultado de los debates que tuvieron lugar en relación con las exposiciones de los ponentes, se adoptaron en el Congreso, en sesión de trabajo del día 18, veintitrés recomendaciones relativas a las tres partes en que se divide el Informe General.

En relación con el «mandato», se señala como exigencia de que el término sea utilizado exclusivamente para aludir a una autorización para realización de operaciones de paz en el ámbito del derecho internacional público que deberá emanar del Consejo de Seguridad en ejercicio de su fundamental responsabilidad de mantener la paz y seguridad internacionales y que, de no ser así, deberá tener como soporte una base legal internacional, mencionándose expresamente el consentimiento del país en que se lleve a cabo. Se menciona también la necesidad de que el mandato tenga la amplitud necesaria para permitir la actuación de la fuerza militar internacional en un escenario en evolución y la intervención en caso de uso ilegal de la fuerza contra civiles, destacando que en las operaciones de paz es inherente la protección de los derechos humanos y el restablecimiento de la justicia, pudiendo establecerse en el mandato los términos de colaboración con los tribunales penales competentes que en él se designen.

Sobre las reglas de enfrentamiento (ROE), se recomienda que se establezcan para cada operación de paz, siendo claras y simples, debiendo recibir los soldados tarjetas de bolsillo con las indicaciones necesarias y contribuir las tropas de los países participantes a su desarrollo e implementación común. Se señala que aun cuando las ROE establezcan limitaciones al uso de la fuerza, el derecho de autodefensa debe ser respetado y deberán estar claramente reconocidas tanto la adopción de medidas de protección humanitaria, como de protección del personal, edificios y propiedades de la misión, así como la posibilidad de intervención inmediata en caso de utilización ilegal de la fuerza contra civiles, teniendo en cuenta los

medios y capacidad de la fuerza interviniente. Para su preparación se considera que debería ser obligatoria la participación de asesores legales a diferentes niveles, y en la ejecución el intercambio continuo de información entre los asesores jurídicos a todos los niveles, incluso de campo. Se señala la conveniencia de crear una base de datos que pueda utilizarse para nuevos planeamientos y, en relación con las operaciones navales, se puntualiza que debería establecerse con mayor claridad el régimen legal que les es aplicable, especialmente en las situaciones de transición de conflicto armado a operaciones de paz.

Sobre la prestación de ayuda humanitaria por las Fuerzas Armadas, última parte del Informe General, se recomienda que en el planeamiento de operaciones de paz se considere la posibilidad de dicha actuación, teniendo en cuenta la posible participación de otros actores en este ámbito y sometiéndola a los principios de humanidad e imparcialidad que se recogen en la recomendación; se señala que en el caso de que la ayuda no sea prestada por parte de entidades civiles habrá de serlo por las Fuerzas Armadas, con observancia de los estándares existentes de acción humanitaria y asegurándose de que la coordinación se efectúa por un coordinador responsable, tal como la United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (UNOCHA), y que la ayuda humanitaria que se suministre por las Fuerzas Armadas fuera de operaciones de paz, como, por ejemplo, con ocasión de desastres naturales o en misiones de salvamento, se sujete a los mismos principios.

Concluida la discusión correspondiente a las recomendaciones del Congreso, se inició el debate programado sobre «La aplicación extraterritorial de obligaciones en materia de Derechos del Hombre», presidido por el Dr. Ybema, en el que intervinieron el Dr. Pieter Van Dijk, miembro del Consejo de Estado de los Países Bajos, de la Comisión europea para la democracia por el derecho, (Comisión de Venecia), y del Consejo de Europa; el Prof. Rick A. Lawson, de la Universidad de Leiden, el Prof. Adam Roberts, de la Universidad de Oxford, y la Sra. Aysegul Uzun, Asesora Jurídica turca del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre. Cada participante expuso su parecer, siempre favorable al reconocimiento internacional del alcance extraterritorial de los deberes deducibles de los derechos reconocidos con carácter universal como propios de todo ser humano, si bien no se llegó a establecer unas conclusiones a aprobar por los asistentes.

En la tarde del mismo día 18 se inició la exposición de las presentaciones de las Comisiones Especializadas, que se realizó en sesiones paralelas y ante grupos parciales de asistentes. La Comisión de Derecho Internacional Humanitario, bajo la dirección del Tcol. Sylvain Fournier, de Canadá y

Consejero Legal Adjunto del Estado Mayor Internacional de la OTAN, presentó, con la intervención del Tcol. Nick Mercer, Asesor Jurídico del Ejército Británico en Chipre, y del Col. John Charvat, Jefe de la Sección de Derecho Internacional del Pentágono, una aportación titulada «De las operaciones de combate a las operaciones de paz, y mas allá», y con la intervención del Sr. Frederik Naert, de la Sección de Derecho Humanitario y de Derecho Penal del Ministerio de Defensa de Bélgica, «El estatuto de los detenidos en las operaciones de paz; reglas de detención».

La Comisión de Criminología y de Derecho Penal Militar, dirigida por el Prof. Pierre Thys, de la Universidad de Lieja, presentó, con intervención del Dr. Matteo Tondini, del Instituto Lucca para estudios avanzados, la actuación italiana para el restablecimiento del sistema jurisdiccional en Irán; el Dr. Alexander Poretschkin, Asesor Jurídico del Estado Mayor de la Defensa de Alemania, expuso «El recurso a las Fuerzas Armadas para las operaciones de policía en situaciones postconflictuales: análisis y discusión de un cuestionario internacional», cuestionario al que el Grupo Español de la Sociedad había respondido en su día; el Col. Bertrand Soubelet, de la Dirección General de la Gendarmería, del Ministerio de Defensa de Francia, presentó «La participación militar en cuestiones esencialmente de mantenimiento del orden»; y el Col. Philippe Rousseau, de Bélgica, «Criminología y criminología militar: algunas reflexiones comunes».

El 19 de mayo continuaron las exposiciones de las Comisiones Especializadas, haciéndolo la de Asuntos Generales, dirigida por el Dr. Dieter Fleck, sobre el tema «El personal contratado en las operaciones de paz», participando el Col. James A. Burger, Consejero General Adjunto de la División de Asuntos Internacionales de la Oficina del Consejero General de la Secretaría de Defensa de los Estados Unidos, y el Sr. Alfons Vanheusden, Jefe de la Sección de Derecho Humanitario y de Derecho Penal del Ministerio de Defensa de Bélgica, y sobre «Compensación de daños causados en las operaciones de paz», con intervención de la Sra. Catherine Baele, de la Oficina de Reclamaciones del Ministerio de Defensa de Bélgica, el Tcol. David Crawford, de la Oficina de Reclamaciones de las Fuerzas Terrestres americanas en Europa y el Sr. Luke Mhlaba.

La Comisión de Historia del Derecho Militar y del Derecho de la Guerra, bajo la presidencia del Prof. Stefan Oeter, de la Universidad de Hamburgo y con la participación de la Sra. Christina Rueger, Asesora Jurídica de MINUK, y del Dr. Hans-Peter Gasser, antiguo Asesor Jurídico del Comité Internacional de la Cruz Roja, presentó «El derecho de ocupación militar», e, interviniendo el Dr. Marten Zwanenburg, Asesor Jurídico de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Defensa de los Países

Bajos, y la Sra. Katharina Parameswaran, de Alemania, el tema «El uso de la fuerza en los territorios ocupados y en las operaciones de paz»

En la tarde del día 19 tuvo lugar la sesión de clausura, en la que fueron aprobadas las recomendaciones correspondientes al tema «La regla de derecho en las operaciones de paz», a las que ya se ha hecho detenida referencia, y el día 20 se efectuó una excursión de convivencia a Ámsterdam, dándose por finalizado el Congreso al regreso de la excursión.

Con independencia de los actos académicos, en la tarde del día 18 se celebró otra reunión del Consejo de Administración, en la que se formuló la propuesta de que el Coronel Auditor Gonzalo Zarranz, de España, pasara a formar parte del Consejo de Dirección, lo que fue aceptado a reserva de la decisión que al respecto adoptara la Asamblea General que debía tener lugar el siguiente día y en la que el Consejo de Administración debía ser renovado. El día 19 se reunió la Asamblea General de la Sociedad, cesando el Dr. Ybema en su función de Presidente, siendo sustituido por el General Arno W. Dahl, Fiscal General Militar de Noruega, y el Dr. Fleck en su condición de Vicepresidente; el General Aparicio, de España, y el Coronel Loretan, de Suiza, fueron reelegidos como Vicepresidentes, integrándose como Vicepresidentes nuevos el General Spijk, de los Países Bajos, y el Coronel Zafiropoulos, de Grecia.

La Asamblea aprobó la propuesta de que el Coronel Zarranz, de España, pasara a formar parte del Consejo de Dirección, con lo que el Grupo Español tiene dos puestos en él, ya que los miembros del Consejo de Administración son miembros natos de Consejo de Dirección.

En la misma tarde del día 19 de mayo se reunieron los Consejos de Administración y de Dirección para tratar de la organización de futuras actividades, y esa noche se celebró la cena de clausura.

5. INFORMACIÓN DE LA EMEJ ENTREGA DE DIPLOMAS DE ESPECIALIDADES DEL CUERPO JURÍDICO MILITAR

Jesús Bello Gil
Coronel Auditor, Director de la Escuela
Militar de Estudios Jurídicos

El pasado 6 de abril tuvo lugar en el Salón de Actos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos la entrega de los Diplomas a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que habían superado con aprovechamiento los Cursos de Perfeccionamiento en Derecho Penal Militar, Derecho Administrativo Militar y Derecho Internacional Militar convocados por Resolución 453/00890/04 de 14 de enero de 2004.

Es de resaltar que, desde la reanudación de los Diplomas en el año 2000, ha sido ésta la primera ocasión en que el acto tuvo un contenido puramente académico, desarrollándose íntegramente en la EMEJ, bajo la presidencia del Ilmo. Sr. Director General de Reclutamiento y Enseñanza Militar, de nombramiento tan reciente que aquél fue su primer acto público oficial en el cargo, y al que acompañaron, compartiendo la mesa presidencial, los Excmos. Sres. Subdirector General de Enseñanza Militar, General de División del Ejército del Aire Don Antonio del Pozo, Asesor Jurídico General, Consejero Togado D. Francisco Menchén Herreros, y General Auditor Don Javier de Mendoza Fernández, Presidente del Tribunal de una de las tres especialidades.

Al acto concurrieron, amén de los Diplomados, numerosos miembros del Cuerpo Jurídico así como los Directores de las otras Escuelas de For-

mación (Intervención y Sanidad) y Directores de los otros Centros Docentes (EMI, EMCE) y Jefes de Unidades (USAGE, UVE) enclavadas en el Grupo de Escuelas de la Defensa. Previamente al acto solemne de la entrega de Diplomas, fue pronunciada una conferencia de clausura de los Cursos por el Director de la EMEJ en la que, esencialmente, se ponderó la historia y prestigio adquirido por los Diplomas resaltando las actuales exigencias del proceso selectivo establecido para su obtención, y se animó a los Diplomados a que continuasen con su labor investigadora sobre temas de Derecho Militar.

En concreto, los nuevos Diplomados, según les fue oportunamente reconocido por Resoluciones 453/16261/05, 453/16262/05 y 453/16263/05, de 5 de octubre de 2005, con indicación del título de sus tesinas correspondientes, fueron los siguientes Oficiales Auditores:

Derecho Penal Militar

Teniente Coronel Auditor

D. José Antonio Jaldo Ruiz-Cabello

«La responsabilidad civil y contable por delito de contenido económico contra la administración militar».

Teniente Coronel Auditor

D. Marcelo Roldán Navarra

«El Estatuto Jurídico del militar y los derechos fundamentales: El artículo 18.1 de la Constitución en el ámbito castrense.»

Comandante Auditor

D. Juan Luis Martínez Caldevilla

«La embriaguez: Ámbito criminológico, penal y disciplinario militar: El delito de embriaguez en acto de servicio de armas (artículo 148 del Código Penal Militar)»

Comandante Auditor

D. Alvaro Faustino Lafita Togados

«Responsabilidad Disciplinaria Judicial Militar»

Comandante Auditor

D. Ricardo Gutiérrez del Álamo

«El Recurso de Casación Penal»

Derecho Administrativo Militar

Teniente Coronel Auditor

D. Angel Picazo Más

«Los convenios de colaboración como instrumento de actuación administrativa. Su utilización y regulación en el ámbito del Ministerio de Defensa».

Comandante Auditor

D. Jesús Méndez Rodríguez

«Extranjeros en las Fuerzas Armadas»

Capitán Auditor

D. Carlos de Solís y Montes

«Recompensas Militares»

Capitán Auditor

D. Miguel Alía Plana

«Consideraciones Jurídicas sobre la implantación y desarrollo de la administración electrónica militar»

Capitán Auditor

D. José María Medrano Juárez

«Perspectiva administrativa de las viviendas militares y de la Guardia Civil»

Derecho Internacional Militar

Teniente Coronel Auditor

D. Jerónimo Domínguez Bascoy

«Aplicación en el Derecho interno español de acuerdos de sede con Organizaciones internacionales. El caso de los Cuarteles Generales Militares Internacionales de la OTAN en España»

Comandante Auditor

D.^a Maria Eugenia Ruiz Hernández

«Respuesta de la Comunidad Internacional al terrorismo tras el 11 de septiembre de 2001».

Capitán Auditor

D. Mario Lanz Raggio

«La defensa europea: Estatuto del personal y de las instituciones puestas a su servicio».

Por último, es de señalar que, previamente, por Resoluciones 453/01957/05 y 453/01957/05, de 19 de enero les fueron convalidados los Cursos correspondientes a los siguientes Oficiales, autores de las tesis doctorales que se reseñan a continuación:

Derecho Administrativo Militar

Teniente Coronel Auditor

D. Fernando Marín Castán

«La responsabilidad objetiva en el Ordenamiento Jurídico español»

Derecho Internacional Militar

Teniente Coronel Auditor

D. Ramón Santiago Candil Muñoz

«El Marco legal y el contenido normativo de la intervención militar de la OTAN en la antigua Yugoslavia (1996-1999)».

Todos los trabajos seleccionados se encuentran a disposición de cuantos quieran consultarlos en la Biblioteca de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos.

