

REVISTA  
*de* ESPAÑOLA  
DERECHO  
MILITAR

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

n.º 102

---

Madrid (España) • julio - diciembre 2014 • ISSN: 0034-9399

---



MINISTERIO DE DEFENSA

REVISTA  
*de* ESPAÑOLA  
DERECHO  
MILITAR

**102**

**JULIO  
DICIEMBRE  
2014**

MADRID

**CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES**  
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>

Edita:



<http://publicaciones.defensa.gob.es/>

© Autor y editor, 2015

NIPO: 083-15-140-0 (edición papel)

NIPO: 083-15-141-6 (edición en línea)

ISSN: 0034-9399

ISSN: 2530-1497 (edición en línea)

Depósito Legal: M-523-1958

Fecha de edición: junio 2015

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad del autor de la misma. Los derechos de explotación de esta obra están amparados por la Ley de Propiedad Intelectual. Ninguna de las partes de la misma puede ser reproducida, almacenada ni transmitida en ninguna forma ni por medio alguno, electrónico, mecánico o de grabación, incluido fotocopias, o por cualquier otra forma, sin permiso previo, expreso y por escrito de los titulares del © Copyright.

En esta edición se ha utilizado papel 100% reciclado libre de cloro.



# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

## DIRECTOR

Manuel Hernández-Tejero García, general auditor.

## CONSEJO EDITORIAL

Francisco Blay Villasante, general consejero togado. Ángel Calderón Cerezo, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Irene Domínguez-Alcahud Martín Peña, subsecretaria de Defensa. Juan Manuel García Labajo, asesor jurídico general del Ministerio de Defensa. José Carlos Girgado Doce, general auditor. José Jiménez Villarejo, expresidente de las Sala Segunda y Quinta del Tribunal Supremo. Fernando Marín Castán, fiscal togado. Rafael Eduardo Matamoros Martínez, auditor presidente del Tribunal Militar Central. Ángel Menéndez Rexach, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. David Javier Santos Sánchez, secretario general técnico.

## CONSEJO DE REDACCIÓN

Rafael Alcalá Pérez Flores, magistrado. Luis Bernardo Álvarez Roldán, general auditor. Javier Aparicio Gallego, exmagistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Jesús Bello Gil, general consejero togado. Concepción Escobar Hernández, catedrática de Derecho Internacional Público de la U.N.E.D. Francisco Fernández Segado, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Federico Fernández de Buján Fernández, catedrático de Derecho Romano de la U.N.E.D. Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, general auditor. Jacobo López Barja de Quiroga, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Leandro Martínez-Cardós Ruiz, letrado mayor del Consejo de Estado. Francisco Menchén Herreros, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Antonio Millán Garrido, catedrático de la Universidad de Cádiz. Eduardo Montull Lavilla, general consejero togado. Antonio Mozo Seoane, general consejero togado. Carlos Pérez del Valle, rector de la Universidad «Abad Oliva» de Barcelona. Manuel Pérez González, catedrático emérito de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid. Fernando Pignatelli y Meca, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, general consejero togado. Luis Rueda García, fiscal.

## SECRETARIO

Francisco Luis Pascual Sarriá, coronel auditor.

## SECRETARIOS ADJUNTOS

Álvaro Conradi Monner, teniente coronel auditor. Carlos Balmisa García-Serrano, comandante auditor. Eva Bru Peral, magistrada. Juan Carlos González Barral, magistrado. David Suárez Leoz, magistrado.

## REDACCIÓN

Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de los Ingenieros, 6 Madrid-28047.

Teléf.: 91 364 73 93

Fax: 91 364 73 99

## ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 102 JULIO - DICIEMBRE 2014

### DOCTRINA

- Resumen de contenidos. Table of contents..... 9

### ESTUDIOS

- María Eugenia Ruiz Hernández. *La impugnación de sentencias ante el tribunal ad quem. La segunda instancia en el derecho penal militar*. Premio Defensa 2014, Premio José Francisco de Querol y Lombardero..... 17
- Jacobo López Barja de Quiroga. *El valor vinculante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su relación con la jurisdicción militar*..... 73
- Abraham Martínez Alcañiz. *El Derecho Penal Internacional frente a los actos de terror acaecidos durante un conflicto armado*..... 89
- José Francisco Blasco Lahoz. *La protección de asistencia sanitaria, incapacidad temporal e inutilidad en el ámbito de la Seguridad Social de los miembros de las Fuerzas Armadas*. 129

### NOTAS

- Alfonso J. Iglesias Velasco. *La respuesta de España ante el desafío de la piratería en el océano Índico: el ejemplo del buque Patiño*..... 209
- Agustín Romero Pareja. *Antecedentes históricos del testamento militar*..... 229

### TEXTOS

#### DOCUMENTACIÓN

- José Leandro Martínez-Cardós Ruiz. *Doctrina Legal del Consejo de Estado*. .... 253

#### BIBLIOGRAFÍA

#### RECENSIÓN DE LIBROS

- Por los Sres. Dr. Ignacio García Sigman y Lic. Bruno Danelón. DUBERTI GUILLERMO, Javier, *Hechos ilícitos cometi-*

<i>dos en operaciones de paz. Responsabilidad internacional y sistemas de reparación. Analogías y diferencias con los mecanismos de derecho espacial.....</i>	283
— Por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto. SAN MARTÍN CALVO, Marina, <i>Bienes culturales y conflictos armados: Nuevas perspectivas de Derecho internacional. ....</i>	287
<b>NOTICIAS DE REVISTAS</b>	
— Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz.....	295
<b>INFORMACIÓN</b>	
— Antonio Millán Garrido. <i>Pasado, presente y futuro de la legislación penal militar española. (Antecedentes y breve análisis del Proyecto de nuevo Código Penal Militar). Texto del discurso de ingreso leído por el autor en la solemne recepción como Académico de Número en la Real Academia de San Dionisio, de Ciencias, Artes y Letras, el día 21 de octubre de 2014. ....</i>	299
— Carlos Eymar Alonso (Presentación del núm. 100 de la <i>REDEM</i> ). ....	321
<b>NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN</b>	

# DOCTRINA



**RESÚMENES (ABSTRACTS) DEL NÚMERO 102  
(JULIO - DICIEMBRE 2014)**

**LA IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS ANTE EL TRIBUNAL  
*AD QUEM*. LA SEGUNDA INSTANCIA EN EL DERECHO  
PENAL MILITAR. PREMIO DEFENSA 2014. PREMIO JOSÉ  
FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDEO. MARÍA EUGENIA  
RUIZ HERNÁNDEZ**

**Resumen:** Este trabajo analiza el concepto de derecho al recurso y su reconocimiento en la Constitución; las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y dictámenes del Comité de Derechos Humanos al respecto; la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional y su reflejo en la jurisprudencia de las Salas Segunda y Quinta del Tribunal Supremo.

Asimismo se estudian los principios que deberían regir la segunda instancia, la imposibilidad de que mediante el recurso de casación se cumplan los requisitos de la misma, los defectos de los que adolece la actual regulación del recurso de apelación y las excepciones al derecho a una segunda instancia.

En definitiva, se pone de manifiesto la necesidad de una modificación del recurso de apelación, así como de su implantación contra todas las sentencias penales dictadas en primera instancia en la jurisdicción ordinaria y militar y las posibles soluciones en relación al organigrama de los órganos judiciales.

**Palabras clave:** derecho al recurso, segunda instancia penal, tribunal *ad quem*, recurso de apelación, recurso de casación.

**Abstract:** This research work analyzes the concept of the right to appeal and its location in our Constitution; Judgments of the European Court of Human Rights and Decisions of the Human Rights Committee related to

this issue; the evolution of the doctrine of the Constitutional Right's Court and its reflection in the jurisprudence of the Penal and Military Chambers of the Supreme Court.

The principles that should govern the second instance are examined together with the reasons why the high court appeal before the Supreme Court does not comply with the requirements needed by the second instance. Besides, the shortcomings of the current first appeal's regulation and the exceptions to the right to appeal are studied.

To sum up, this document highlights the need to amend the first appeal's regulation, to implement the second instance in the Penal and Military jurisdictions, and suggests possible solutions regarding the organizational structure of the courts.

**Keywords:** right to appeal, second penal instance, tribunal *ad quem*, remedy of appeal/first appeal, high court appeal.

## **EL VALOR VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU RELACIÓN CON LA JURISDICCIÓN MILITAR. JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA**

**Resumen:** La sujeción de los jueces al imperio de la ley no impide que además, se encuentren vinculados a la jurisprudencia. Por ello, los jueces están vinculados a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional. A esta vinculación no es ajena la jurisdicción castrense, que —naturalmente— tiene idénticas sujeciones.

**Abstract:** The subjection of judges to rule of law does not preclude also are linked to the jurisprudence. Therefore, judges are linked to the doctrine of the ECHR, the European Court of Justice and the Constitutional Court. In this linkage is no stranger military jurisdiction, which has identical fasteners, naturally.

## **EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL FRENTE A LOS ACTOS DE TERROR ACAECIDOS DURANTE UN CONFLICTO ARMADO. ABRAHAM MARTÍNEZ ALCAÑIZ**

**Resumen:** Resulta habitual que en los conflictos armados se realicen determinadas conductas que los actores implicados califican como actos

de terrorismo. El derecho internacional humanitario prohíbe en todo momento los actos de terror contra la población civil, sin embargo no existe definición alguna que nos oriente sobre qué es un acto de terrorismo ni qué actos comprende. Las recientes resoluciones judiciales pronunciadas por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y por el Tribunal Especial de Sierra Leona pueden ayudarnos a comprender mejor los actos de terror contra la población en el seno de una contienda armada, sin embargo tenemos que profundizar en este tipo de injusto para deslindar mejor las situaciones en las que resulta aplicable el mismo.

**Palabras clave:** actos de terrorismo; conflicto armado; crimen de guerra; derecho internacional humanitario.

**Abstract:** It is usual in armed conflicts that certain behaviors of persons involved qualify as acts of terrorism. International humanitarian law prohibits acts of terrorism against the civilian population, but there is no definition to guide us on what is a terrorist act or which acts comprises. Recent judgments pronounced by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the Special Court of Sierra Leone can help us better understand acts of terror against the population within an armed conflict, but we have to define better this crime to clarify the situations in which the same applies.

**Keywords:** acts of terrorism; armed conflict; war crime; international humanitarian law.

## **LA PROTECCIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA, INCAPACIDAD TEMPORAL E INUTILIDAD EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS. JOSÉ FRANCISCO BLASCO LAHOZ**

**Resumen:** El Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas se configura en una protección de carácter mutualista, y se gestiona y presta a través del Instituto Social de las Fuerzas Armadas. Este Régimen Especial, que protege a los militares de carrera, los militares de complemento, los militares profesionales de tropa y marinería, los alumnos de la enseñanza militar de formación y los militares de carrera de la Guardia Civil y los alumnos de los centros docentes de formación de dicho cuerpo, mantiene una amplísima cobertura social de dichos militares, que complementa la protección derivada de las pensiones de clases pasivas. Así, incluye la prestación de asistencia sanitaria, los subsidios por incapacidad temporal y por riesgo durante el embarazo, en el caso de funciona-

rios civiles, las prestaciones económicas y recuperadoras, en su caso, por inutilidad para el servicio y gran invalidez, la indemnización por lesiones, mutilaciones o deformidades de carácter permanente no invalidantes, los servicios sociales, la asistencia social, las prestaciones familiares por hijo o menor acogido a cargo con discapacidad, las ayudas económicas en los casos de parto o adopción múltiple y la prestación económica por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave. Las protecciones por asistencia sanitaria y por incapacidad temporal han sido objeto de recientes reformas en su régimen jurídico, produciéndose una actualización del mismo al hilo de las continuas reformas que se han ido llevando a cabo en el resto de Regímenes del sistema de la Seguridad Social; y la protección de la inutilidad en el servicio, dada su incidencia, ha sido motivo de numerosas resoluciones judiciales que, en orden a la solución de los diferentes procedimientos judiciales, han elaborado una extensa y reiterada doctrina jurisprudencial.

**Abstract:** The regime special of the Security Social of the armed forces is set in a mutual protection, and is managed and provided through the Social Institute of the armed forces. This special scheme, which protects military career, complement military, military troop and crew professionals, students of the military education of training and military career of the Civil Guard and the students of schools of formation of this body, maintains a very wide social coverage of these military, which complements the protection for pension passive classes. Includes the provision of health care, allowances for temporary incapacity and risk during pregnancy, in the case of civil servants, recovery, and economic benefits in their case, by uselessness for the service and serious disability, compensation for injuries, mutilation or non-disabling permanent deformities, social services, social welfare, family benefits for child or child foster care with disability aid in cases of childbirth or multiple adoption and the economic benefit for care of child affected by cancer or other serious illness. Protections for temporary disability and health care have undergone recent reforms in their legal status, resulting in an update to the thread of the continuous reforms that have been carried out in the rest of the system of Social security regimes; and the protection of the futility in the service, given their impact, was the subject of numerous judgments that, in order to the solution of the various judicial procedures, have developed an extensive and repeated jurisprudential doctrine.

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL TESTAMENTO MILITAR. AGUSTÍN ROMERO PAREJA

**Resumen:** El testamento militar está regulado en nuestro Código Civil como una forma de disponer en última voluntad. En tal sentido, se regulan entre los testamentos especiales aquellos que han sido otorgados en tiempo de guerra. En este trabajo se comentan las vicisitudes y peculiaridades históricas de esta institución jurídica; partiendo del Régimen del Testamento Militar Romano se comparan sus formas de otorgamiento con el formalismo establecido en el Derecho visigodo, el Fuero Juzgo y las Partidas, hasta llegar a su codificación en el siglo XIX. Fiel reflejo, en suma, de lo que hoy es el llamado «testamento militar»; adjetivación que en ocasiones mantenemos, por seguir el hilo conceptual de los principales autores y del propio Código, pero que en ocasiones denominaremos «testamento en tiempo de guerra», al ser esta circunstancia su especialidad y el fundamento de dichos otorgamientos.

**Palabras clave:** testamento, tiempo de guerra, sucesiones, codificación.

### **Abstract:**

The military testament is regulated in our Civil Code as a way of having in last will. To this respect, there are regulated between the special testaments those that have been granted in time of war. In this work are commented the vicissitudes and historical peculiarities of this juridical institution; departing from the Regime of the Military Roman Testament his forms of grant are compared with the formalism established in the Law Visigoth, The Jurisdiction I Judge and The Items, up to coming to his codification in the 19th century. Faithful reflection, in sum, of what today it is the so called «military testament»; agreement that in occasions we support, for following the conceptual thread of the principal authors and of the Code, but that in occasions we will name «testament in time of war», to the being this circumstance his speciality and the foundation of the above mentioned grants.

**Key words:** testament, time of war, successions, codification.



# **ESTUDIOS**



**LA IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS ANTE EL TRIBUNAL *AD  
QUEM*. LA SEGUNDA INSTANCIA EN EL DERECHO PENAL  
MILITAR  
PREMIO DEFENSA 2014  
PREMIO JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDERO**

María Eugenia Ruiz Hernández  
*Teniente coronel auditor*

*SUMARIO*

1. Los recursos contra las sentencias dictadas en primera instancia. 1.1. Fundamento del derecho a la revisión de las sentencias. 1.2. Constitución española. 1.3. El derecho a la revisión de sentencias en el procedimiento penal militar. 1.4. Excepciones legislativas. 1.4.A. *Especial referencia al aforamiento*. 1.4.B. *Cuestiones adicionales*. 2. El derecho a los recursos en el ámbito internacional y su influencia en nuestro ordenamiento jurídico. 2.1. La normativa internacional. 2.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2.3. La repercusión de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en nuestra jurisprudencia constitucional. 2.4. La jurisprudencia del Tribunal Supremo. 2.4.A. *La Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo*. 2.5. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. 3. La implantación del recurso de apelación en el procedimiento penal. 3.1. Antecedentes. 3.2. Soluciones. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

**1. LOS RECURSOS CONTRA LAS SENTENCIAS DICTADAS EN PRIMERA INSTANCIA**

**1.1. FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS**

Todo proceso judicial, especialmente en el ámbito penal, debe brindar una serie de garantías a los intervinientes en el mismo en orden a asegurar

la correcta resolución de las pretensiones en litigio. En esta línea se enmarcan los medios de impugnación otorgados a las partes por la Ley al objeto de recurrir las decisiones judiciales dictadas por jueces y tribunales.

Mucho se ha escrito sobre la fundamentación de esta vía de oposición como medio de revisión de las sentencias, especialmente en el ámbito penal. Así, Garberí<sup>1</sup> la asienta en tres ideas fundamentales, esto es, en la posibilidad de combatir errores que pudieran producirse en un primer enjuiciamiento, de manera que los ciudadanos contemplen el proceso como un mecanismo fiable para solucionar sus conflictos; en el aumento del nivel de acierto en la decisión final, no solo por la revisión en sí misma, sino porque el órgano que interviene en vía de recurso se presupone técnicamente mejor preparado, y finalmente, por acrecentar el celo y la diligencia de los jueces que deben resolver por primera vez al ser conocedores de que la resolución que adopten será revisada por un tribunal superior, lo que, según dicho autor, evitará que la misma sea superficial, infundada o caprichosa, por temor a una censura severa de la instancia superior<sup>2</sup>.

Otros autores como Armenta<sup>3</sup> señalan que el fundamento del derecho a los recursos radica en la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus funciones puedan incurrir en errores y, consecuentemente, sea necesario enmendarlos. A ello, además, cabe sumar diversos argumentos derivados, bien de la insatisfacción subjetiva de la parte perjudicada por la resolución, bien de la necesidad de unificar la doctrina. No obstante, argumenta dicha autora, en contra deben sopesarse otros factores como la dilación que puede derivarse de un uso torticero que del derecho a los recursos hagan las partes<sup>4</sup>, o el hecho de que los recursos *per se* no garantizan una mejor búsqueda de la verdad material, ya que la repetición de pruebas no supone una valoración más adecuada, ni siquiera cuando ello es llevado a cabo por un órgano con mayor experiencia.

Por su parte Pérez Manzano<sup>5</sup> afirma que los recursos y el derecho de acceso a ellos se sustentan en una doble finalidad: la primera, contribuir a

---

<sup>1</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., «La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 331, 1998, consultado en <<http://www.westlaw.es>>, BIB 1998/538 [el 29 de octubre de 2003, a las 20:30].

<sup>2</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., «El alcanzable mito de la segunda instancia penal», *Diario La Ley* 6507, 2006, consultado en <<http://diariolaley.laley.es>> [el 3 de marzo de 2006, a las 20:00].

<sup>3</sup> ARMENTA DEU, T., «El recurso penal ante la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Revista Jurídica de Catalunya* 1, 2005, pp. 53-83, p. 71.

<sup>4</sup> Precisamente para evitar el mal uso de este derecho el legislador posee la potestad de incluir o excluir recursos y, en su caso, someterlos a determinados requisitos.

<sup>5</sup> PÉREZ MANZANO, M., «La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Fundamento del Derecho a la Doble Instancia», *Diario La Ley* 6566, 2006, consultado en <<http://diariolaley.laley.es>> [el 9 de octubre de 2006, a las 18:15].

una adecuada satisfacción de las pretensiones de las partes al permitir una segunda oportunidad para la satisfacción de las mismas; la segunda, constituir una garantía del sometimiento de la actuación jurisdiccional a la ley, garantizando la aplicación del Derecho. Así, esta autora distingue, por un lado, una concepción más genérica en la que la revisión se circunscribe al supuesto en el que se ha efectuado una declaración de culpabilidad cuando el condenado era realmente inocente, o cuando se ha realizado una calificación jurídica que no corresponde con lo acaecido o con el relato de hechos probados, por lo que se ha condenado a un inocente. Estamos, por lo tanto, ante un error en el resultado del enjuiciamiento. Sin embargo, el error también puede referirse a una decisión contraria a la legalidad por una aplicación incorrecta de las normas derivada de una inadecuada selección, interpretación o aplicación propiamente dicha, esto es, un error en el procedimiento del enjuiciamiento. A mayor abundamiento, Pérez Manzano<sup>6</sup> considera que, en la medida en que la verdad a la que se accede mediante el procedimiento jurídico probatorio es solo una verdad probable, siempre existe un riesgo residual de condena de un inocente, por lo que es imposible evitar de forma absoluta el resultado erróneo, lo que le lleva a afirmar que el fundamento de la doble instancia no puede centrarse en evitar el resultado de culpabilidad erróneo.

Subsiguientemente, de todos los argumentos expuestos se concluye que la idea central que debe presidir la primera instancia es la búsqueda de la verdad, si bien esta no puede entenderse con carácter absoluto e indiscutible. Por ello, parece adecuado el establecimiento de una revisión posterior de las sentencias concebida como la revisión del correcto desarrollo del proceso, del sometimiento de la actuación jurisdiccional a la ley y de la adecuada aplicación de las reglas de la lógica y de la experiencia, esto es, del enjuiciamiento en sí mismo, en el que se incluye el acierto en la decisión final.

## 1.2. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución española no recoge expresamente el derecho a los recursos, por lo que su ubicación entre los derechos fundamentales deriva de la interpretación establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha proclamado la existencia de un derecho fundamental a los medios de impugnación (SSTC 112/1987, 125/1997, 168/1998).

---

<sup>6</sup> *Ídem.*

Esta doctrina, combinada con la iniciada con la STC 37/1995 —la cual reconoce que el respeto a las garantías procesales no se despliega con igual intensidad cuando se trata de acceder a la Jurisdicción, donde opera plenamente, que cuando se trata de acceder a los recursos, donde actúa con menor intensidad—, termina de delimitar dicho derecho fundamental a los recursos como un derecho de configuración legal (SSTC 14/1982, 14/1984), excepto en el proceso penal en el que ha de existir al menos un recurso contra el fallo condenatorio y la pena dictados en primera instancia<sup>7</sup>, ya que el artículo 10.2 de la Constitución española (CE) establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y acuerdos internacionales ratificados en esta materia por España. Así, existe en nuestro ordenamiento una obligación derivada del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), precepto que establece la obligación de que toda persona declarada culpable de un delito pueda ejercitar su derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le hayan impuestos sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Consecuentemente, aunque en los demás procesos el que haya o no recursos contra las sentencias dictadas en primera instancia no infringe normativa constitucional alguna, en el proceso penal la Constitución, en virtud de lo establecido en el artículo 10.2 CE en relación con el referido artículo 14.5 PIDCP, impone la exigencia de una doble instancia que permita la revisión ante un órgano superior de la condena impuesta en la primera instancia.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha incardinado el derecho al recurso contra el fallo condenatorio y la pena impuesta en el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), al tiempo que entiende que el derecho genérico a los recursos se encuentra incluido en el seno del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por lo que el legislador ordinario solo está obligado a establecer recurso contra las sentencias dictadas en primera instancia en el proceso penal, mientras que en los demás supuestos queda al arbitrio de su voluntad la existencia del mismo.

Por otro lado, la obligación derivada del artículo 14.5 PIDCP es entendida por la jurisprudencia constitucional de manera que no cabe afir-

---

<sup>7</sup> No obstante, y como veremos en otro apartado de este trabajo, la revisión por un tribunal superior del fallo condenatorio y de la pena impuesta tiene tres excepciones recogidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a saber, las penas leves, el enjuiciamiento por el tribunal superior en caso de aforamiento y las condenas tras un fallo absolutorio. *Vid. infra* pp. 28 y ss, 37 y 48 y ss.

mar la existencia de un deber de crear una segunda instancia como tal, sino únicamente el cauce adecuado para someter dicho fallo condenatorio y pena a un tribunal superior en los términos en los que sea establecido por el legislador. Precisamente, en dicha argumentación ha fundamentado nuestro Tribunal Constitucional la adecuación del recurso de casación para llevar a cabo la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena establecida en el artículo 14.5 PIDCP, dadas las amplias facultades otorgadas al Tribunal Supremo en vía casacional para revisar la condena con base en una interpretación amplia de los motivos de interposición, bien invocando el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), error en la apreciación de la prueba; sin olvidar el artículo 717 LECrim (reglas del criterio racional); bien citando el artículo 852 LECrim, infracción de precepto constitucional, mediante la alegación directa de la vulneración de la presunción de inocencia; o con base en la vía establecida por el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Así, el artículo 14.5 PIDCP se concibe no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena mediante un proceso justo con todas las garantías, con respeto al principio de presunción de inocencia, y a las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7).

Por otro lado, recordar que si bien el artículo 14.5 PIDCP solo habla del condenado, es decir, le señala de forma expresa como titular de dicho derecho, ello no excluye la posibilidad de que el resto de partes puedan asimismo interponer recurso contra una resolución judicial que perjudique sus intereses. Sin embargo en dicho supuesto esta facultad viene delimitada por su incardinación en un concreto precepto constitucional (24.1 CE) y, por tanto, de la decisión del legislador al respecto, lo que implica una ponderación de derechos en la que siempre debe respetarse los otorgados al acusado, máximo protegido, pero sin olvidar los intereses de terceros y de la sociedad en general.

Ello tiene especial trascendencia en el campo penal, ya que si el derecho de todas las partes a los recursos derivase del derecho a un proceso con todas las garantías, podría ser invocado por igual tanto por las partes acusadas como por las acusadoras. Sin embargo, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional ha proclamado en innumerables ocasiones que estas últimas no poseen un derecho a la

condena del acusado, por lo que solo este ostenta el derecho al recurso ante una segunda instancia, del que no puede ser privado por el legislador.

No obstante, estimo que el recurso de apelación interpuesto por las partes acusadoras no debe ser entendido como un ataque a la presunción de inocencia, que queda intacta, ni como el ejercicio de un derecho a la condena, sino como una solicitud de comprobación del correcto enjuiciamiento de los hechos objeto del proceso y de que este se ha llevado a cabo con respeto a la legalidad, tal y como establecen los artículos 9.3 y 117 CE. De este modo, la protección otorgada vía recurso superaría los intereses particulares, teniendo como objetivo transmitir a la sociedad confianza en el sistema judicial.

Compartidos los argumentos de Vecina<sup>8</sup> en cuanto a que otra sería la perspectiva si se incluyese el derecho a los recursos en el derecho a un proceso con todas las garantías, y aun afirmando que las partes acusadoras no detentan el *ius puniendi* atribuido al Estado, ni un derecho a la condena, no debe olvidarse que los recursos son la única garantía en un Estado de derecho de enmendar resoluciones contrarias a la legalidad o de carácter irracional o arbitrario<sup>9</sup>.

Por tanto, entendido que el derecho al recurso no debe partir de una concepción de castigo del culpable en segunda instancia, sobre todo ante sentencias absolutorias, sino de comprobación del cumplimiento de todas las garantías establecidas en la tramitación de los procedimientos judiciales y de revisión de la racionalidad de la decisión, y tomando en consideración lo prescrito en los artículos 6.1 y 13 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>10</sup> en cuanto a la existencia de un derecho al proceso

---

<sup>8</sup> VECINA CIFUENTES, J., «Observaciones urgentes a la proyectada reforma de los recursos de apelación y casación en el orden penal», *Jueces para la Democracia* 56, 2006, pp. 59-74, p. 66.

<sup>9</sup> Así, el art. 124 CE establece que la labor fiscal tiene por objetivo promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social.

<sup>10</sup> Artículo 6 CEDH. Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

debido y a un recurso efectivo ante una instancia nacional, considero que el Ministerio Fiscal desempeña un papel fundamental en cuanto garante de los intereses de toda la sociedad, la protección del principio de legalidad y confianza en el sistema judicial. Además, por todo ello, y aunque no nos encontremos ante un derecho absoluto de las partes acusadoras a una segunda instancia, una correcta ponderación de los derechos e intereses en juego debe inclinar la balanza del lado del mantenimiento de la normativa que regula el derecho a los recursos de todas las partes del proceso penal como el único medio o garantía de revisión y constatación de que las resoluciones judiciales no son contrarias a la legalidad o arbitrarias, lo que necesariamente afianza la confianza en el sistema judicial y en la consecución de la seguridad jurídica.

Por otro lado, sin olvidar el derecho a la presunción de inocencia como derecho fundamental del acusado, tampoco debería menospreciarse el derecho de la víctima a la defensa de sus intereses<sup>11</sup>, máxime cuando ante una sentencia absolutoria el acusado puede solicitar la apertura de un procedimiento judicial por denuncia falsa contra la que hasta entonces tenía aquella consideración.

Además, dada la evolución de la dogmática de los derechos fundamentales y la aparición de los llamados de 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> generación que plasman la tendencia a la ampliación del ámbito de protección del ciudadano, e incluso el reconocimiento de dichos derechos a las colectividades, parece necesario mantener aquellos ya establecidos y que además están referidos a ámbitos inherentes a los más importantes derechos fundamentales, como pueden ser la libertad del acusado, la integridad física de la víctima, la tutela judicial efectiva, un proceso con todas las garantías, el principio de legalidad o la propia seguridad jurídica.

En definitiva, estimo que el derecho al recurso debería ser entendido como una garantía otorgada a las partes en el proceso de verificación del adecuado funcionamiento de la administración de justicia y de corrección de aquellos supuestos en los que hayan existido errores o arbitrariedades contrarios a un proceso con todas las garantías y, por tanto, quedar incluido en dicho derecho, lo que implicaría que todas las partes tendrían reconocido constitucionalmente el derecho a impugnar aquellas resoluciones judi-

---

Artículo 13 CEDH. Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

<sup>11</sup> Vid. GIMENO SENDRA, V., «La inmediatez en la segunda instancia y las sentencias arbitrarias de la primera», *Diario La Ley* 6876, 2008, pp. 1-4.

ciales definitivas dictadas en primera instancia que considerasen injustas, independientemente de la voluntad del legislador, el cual estaría obligado a arbitrar los recursos oportunos.

### 1.3. EL DERECHO A LA REVISIÓN DE SENTENCIAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR

El sistema procesal penal militar se caracteriza por que su modelo de recursos se basa en el principio de única instancia. Así, contra las resoluciones definitivas dictadas por el tribunal *a quo*, sentencias y autos de sobreseimiento libre, solo cabe interponer recurso de casación ante la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo<sup>12</sup> de conformidad con lo establecido en los artículos 324 y ss. de la Ley Procesal Militar (LPM) y 847 y ss. LECrim.

Ello naturalmente ha conllevado, en algunos casos, que en sus recursos de casación los condenados aleguen la conculcación del derecho a una doble instancia en los procesos penales militares, sobre todo tras la promulgación de la LO 19/03, de 23 de diciembre, que modificó la LOPJ, y que inició el proceso de generalización de la doble instancia en nuestro derecho, si bien únicamente en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

En relación a esta cuestión, en el auto de fecha 17 de junio de 2004 que resolvía un recurso de queja contra la inadmisión de un recurso de apelación contra una sentencia del Tribunal Militar Central, y en el que el argumento de la parte recurrente se basaba en que dicha inadmisión infringía el artículo 24 CE dada la generalización de la doble instancia operada tras la promulgación de la citada LO 19/03, la Sala Quinta recordó (FJ 1.º y 3.º) la nutrida jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del propio Tribunal Supremo, que establecía que la regulación de la casación

---

<sup>12</sup> No hay que olvidar que la Ley Procesal Militar prevé un recurso de apelación, regulado en el art. 261 y ss., contra resoluciones dictadas en el sumario, en los casos y con los efectos contemplados en dicha Ley, en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de la notificación ante el juez que hubiere dictado la resolución que se recurre, expresando los fundamentos de la impugnación y acompañando los documentos que se estimen convenientes. No obstante, este recurso de apelación solo cabe contra resoluciones que no ponen fin definitivamente al proceso, por consiguiente, se trata de resoluciones interlocutorias o provisionales, motivo por el que este recurso no puede ser tomado en consideración para el estudio de un sistema de doble instancia, aun cuando su denominación sea la de apelación.

Por otro lado, si bien el artículo 143 LPM establece que el auto por el que se adopte alguna de las medidas a las que se refiere el artículo 141 será apelable, dadas las características de este procedimiento a prevención, no puede hablarse de la existencia de un sistema de doble instancia en el proceso penal militar en base a dicho precepto.

penal vigente es suficiente formalmente para cumplir con las exigencias del PIDCP, «que no impone en este punto la naturaleza del recurso, ni su contenido o amplitud».

Por lo que se refiere a la alegación relativa a la entrada en vigor de la LO 19/03, que reformaba la LOPJ introduciendo modificaciones orgánicas para la generalización de la doble instancia, el Tribunal en su FJ 2.º señalaba que, si bien con la nueva ley se había formulado un sistema abierto a la instauración de la segunda instancia penal en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, fortaleciendo la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y creando una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional, esta modificación no se había extendido al ámbito de la jurisdicción militar, ya que ni la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCO) ni la LPM habían sido reformadas.

En otro orden de cosas cabe destacar que, aunque los recursos en procedimientos por delito de la LPM se fundamentan en un sistema de instancia única en el que solo cabe interponer recurso de casación frente a la sentencia dictada en primera instancia por los Tribunales Militares Territoriales y Central, en cambio, el procedimiento regulado en el título IV, del libro III, de la LPM, relativo al enjuiciamiento de faltas comunes, establece la doble instancia instituyendo un recurso de apelación, de corte muy similar a la regulación que se contiene en la LECrim para las infracciones penales menores<sup>13</sup>. Se establece así un sistema de doble instancia en el que no se prevén, como señala Fernández Pérez<sup>14</sup>, los motivos de articulación del recurso, por lo que las partes recurrentes podrán formular contra la sen-

---

<sup>13</sup> En el procedimiento para el enjuiciamiento de faltas comunes por la jurisdicción militar establecido en el Libro III, Título IV, no se prevé una fase de instrucción y la competencia para el enjuiciamiento se atribuye al juez togado central o territorial de la demarcación en que hubieren ocurrido los hechos (arts. 57.2 y 61.2 LOCO), el cual tan pronto tenga noticia de haberse cometido falta penal, convocará a juicio verbal al fiscal jurídico militar del tribunal a cuyo territorio pertenezca el Juzgado, al acusado y a los testigos, con indicación al inculpado de que podrá asistir al juicio con las pruebas de que intente valerse en su defensa y que podrá ser asistido por letrado. El juez togado, en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible, al día siguiente, dictará sentencia.

Contra la sentencia las partes podrán interponer recurso de apelación, en el plazo de cuarenta y ocho horas o verbalmente en el momento de la notificación, ante el órgano que dictó el fallo, siendo competente para resolverlo el correspondiente Tribunal Militar, esto es, el Tribunal Militar Central respecto a las faltas dictadas por los Juzgados Centrales, o los Tribunales Militares Territoriales respecto a las falladas por los Juzgados de su territorio.

En el caso de faltas enjuiciadas por jueces togados desplazados a zona de operaciones, los recursos interpuestos se resolverán por el Tribunal Militar Central o Territorial de Madrid de conformidad con las reglas de competencia establecidas en la LOCO.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, J. A., «Sistemas de Recursos, Doble Instancia y Proceso Penal Militar», en *Estudios de Derecho Militar*, Ministerio de Defensa, Subsecretaría General Técnica, 2009, pp. 58 y ss.

tencia todas aquellas alegaciones que consideren pertinentes fundadas en cuestiones tanto de hecho como de derecho, pudiendo solicitar práctica de prueba, aunque si bien de forma limitada, teniendo el órgano de apelación la facultad de revisar la sentencia dictada por el órgano *a quo*, si estimase que hubiese méritos para ello.

Así, a diferencia de la regulación del procedimiento por faltas de la LECrim, en el procedimiento por faltas previsto en la LPM siempre ha de celebrarse la vista oral en el recurso de apelación, aunque, al igual que ocurre en aquel texto normativo, no se establece un sistema de apelación plena con repetición íntegra del juicio celebrado en instancia<sup>15</sup>.

En cualquier caso, la peculiaridad en este supuesto, tal y como señala el referido autor, no deriva de ninguna especialidad procedimental decisiva en relación al procedimiento previsto en la ley común, sino del hecho de que dentro de las competencias que se atribuyen a la jurisdicción militar, en tiempo de paz y normalidad constitucional<sup>16</sup>, no se incluye la competencia para conocer las faltas comunes, de manera que entiende se establece un procedimiento que, en la práctica, resulta inútil.

Así, partiendo del artículo 12 LOCO, y fuera de los supuestos de anormalidad constitucional<sup>17</sup>, la competencia de la jurisdicción militar para conocer de faltas comunes en tiempo de paz queda limitada a aquellos supuestos de faltas comunes conexas a delitos militares, a las que no será de aplicación el procedimiento para faltas penales previsto en los artículos 415 a 431 LPM, sino el que corresponda al delito principal.

Asimismo, también conocerán los órganos judiciales militares, a salvo de cuanto dispongan los tratados o acuerdos internacionales, de las fal-

---

<sup>15</sup> Efectivamente, el art. 429 LPM dispone que la vista será pública, comenzando por la lectura de un apuntamiento de los autos remitidos. Seguidamente se oirá al apelante o apelantes, al fiscal jurídico militar y a los interesados, y acto seguido se dictará sentencia. Además, el párrafo 2.º establece que no se admitirá en segunda instancia otra prueba que la que se hubiese propuesto en la primera y no se hubiese practicado por causa ajena a la voluntad del proponente o que hubiese sido conocida con anterioridad. El art. 431 LPM admite la inasistencia a la vista oral del acusado introduciendo garantías para preservar su derecho a la defensa, y si alguno de los acusados al tiempo de interponerse la apelación se hallase fuera del territorio español, o residiendo a considerable distancia de la sede del tribunal y se accediera a ello por su auditor-presidente, podrá dejar de asistir a la vista pública del recurso, remitiendo al efecto escrito comprensivo de las alegaciones que en su propia defensa pudiera formular.

La sentencia dictada en segunda instancia resuelve definitivamente el proceso sin que contra la misma quepa recurso alguno, y pronunciada esta, el Tribunal Militar mandará devolver los autos al juez togado correspondiente para que proceda a la ejecución de la sentencia recaída.

<sup>16</sup> *Vid.* art. 12 LOCO.

<sup>17</sup> *Vid.* art. 13 LOCO.

tas comunes cometidas por españoles en acto de servicio o en sitios que ocupen fuerzas o unidades militares españolas en los casos de presencia permanente o temporal fuera de territorio nacional de unidades militares, aunque, como recuerda este autor, en este caso el conocimiento por la jurisdicción militar de dichas faltas comunes queda limitado a los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 64 LOCO, órganos judiciales militares acompañan a la fuerza y la falta fuese penada antes del regreso a territorio nacional del que hubiere resultado responsable, pues, de no ser así, sería de aplicación el párrafo 4.º del artículo 12 LOCO, que determina que si el inculpado regresase a territorio nacional y no hubiere recaído sentencia, la jurisdicción militar se inhibirá a favor de la jurisdicción ordinaria.

En definitiva, los supuestos de aplicación de este procedimiento son escasos, ya que no es práctica habitual la designación de un juzgado que acompañe al contingente en misiones internacionales y dado que el legislador atribuye a la jurisdicción militar el conocimiento de las faltas penales solo en situaciones extraordinarias, excepción hecha de las faltas conexas que son conocidas junto al delito principal.

En consecuencia, solo cabe afirmar que el sistema de recursos de nuestra jurisdicción es principalmente de única instancia, sin que haya existido una evolución en paralelo con la acaecida en la jurisdicción ordinaria, probablemente sin más motivo que el olvido.

#### 1.4. EXCEPCIONES LEGISLATIVAS

Nuestro ordenamiento jurídico establece los medios necesarios para que las partes en el proceso penal puedan impugnar aquellas resoluciones judiciales dictadas en primera instancia ante un tribunal *ad quem*, excepto en determinados supuestos específicamente regulados. Dicha particularidad está en consonancia con lo dispuesto en el Protocolo 7 al CEDH<sup>18</sup>, artículo 2, que establece que el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad o de condena por un tribunal superior tiene como excepciones los supuestos de infracciones menores, los enjuiciamientos llevados a cabo en primera instancia por el más Alto Tribunal o las condenas impuestas por primera vez en segunda instancia.

Sin embargo, el PIDCP no recoge dichas excepciones, a consecuencia de lo cual algunos autores han destacado la necesidad de que el Estado

---

<sup>18</sup> España ratificó el Protocolo 7 del CEDH el 16 de septiembre de 2009.

español hubiese llevado a cabo una denuncia parcial del mismo, dado que el artículo 14.5 del Pacto forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. De hecho, España, a diferencia de otros países del entorno, Italia o Bélgica entre otros, no planteó reserva alguna al Tratado sobre este particular. Por consiguiente, y de conformidad con el tenor literal de dicho artículo, todo condenado tendría derecho a la revisión del fallo y de la pena, independientemente de la gravedad de la infracción penal, de la posición en la jerarquía jurisdiccional del tribunal encargado de fallar o de si la condena se produce en segunda instancia tras haber sido absuelto en la primera.

Por su parte, el Tribunal Constitucional mantiene una reiterada jurisprudencia —entre otras, SSTC 42/85, de 15 de marzo; 51/85, de 10 de abril; 30/86, de 20 de febrero; 22/1997, de 11 de febrero; 64 y 66/01, de 17 de marzo— en la que afirma que el artículo 14.5 PIDCP, pese a incorporarse a nuestro derecho interno, «no es bastante por sí mismo para crear recursos inexistentes», y desestima cualquier alegación al respecto planteada sobre vulneración del artículo 24 CE.

Centrándonos en la jurisdicción militar, hablaremos de dos de las tres excepciones señaladas, esto es, los enjuiciamientos llevados a cabo en primera instancia por el más Alto Tribunal, que trataremos a continuación, y las condenas impuestas por primera vez en segunda instancia, que analizaremos en otros apartados de este trabajo<sup>19</sup>.

#### **1.4.A. Especial referencia al aforamiento**

Nuestra legislación, esto es, tanto la LOPJ como la LOCO, establece unas específicas reglas de enjuiciamiento, residenciando el conocimiento en primera instancia de ciertas causas en el Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Militar Central. Esta especialidad o aforamiento, derivada de la función o empleo desempeñado, implica la imposibilidad de las partes, especialmente del condenado, de recurrir a un órgano superior la resolución judicial dictada por el Alto Tribunal o que el recurso existente sea únicamente el de casación, lo que en principio contradice lo establecido en el artículo 14.5 PIDCP.

En este epígrafe nos centraremos especialmente en los aforamientos competencia del Tribunal Supremo, ya que son los que imposibilitan la

---

<sup>19</sup> Recordar que el órgano judicial competente en esa segunda instancia será siempre la Sala Quinta, dado el sistema de recursos en única instancia establecido en la jurisdicción militar. *Vid. infra* pp. 37 y 48 y ss.

interposición de recurso ante un órgano superior, excepción hecha del recurso de amparo constitucional, dado que en estos supuestos de única instancia ante el Alto Tribunal se priva al condenado del derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por un órgano superior.

Así, la LOCO establece que de la instrucción y enjuiciamiento en única instancia de los procedimientos por delitos y faltas no disciplinarias, que sean competencia de la jurisdicción militar, contra los generales de Ejército, almirantes generales y generales del Aire, tenientes generales y almirantes cualquiera que sea su situación militar, miembros del Tribunal Militar Central, fiscal togado, fiscales de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y fiscal del Tribunal Militar Central, conocerá la Sala Quinta del Tribunal Supremo (art. 23.2 LOCO)<sup>20</sup>.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su STC 22/1997, de 11 de febrero, declara en relación a los aforamiento ante el Tribunal Supremo que, «aunque falte la garantía que se pretende con el reconocimiento del derecho al recurso, esta se ve compensada por realizar el enjuiciamiento el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, garantía mayor si se quiere que el recurso en sí».

---

<sup>20</sup> Merece asimismo la pena recordar que el artículo 34.1 LOCO establece que la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central conocerá de los procedimientos que siendo de la competencia de la jurisdicción militar y no estando atribuidos a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, se instruyan por delito cometido en cualquier lugar del territorio nacional, o fuera de este, cuando los inculcados, o el más caracterizado, siendo varios en un mismo procedimiento, ostenten alguna de las siguientes cualidades o circunstancias:

- a. Militares con empleo igual o superior a comandante o capitán de corbeta y sus asimilados cualquiera que sea su situación militar, siempre que no hubieran sido condenados a pérdida de empleo o sancionados con separación del servicio.
- b. Poseedores de la Cruz Laureada de San Fernando con carácter individual.
- c. Autoridades y funcionarios civiles, de todo orden, que no teniendo fuero personal reservado al Tribunal Supremo gozasen de aforamiento personal especial en la jurisdicción ordinaria.
- d. Auditor-presidente y vocales de los Tribunales Territoriales, jueces togados militares, fiscales y secretarios relatores, todos ellos en el ejercicio de las funciones que esta Ley les confiere.
- e. Otras personas respecto de las que así lo establezcan normas con rango de Ley.

En consecuencia, en aquellas circunstancias en las que el tribunal competente sea el Tribunal Militar Central, el debate quedaría circunscrito a si el sistema existente permite la revisión establecida en el PIDCP, esto es, si nuestro recurso de casación cumple los requisitos del Pacto en cuanto a que satisface el derecho a la doble instancia en la impugnación de las resoluciones judiciales, o por el contrario concluir que es necesario modificar nuestro sistema de recursos de manera que deba implantarse un recurso de apelación generalizado. Dado que este extremo es objeto de análisis en otros apartados de este trabajo, no ahondaremos en él en este momento.

Sin embargo, como ya se ha apuntado, la doctrina ha seguido manteniendo la existencia de la incompatibilidad del sistema de aforamientos, recogidos tanto en la legislación común como en la militar, con el citado artículo 14.5 PIDCP, ante la imposibilidad orgánica y procesal de acudir a un Tribunal superior cuando quien resuelve el asunto en primera instancia es el Tribunal Supremo. Al respecto, el Tribunal Constitucional (sentencia 166/93, de 20 de mayo) justifica dicha privación al considerar «que es un plus, equilibra así la inexistencia de una doble instancia, que si bien es una de las garantías del proceso a las cuales alude genéricamente el artículo 24.2 CE, ha de ser matizada en los casos en que el enjuiciamiento se confía directamente al Tribunal Supremo en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo en el orden de garantías constitucionales (art. 123 CE), a quien habría de revertir en definitiva la competencia funcional en un segundo grado o escalón procesal».

En la misma línea argumental, la STC 51/85, de 10 de abril, señala que «si determinadas personas gozan *ex constitucione*, en atención a su cargo, de una especial protección (...), son esas particulares garantías que acompañan a Diputados y Senadores las que disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria».

Por tanto, desde la perspectiva constitucional apuntada, se considera que las Salas Segunda y Quinta del Tribunal Supremo son, respecto de las acciones penales dirigidas contra aquellos a los que la ley ha atribuido dicho fuero, el juez ordinario predeterminado por la ley a que se refiere el artículo 24.2 CE, esto es, aquel constituido con arreglo a las normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso, por la Constitución misma en su artículo 71.3. Al mismo tiempo, se entiende que la doble instancia quedaría revertida en el Tribunal Constitucional, si bien considero que ello supone sobredimensionar el recurso de amparo, otorgándole una finalidad para la que no fue creado.

Como mantiene Calderón Cuadrado<sup>21</sup>, la interpretación del Tribunal Constitucional ha ido más allá del tenor literal del artículo 14.5 PIDCP, considerando que, aunque falte la garantía que se pretende con el reconocimiento del derecho al recurso, esta se ve compensada por realizar el enjuiciamiento el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, lo

---

<sup>21</sup> CALDERÓN CUADRADO, citado por MARTÍNEZ PARDO, V. J., «El recurso de casación penal como segunda instancia», 2002, <[http://enj.org/portal/biblioteca/penal/medios\\_impugnacion/6.pdf](http://enj.org/portal/biblioteca/penal/medios_impugnacion/6.pdf)> [consultado el 28 de marzo de 2012, a las 22:15].

que constituye una garantía mayor que el recurso en sí. En definitiva, la prerrogativa de aforamiento se configura como un instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional de modo que preserva un cierto equilibrio entre los poderes y, al propio tiempo, se considera la resistencia más eficaz frente a la eventual trascendencia de la resolución judicial en la composición de una institución.

Sin embargo, y a pesar de lo dicho, es importante destacar que entre los objetivos que se había marcado el actual Gobierno en relación a la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal figuraba la revisión de los supuestos de aforamiento de jueces y magistrados<sup>22</sup>, precisamente para intentar mitigar la inexistencia de una doble instancia.

A mi parecer, si bien es indudable que determinados cargos o funciones quedan protegidos al ser enjuiciados por el más Alto Tribunal, creo que debería hacerse un esfuerzo en cuanto a la posibilidad de establecer también en estos casos una segunda instancia. Adelantando conclusiones de epígrafes posteriores, entiendo que en cuanto a los aforamientos ante el Tribunal Supremo cabría, además de designar un instructor, formar una Sala de Instancia que enjuiciase los hechos con la posibilidad de que la sentencia dictada pudiese ser recurrida ante otra Sala compuesta por los restantes magistrados. Ciertamente es que no estaríamos hablando de un órgano superior, pero dado que orgánicamente ello es inviable, esta posibilidad parece ser la única posible, teniendo en cuenta que el hecho de no haber realizado reserva alguna al artículo 14.5 del Pacto pone en entredicho nuestro actual sistema de recursos.

#### **1.4.B. Cuestiones adicionales**

Asimismo, esta excepción presenta otro problema derivado de la extensión de la misma a quienes no siendo aforados son juzgados por el Tribunal Supremo al apreciarse conexidad respecto a los hechos cometidos por quienes sí lo son.

De conformidad con los artículos 272.2 LECrim y 76 LPM, el órgano judicial competente *ratione personae* para conocer de un hecho delictivo es competente para conocer de los hechos conexos (art. 15 LOCO). Por tanto, aquellas personas que sin ser aforadas son juzgadas por el Tribunal

---

<sup>22</sup> <<http://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/3792416/03/12/El-Gobierno-revisara-los-supuestos-de-aforamiento-de-jueces-y-magistrados.html>>, 2 de marzo de 2012 [visto el 28 de marzo de 2012, a las 22:06].

Supremo, debido a la comisión de un delito conexo al cometido por un aforado, son privadas del derecho a la doble instancia penal. No obstante, el Tribunal Constitucional ha desestimado las alegaciones que se le han planteado al respecto, basadas en la vulneración del derecho al recurso, aunque ha reconocido que en este supuesto se produce la privación del ejercicio de un derecho.

Así, en la STC 64/2001, de 17 de marzo, el Tribunal Constitucional señala que la legitimidad constitucional de esta restricción del derecho al doble grado de jurisdicción en los casos de no aforados requiere la ponderación específica de los derechos e intereses en juego. No obstante, recordaba el Tribunal Constitucional la adecuación de esta atribución de competencia en base a la doctrina del Comité de Derechos Humanos (caso Tanasis y otros) que establecía, en relación a una reclamación contra el Estado italiano, que «la protección de las funciones del gobierno, determinante de la Corte Constitucional Italiana, y la necesidad de coordinar la apreciación de los hechos y de las responsabilidades de los intervinientes cuando la realización del delito se atribuye al concurso de una pluralidad de personas, constituían fines legítimos para cuya consecución resultaba proporcionada la sustanciación de un único procedimiento ante la Corte Constitucional, aunque ello implicara un trato desigual para los imputados no pertenecientes al gobierno».

Consecuentemente, si desde el punto de vista del enjuiciamiento la extensión de esta excepción es la solución más apropiada al objeto de evitar duplicidad de procesos y obtener un adecuado conocimiento de los hechos, no cabe duda de que desde la perspectiva del no aforado ello supone, a pesar de la garantía de ser juzgado por el más Alto Tribunal, la privación de su derecho a que un fallo condenatorio y su pena sean revisados por una segunda instancia, al quedar sometido a la regulación aplicable al aforado, lo que supone un elemento adicional a tomar en consideración en una futura reforma.

## 2. EL DERECHO A LOS RECURSOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y SU INFLUENCIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

### 2.1. LA NORMATIVA INTERNACIONAL

En el ámbito internacional, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, los Estados mostraron una clara preocupación en la defensa de los

derechos humanos, lo que conllevó la creación de una serie de mecanismos de protección de los mismos.

El primer gran fruto de esta evolución de la mentalidad internacional, y consecuentemente del Derecho Internacional, fue la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948 y, posteriormente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado el 4 de noviembre de 1950.

Este avance del Derecho Internacional dio lugar a que las personas físicas y jurídicas se convirtieran en sujetos de Derecho Internacional, y que a raíz de su subjetividad internacional se les concediera la legitimación activa para reclamar la violación de un derecho fundamental. Dicho derecho se reconoció en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966<sup>23</sup>, texto internacional que reconoció y garantizó, a través de determinados mecanismos<sup>24</sup>, la facultad de los perjudicados para reclamar ante el Comité de Derechos Humanos la violación de los mismos.

Asimismo, el 16 de diciembre de 1966 se aprobó el Protocolo facultativo al Pacto, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976<sup>25</sup>. En dicho texto, los Estados consideraron que, al objeto de asegurar los propósitos del mismo, los individuos debían tener reconocida la capacidad de remitir directamente al Comité comunicaciones de violación de los derechos en él recogidos, con lo que se estableció la legitimación de los mismos para acudir al Comité en alegación de las referidas violaciones, siempre y cuando hubiesen agotado todos los recursos internos.

No obstante, la doctrina critica que determinados derechos fundamentales recogidos en el PIDCP no posean la suficiente exactitud para atribuirles un efecto directo, lo que hace necesario acudir a las normas de desarrollo internas de cada Estado para concretar su contenido. Este es precisamente el caso del artículo 14.5 PIDCP, que establece que «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio

---

<sup>23</sup> El PIDCP fue ratificado por España el 27 de abril de 1977 y entró en vigor el 27 de julio del mismo año.

<sup>24</sup> Los mecanismos establecidos por el PIDCP consistían en la presentación de informes por los Estados sobre las disposiciones que hubiesen adoptado y que dieran efecto a los derechos reconocidos en el Pacto, en el plazo de un año desde su entrada en vigor del mismo, y cuando así fuesen solicitados por el Comité. Dichos informes serían estudiados por el referido Comité que transmitiría los comentarios que considerase oportunos a los Estados partes. Asimismo, un Estado que considerase que se estaba produciendo un incumplimiento de alguna disposición por otro Estado, podría ponerlo en conocimiento del Comité, previa comunicación preceptiva al Estado incumplidor, al objeto de resolver de forma amistosa dicha situación.

<sup>25</sup> España se adhirió el 25 de enero de 1985, con entrada en vigor el 25 de abril de dicho año.

y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley»<sup>26</sup>.

Así, como ya he reseñado, dada la redacción de este artículo del Pacto, y aunque la posibilidad de formular recursos se encuentra establecida en todos los órdenes jurisdiccionales de nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a recurrir una sentencia condenatoria se convierte únicamente en una garantía del proceso penal<sup>27</sup> y solo exige configurar un sistema de recursos en el mismo, si bien con la obligación de que dicho recurso garantice que el condenado tenga derecho «a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior».

En la misma línea, el artículo 2.1 del Protocolo adicional 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que «toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a hacer examinar por una jurisdicción superior la declaración de culpabilidad o la condena». También este derecho a los recursos viene recogido en otros preceptos, a saber, los artículos 6.1 y 13 CEDH<sup>28</sup>, que establecen el derecho, respectivamente, a ser oído equitativamente y a un recurso efectivo ante una instancia nacional.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha establecido que el derecho a los recursos no supone la obligación de crear órganos judiciales de apelación o casación, sino que cada Estado posee la facultad de determinar el régimen de recursos que considere adecuado implantar en los distintos procedimientos judiciales. Tampoco el PIDCP se decanta por una nomenclatura específica —a saber, es indiferente si el recurso que permite el sometimiento a un tribunal superior se denomina *apelación* o *casación*—, lo único determinante es que dicho sometimiento sea efectivo. En consecuencia, la redacción del artículo 14.5 PIDCP, «conforme a lo prescrito en la ley», ha dado lugar a diversas interpretaciones, ya que el Pacto deja que sea la norma interna la que configure el derecho al recurso que su texto establece.

---

<sup>26</sup> Como ya hemos señalado con anterioridad, de conformidad con el art. 96.1 CE, dicho derecho se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico al encontrarse en un Tratado válidamente celebrado y publicado en España. Tampoco parece baladí recordar el art. 10.2 CE que establece que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por España».

<sup>27</sup> Como ya hemos señalado, al no existir norma internacional que garantice el derecho al recurso en los otros órdenes jurisdiccionales, la configuración de dicho medio de impugnación queda a criterio del legislador y consecuentemente de política legislativa.

<sup>28</sup> *Vid. supra* nota 10.

Otro punto objeto de controversia derivado del concepto amplio del derecho al recurso plasmado en dichos textos ha sido determinar si en ellos se establecía una doble instancia generalizada, esto es, si nos encontrábamos ante un medio de impugnación de carácter generalizado o extraordinario. Pues bien, en primer lugar, se hace preciso reseñar que nos hallamos ante un derecho con una clara influencia anglosajona. Así, en dicho sistema penal, y sobre todo en el de Estados Unidos, el veredicto absolutorio del jurado no es recurrible por el Ministerio Fiscal; en cambio, en caso de condena, el condenado puede acudir al tribunal superior, compuesto por jueces profesionales, que son los encargados de examinar si se han observado las garantías del proceso debido<sup>29</sup>. Por el contrario, nuestro ordenamiento jurídico no recoge exclusión alguna, otorgando la facultad de recurrir a todas las partes procesales, independientemente de su posición en la causa, y basada solo en su condición de parte<sup>30</sup>. Por tanto, esta diferencia en el concepto de las partes legitimadas para interponer recurso contra una sentencia ante un tribunal superior explica y hace más comprensible la redacción dada al artículo 14.5 PIDCP.

Por otro lado, tal y como señala González Cano<sup>31</sup>, dicho artículo del Pacto debe ser entendido como un reforzamiento de la garantía impugnatoria para el condenado frente al ejercicio del *ius puniendi*, una de las potestades más intromisivas del Estado en la esfera personal del ciudadano, con la finalidad de tutelar su derecho a la libertad, otorgándole el derecho a recurrir una resolución condenatoria. No obstante, esta referencia exclusiva al condenado y a la sentencia de condena (fallo y pena impuesta) no limita, en el orden interno, ni el derecho al recurso legal para el resto de partes procesales, ni la posibilidad de recurrir la sentencia absolutoria por parte del Ministerio Fiscal o resto de partes acusadoras, tal y como se recoge en nuestro ordenamiento.

---

<sup>29</sup> MONTERO AROCA, citado por RODRÍGUEZ RUBIO, C., «La eficacia de las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas», <<http://eciencia.urjc.es/dspace/bitstream/10115/4546/1/EI%20Comit%C3%A9%20de%20Derechos%20Humanos.pdf>> [consultado el 11 de noviembre de 2011, a las 11:38].

<sup>30</sup> Sin embargo, en la fallida reforma del año 2011, una de las ideas que fundamentaban el nuevo recurso de apelación era que en caso de absolución las partes acusadoras no tendrían la posibilidad de someter al tribunal superior la sentencia dictada, ni tampoco la posibilidad de impugnar la valoración de los hechos llevada a cabo por el juez *a quo*, ya que se modificaba el motivo del error en la apreciación de la prueba por el de la vulneración de la presunción de inocencia.

<sup>31</sup> GONZÁLEZ CANO, M.<sup>a</sup> I., «El dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español», *Revista Tribunales de Justicia*, 2001, pp. 31-41, p. 36.

Sin embargo, la concesión de esta facultad al resto de partes procesales está en manos de la voluntad del legislador, que no se haya limitado por ninguno de los textos internacionales citados, sin que en ningún caso, tal y como destaca dicha autora, el derecho establecido en el artículo 14.5 del Pacto a favor del condenado deba entenderse como privativo y excluyente para el resto de partes, sino como la institución de una garantía mínima a favor de aquel que ocupa la posición más débil en el proceso.

## 2.2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Como ya hemos reseñado en el apartado anterior, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a los recursos no supone la obligación de crear órganos judiciales de apelación o casación, sino que cada Estado posee la facultad de determinar el régimen de recursos que considere adecuado implantar en los distintos procedimientos judiciales.

Asimismo, el TEDH, ante las denuncias por violación del artículo 6.1 del Convenio por la falta de celebración de vista en los recursos de apelación y de casación, se ha pronunciado sobre si ello supone una posible infracción del CEDH. El Tribunal Constitucional señala que dicha doctrina se inicia con el caso *Ekbatani*, sentencia de 26 de mayo de 1988, en la que el TEDH, partiendo de los razonamientos que ya había mantenido en ocasiones anteriores referente a que el proceso ha de examinarse en su globalidad teniendo en cuenta el orden judicial interno (caso *Axen* y caso *Sutter*), y que las modalidades de aplicación del artículo 6.1 del Convenio dependen de la instancia de que se trate, reitera que no es preceptiva la celebración de vista en el recurso de casación al conocer el tribunal de cuestiones de derecho. Sin embargo, declara en relación al supuesto enjuiciado que la falta de vista pública en la segunda instancia infringía el artículo 6.1 del Convenio, ya que el tribunal de apelación que conocía tanto de las cuestiones de hecho como de las de derecho tenía que estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del recurrente. Así, estimó que la falta de audiencia del condenado por el tribunal de apelación conculcaba el artículo 6.1 del Convenio, ya que, a su parecer, el Estado que organiza tribunales de apelación o de casación tiene el deber de asegurar a los justiciables las garantías fundamentales del citado precepto.

Dicha doctrina ha sido mantenida de forma reiterada en posteriores sentencias, poniendo de manifiesto la necesidad de celebración de audiencia pública cuando el tribunal de apelación haya de conocer de los aspec-

tos fácticos y jurídicos, teniendo que apreciar en conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado (caso Tierce y otros, de 25 de julio de 2000; caso Helmers, de 25 de julio de 2000, y caso Constantinescu, de 27 de junio de 2000).

Siguiendo esta línea argumental, el TEDH considera que no siempre se puede afirmar, incluso en la hipótesis de un tribunal de apelación investido de plena jurisdicción, que el artículo 6.1 del Convenio implique el derecho a una audiencia pública con independencia de las cuestiones que hayan de resolverse en fase de recurso (caso Anderson, caso Constantinescu y caso Fejde). En consecuencia, por un lado ha afirmado que en los asuntos en los que el acusado niega la comisión del acto considerado infracción penal, será necesaria la celebración de audiencia pública, ya que el tribunal de apelación no puede decidir sin apreciar en persona el testimonio del acusado (caso Ekbatani, caso Tierce y otros, caso Helmers y caso Constantinescu); y por otro lado, también ha declarado en numerosas sentencias que no es necesaria la celebración de vista cuando las cuestiones de que conoce el tribunal son de derecho. Sin embargo, en el caso Michael Edward Cooke (sentencia de 8 de febrero de 2000), en el que el recurrente solicitaba la aplicación de una atenuante con el fin de rebajar la pena impuesta, mientras que el fiscal reclamaba cadena perpetua, y a pesar de que la aplicación de una atenuante es una cuestión de derecho que tiene cabida en el recurso de casación a través de la infracción de ley, el TEDH consideró vulnerado el artículo 6.1 del Convenio y estimó que dicha decisión del tribunal *ad quem* requería la celebración de una audiencia.

Al respecto, Rodríguez Rubio<sup>32</sup> considera que este pronunciamiento del TEDH, según el cual se hace preceptiva la vista cuando el órgano superior ha de conocer sobre la inocencia o culpabilidad del recurrente, crea confusión al dificultar el deslinde de las cuestiones de hecho de las de derecho. Así, no cabe duda de que no solo las distintas valoraciones que se hagan sobre los hechos pueden incidir sobre un pronunciamiento u otro, también las cuestiones de derecho, como son la infracción de ley sustantiva e incluso procesal justifican un pronunciamiento absolutorio o de condena.

A mayor abundamiento, el TEDH en su sentencia de 27 de junio de 2000 (caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 54 y 55, 58 y 59) declaró que, en los supuestos de pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el tribunal de apelación, especialmente, habida

---

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ RUBIO, C., *Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma*, Dykinson, 2008, pp. 111-141 (La segunda instancia), consultado en <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/segunda-instancia-55883859>> [11 de noviembre de 2011, a las 10:47].

cuenta de que sería el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Esta doctrina fue reiterada en la sentencia de 25 de junio de 2000 (caso Tierce y otros c. San Marino, §§ 94, 95 y 96), en la que se determinó que la ausencia de hechos nuevos no es suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al órgano de apelación.

Más recientemente, en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007 (caso Popovic c. Moldavia, § 71), 16 de diciembre de 2008 (caso Bazo González c. España, § 31) y 10 de marzo de 2009 (caso Igual Coll c. España, § 37), se insiste en que la condena en apelación de quien fue inicialmente absuelto en una primera instancia en la que se practicaron pruebas personales, sin que hubiera sido oído personalmente por el tribunal de apelación ante el que se debatieron cuestiones de hecho afectantes a la declaración de inocencia o culpabilidad del recurrente, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal como es garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (STC 120/2009, FJ 3)<sup>33</sup>.

En definitiva, y como ya se ha señalado, la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 6.1 CEDH establece que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de derecho, y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostenga que no ha cometido la acción considerada infracción penal. Sin embargo, es de destacar que la jurisprudencia europea hace referencia a la presencia del acusado, sin mencionar en principio de forma expresa si dicho examen directo y personal debe extenderse a otro tipo de pruebas, también de carácter personal, que pueden determinar la inocencia o culpabilidad del acusado. En cambio, nuestro Tribunal Constitucional ha expresado de forma expresa que resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas, cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora, como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (entre otras, SSTC 197/2002, de

---

<sup>33</sup> *Vid. infra* apartado 2.4.A, p. 44.

28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3), sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.

A ello hay que añadir que el TEDH asevera que la noción de proceso justo o equitativo, en cuanto facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente, requiere que el procedimiento sea examinado en su conjunto de acuerdo con el orden jurídico interno, tomando en consideración el papel que ha de desempeñar el recurso de apelación y la manera en que los intereses del recurrente fueron realmente expuestos y protegidos ante el tribunal a la vista de las cuestiones que este debía juzgar (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, §§ 24 y 27; 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 31 y 32, y 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 53). Por tanto, es preciso reseñar que de dicha jurisprudencia no cabe extraer un derecho absoluto a una audiencia pública en segunda instancia independiente de la naturaleza de las cuestiones a juzgar, pues previamente deberán ponderarse los distintos intereses en juego.

Pues bien, centrándonos en dichos intereses, el TEDH señala que el principio de publicidad constituye ciertamente uno de los medios para preservar la confianza en los tribunales. En este sentido, dicho Tribunal ha querido destacar, al examinar el contenido del artículo 6.1 del Convenio, que dicho principio «protege a los litigantes frente a una Administración de Justicia secreta y sin control por la opinión pública, y constituye uno de los medios para preservar la confianza ante los juzgados y los tribunales».

Asimismo, el TEDH ha subrayado la importancia del principio de contradicción que impone la necesidad de que las partes sean oídas con antelación a la resolución que se dicte, por lo que se enfatiza la necesidad de que en numerosos casos analizados por dicho Tribunal la presencia personal de los interesados hubiera sido necesaria.

A ellos habría que añadir el derecho a un juicio en plazo razonable y la necesidad de conferir un tratamiento rápido a los asuntos, «De modo que la ausencia o falta de una vista o debates públicos en segunda o tercera instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal de que se hayan celebrado en la primera instancia» (STC 120/2009, de 21 de mayo, FJ 3).

De todo ello, Rodríguez Rubio<sup>34</sup> concluye que de la jurisprudencia del TEDH no se deduce con claridad que la vista o audiencia pública se precise con el objeto de que las pruebas de carácter personal sean de nuevo prac-

---

<sup>34</sup> En línea, *op. cit.*, nota 32.

ticadas ante el órgano *ad quem*. A su juicio, lo exigido por el TEDH es la celebración de una audiencia pública donde las partes contradictoriamente realicen sus alegaciones, respetándose así el principio de publicidad de las actuaciones judiciales. Esta posición está fundamentada en que el TEDH, en la mayoría de sus pronunciamientos, alude a la imposibilidad del recurrente para expresarse personalmente ante el órgano de apelación. Entiende que esta interpretación del precepto es coherente con la garantía reconocida en el artículo 6 del Convenio al asegurar el derecho a un proceso público. Así, el principio de publicidad atiende, por un lado, a la publicidad de las actuaciones procesales, vertiente que el TEDH ha puesto de manifiesto en numerosas sentencias, y de otro, se pone en relación con el principio de contradicción o de audiencia, y que se resume en la expresión «nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio».

Sin embargo, Gisbert Gisbert<sup>35</sup> entiende, con base en lo declarado por el TEDH en el caso Ekbatani, que en la segunda instancia, y siempre que no se discutan cuestiones meramente jurídicas, deberá celebrarse vista pública y oírse al acusado personalmente siempre que este lo solicite. De este modo, y según lo defendido por el autor, las vistas en los juicios de apelación contra las sentencias dictadas por los jueces de lo penal han de ser siempre obligadas, debiendo ser oído el acusado de la misma manera que lo es en primera instancia, incluso se le ha de conceder el llamado derecho a la última palabra.

En cambio, Rodríguez Rubio<sup>36</sup> estima que si la reforma de nuestro sistema de recursos ha de ser llevada a cabo en este sentido, ha de tenerse en cuenta, de acuerdo con la doctrina constitucional, que lo exigido por el TEDH no es exactamente la repetición de las pruebas de carácter personal en la segunda instancia. Lo que se precisa, de acuerdo con el Tribunal internacional, es la celebración de audiencia pública cuando el tribunal de apelación haya de conocer sobre cuestiones de hecho y de derecho, especialmente cuando haya de apreciar la culpabilidad o inocencia del recurrente y este niegue los hechos atribuidos por la acusación. Es más, afirma que aunque la doctrina del Tribunal de Estrasburgo se inclina por reconocer la necesidad de celebrar audiencia pública en las sentencias citadas, el artículo 6.1 del Convenio no resulta vulnerado cuando no se celebra vista en el recurso de apelación, ya que no existe tal necesidad de audiencia, puesto que partiendo de la existencia de un recurso próximo a la apelación restringida —en la que el recurso no se considera un nuevo proceso donde

<sup>35</sup> GIBERT GIBERT, citado por RODRÍGUEZ RUBIO, C., *ídem*.

<sup>36</sup> En línea, *op. cit.*, nota 32.

se puedan ejercitar nuevas pretensiones y practicar todo tipo de pruebas—, el órgano *ad quem*, al pronunciarse de nuevo sobre el objeto del proceso, que permanece inmutable, efectúa un nuevo examen de los materiales fácticos y jurídicos recogidos en primera instancia. En cambio, considera que excepcionalmente sí será preceptiva la vista cuando la prueba propuesta en la apelación haya sido admitida, en cuyo caso el artículo 791 LECrim exige su celebración.

Sin duda, estos razonamientos deberán ser tenidos en cuenta en la futura reforma del recurso de apelación, conjugando los principios señalados y estableciendo los casos en los que la vista pública será preceptiva y/o los criterios que determinarán su celebración, básicamente cuando el debate se centre en cuestiones de hecho, así como en los supuestos de recursos contra sentencias absolutorias en las que se debatan la culpabilidad del acusado y se deban valorar pruebas de carácter personal. Además, estos presupuestos han de combinarse con una característica que entiendo esencial del recurso de apelación, esto es, su carácter restringido, por lo que no se trata de llevar a cabo una modificación del articulado que suponga una repetición íntegra del juicio, sino que el objetivo es la revisión íntegra de la condena y el fallo.

### 2.3. LA REPERCUSIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH EN NUESTRA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

No hay que olvidar que la doctrina del TEDH ha ido dibujando una casuística que posteriormente ha sido asumida por nuestro Tribunal Constitucional. En este apartado solo señalaré parte de la doctrina emanada de dicho Tribunal, dando una visión más amplia de la misma en los apartados siguientes.

Como ya se ha reseñado, el TEDH, ante las denuncias por violación del artículo 6.1 del Convenio, concretamente ante la falta de celebración de vista en los recursos de apelación y de casación, se ha pronunciado sobre la posible infracción del CEDH, doctrina<sup>37</sup> que ha sido la causa de que nuestro Tribunal haya modificado su jurisprudencia. Así, si hasta entonces el Tribunal Constitucional había declarado que el tribunal *ad quem* tenía plenas facultades para revocar la sentencia del órgano *a quo*, a pesar de no haberse practicado prueba en la segunda instancia, pudiendo condenar por primera vez al recurrente, tras la STC 167/2002, de 18 de septiembre,

<sup>37</sup> *Vid. supra*, pp. 36 y ss.

de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, modificó su parecer y declaró que el respeto a los principios de inmediación y contradicción que conforman el derecho a un proceso con todas las garantías exige que el tribunal *ad quem*, al conocer de nuevo sobre la culpabilidad o inocencia de los acusados y tener que valorar para ello las declaraciones prestadas en el sumario y en el juicio oral, oiga personalmente a los recurrentes.

La rectificación efectuada por el Tribunal Constitucional al interpretar el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) de conformidad con el artículo 6.1 del Convenio ha dado lugar a que los tribunales ordinarios, obligados a aplicar dicha jurisprudencia constitucional, hayan puesto de manifiesto muchas dudas e inseguridades debido a las dificultades de adecuación de la jurisprudencia constitucional al texto de la LEC.

En este sentido, los magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid, Secciones penales, se reunieron el 24 de mayo de 2004 y acordaron lo siguiente: «en los recursos de apelación contra sentencias absolutorias no deben practicarse de nuevo en la segunda instancia las pruebas que dependan de los principios de inmediación y de contradicción. Esa nueva práctica entrañaría graves inconvenientes, pues no existe garantía ninguna de que las pruebas reproducidas en la segunda instancia resulten más fiables, creíbles y veraces que las de la primera, máxime si se pondera el tiempo transcurrido desde la ejecución de los hechos y los prejuicios y condicionamientos con que podrían volver a declarar unos testigos que ya depusieron en el juzgado. Por otro lado, la repetición de las pruebas no sería legalmente posible a tenor de las restricciones que impone el artículo 790.3 LECrim y el acusado no tendría, obviamente, obligación de someterse a un segundo procedimiento ante la Sala sin un precepto que así lo impusiera o permitiera expresamente».

Por su parte, Rodríguez Rubio<sup>38</sup>, al analizar el referido acuerdo, pone de manifiesto que la conclusión de dichos magistrados, en relación con la nueva jurisprudencia constitucional, era que no cabía revocar en segunda instancia las sentencias absolutorias dictadas en las causas en las que la práctica de la prueba dependiese en gran medida de los principios de inmediación, oralidad y contradicción, limitándose así el derecho a los recursos de las partes perjudicadas y del Ministerio Fiscal<sup>39</sup>.

Respecto a las sentencias condenatorias, esta autora destaca que los magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid acordaron que, al no permitir la normativa procesal en vigor la repetición de las pruebas en se-

<sup>38</sup> En línea, *op. cit.*, nota 32.

<sup>39</sup> *Vid. infra*, pp. 48 y ss.

gunda instancia, las consecuencias han de ser las mismas que las anteriores. Así, si el tribunal de apelación apreciara contradicciones en las pruebas personales, o contradicción de estas con otras pruebas reales relevantes, o cualquier indicio de que aquellas han sido incorrectamente apreciadas, el tribunal superior estaría obligado a dictar un fallo absolutorio en segunda instancia sin necesidad de repetir la prueba. En cambio, admitirían una nueva apreciación de las pruebas personales practicadas en la instancia cuando el razonamiento probatorio del juzgador vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por resultar absurdo, irracional o arbitrario.

En consecuencia, no cabe duda de que a partir del caso Ekbatani los artículos de la LECrim que regulan el recurso de apelación no se adecúan a la jurisprudencia establecida por el TEDH, y posteriormente acogida por el Tribunal Constitucional, ya que nuestro sistema, próximo a la apelación restringida, no recoge la posibilidad de la repetición de las pruebas ya practicadas en la primera instancia de forma generalizada, si bien la reforma llevada a cabo para la implantación de la Oficina Judicial ha añadido un nuevo elemento, cual es la posibilidad de reproducción de lo grabado como diligencia de prueba a solicitar ante el tribunal de apelación, si bien el Tribunal Constitucional tiene declarado que ello no colma el principio de inmediación<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Por tanto, en este punto la cuestión capital consiste en dilucidar si el tribunal de apelación puede llevar a cabo una valoración de las pruebas de carácter personal visionadas en una grabación audiovisual del juicio oral de primera instancia, estimar el recurso interpuesto por error en la valoración de la prueba al discrepar de la valoración efectuada por el juez *a quo* y fijar un nuevo relato de hechos probados que conduzca a la condena de quien fue inicialmente absuelto o agravar la pena impuesta por el tribunal de instancia. Esta solución fue rechazada por el Tribunal Constitucional, en su sentencia 120/2009, de 18 de mayo, en función de un concepto muy estricto de inmediación. Así, en su fundamento jurídico 6 destaca que «Con carácter general, aun cuando cabe señalar una vertiente de la inmediación que se identifica con la presencia judicial durante la práctica de la prueba (art. 229.2 LOPJ), en un sentido más estricto hemos establecido que “la garantía de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración” (por todas, STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5). En la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la inmediación adquiere verdadera trascendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad, esto es, las declaraciones, cualquiera que sea el concepto en el que se presten. De modo que su dimensión de garantía constitucional (art. 24.2 CE) resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo en materia penal (art. 120.2 CE)».

En función de este razonamiento, no cabe la *revisio prioris instantiae* del recurso de apelación en cuanto ello suponga revisión de la valoración de las pruebas personales en perjuicio del acusado, concluyendo su fundamento jurídico 7 que: «Sin embargo, lo cierto es que la Sala quedó privada de la facultad de valorar de un modo distinto a como lo hizo el Juez de lo Penal las pruebas de carácter personal —desde el prisma de la credibilidad de los declarantes— al no haber convocado una vista o audiencia pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de

## 2.4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional ha tenido, a su vez, reflejo en las posteriores resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo. Además, dicho Tribunal ha puesto de manifiesto reiteradamente la necesidad de implantar de forma generalizada el recurso de apelación como medio de impugnación de todas las sentencias dictadas en primera instancia. Dada la extensión de este trabajo, nos centraremos directamente en la jurisprudencia de la Sala Quinta, que, como no podía ser de otro modo, refleja la de la Sala Segunda y la del Tribunal Constitucional.

### 2.4.A. La Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo

En primer lugar estudiaremos la sentencia de 14 de abril de 2010, de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que analiza la alegación del recurrente relativa a la vulneración del artículo 24.2 CE, en relación con el artículo 14.5 PIDCP y el artículo 2.1 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, por inexistencia del derecho del condenado a la doble instancia. Los razonamientos de la parte se fundaban en que, pese al texto de los preceptos citados y al dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>41</sup> de 11 de agosto de 2000, la estructura legal del recurso de casación regulado en nuestro ordenamiento no satisface el derecho de todo justiciable a

---

primera instancia, ni concurrir causa obstativa legalmente prevista de la comparecencia ante el Tribunal de tales personas. En consecuencia, al no haber respetado la Sala de apelación dicho límite, vulneró el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE».

Cierto es que la reproducción audiovisual permite en gran medida percibir no solo el lenguaje verbal, sino también el gestual —en ocasiones aún más importante—, así como las dudas o reticencias del deponente absolutamente intranscribibles en un acta. En cambio, adolece de la posibilidad por parte del tribunal de solicitar aclaraciones sobre las manifestaciones vertidas, y cercena la facultad de las partes de someter a contradicción alguna de las manifestaciones, lo que pudiera ser esencial para la formación de la convicción del órgano judicial.

Por tanto, no cabe duda de que mediante los medios tecnológicos actuales de reproducción el tribunal *ad quem* ocupa una posición similar a la que tuvo el juez *a quo*, lo que le permite observar la totalidad de las palabras pronunciadas, los gestos o expresiones y el estado anímico del declarante, transmitiéndose de manera fidedigna los elementos de la prueba objeto de valoración. No obstante, también es indudable que la garantía constitucional relativa a que el declarante pueda dirigirse directamente al juzgador quiebra si aquel no se halla presente al objeto de ser interrogado.

<sup>41</sup> *Vid.* pp. 51.

una segunda instancia que permita que sea analizada y revisada la valoración de la prueba, y que por el tribunal de alzada se examine la razonabilidad y coherencia de las pruebas de cargo, su suficiencia y su coherencia con el discurso condenatorio de que se trata. En consecuencia, reclamaba el recurrente que en la segunda instancia pueda valorarse la necesidad o no de la práctica de pruebas denegadas, así como las omisiones que pudieran aparecer en los hechos probados a la vista de las pruebas practicadas.

La Sala Quinta en esta sentencia recuerda que la cuestión planteada ha sido reiteradamente abordada y resuelta tanto por el Tribunal Constitucional como por las Salas Segunda y Quinta del Tribunal Supremo, y señala algunas sentencias al efecto. Así, la STS (Sala Quinta) de 9 de noviembre de 2001, trayendo a colación lo ya mantenido en el auto de la misma Sala de 9 de julio de 2001, indicaba que sobre el dictamen del Comité de Derechos Humanos ya se había pronunciado el Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Segunda, de 13 de septiembre de 2000), precisando que «el recurso de casación previsto en las Leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966».

A mayor abundamiento se recuerda que, como ya señalaba la sentencia de la Sala Segunda, de 4 de diciembre de 2000, debe tenerse en cuenta la diversidad de sistemas procesales sobre los que se proyecta el citado Pacto Internacional, y que han de ponderarse las características de las normas procedimentales de cada país, sin que pueda y deba entenderse que dentro de la estructura de nuestro sistema procesal penal no exista una protección de las garantías suficiente, sin olvidar tampoco la vía del recurso de amparo como la adecuada para la protección de los derechos tutelados en el Pacto. Siguiendo esta línea argumental, la Sala Quinta señala que, en el marco de nuestra jurisdicción militar, son aplicables estas consideraciones, toda vez que los principios y requisitos en materia de recurso de casación penal regulados en la LECrim se recogen y asumen por la LPM en sus artículos 324 a 327.

En el mismo sentido, se resalta el contenido de una nutrida jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta materia en la que se reitera que la regulación de la casación penal vigente es suficiente formalmente para cumplir con la exigencia del Pacto, que no impone en este punto la naturaleza del recurso, ni su contenido o amplitud y admisibilidad<sup>42</sup>, aun-

---

<sup>42</sup> SSTC 42/82, 76/82, 61/83, 51/85, 88/85, 110/85, 140/85, 7/86, 57/86, 58/87, 79/87, 154/87, 37/88 y 20/89.

que también reconoce en alguna de estas sentencias, y en otras posteriores, la conveniencia de establecer la doble instancia generalizada en materia penal<sup>43</sup>.

Por otro lado, la Sala Quinta destaca que no se trata de minimizar en modo alguno el dictamen invocado del Comité<sup>44</sup>, si bien señala que ello no implica que pueda interpretarse con el alcance que proponía el recurrente, ya que dicho órgano ni actúa, ni tiene el carácter, ni las competencias propias de un tribunal supranacional, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque constituye un órgano informador que impulsa la adopción de medidas para la tutela de los derechos en la forma prevista en el Pacto y su cometido sea, en principio, formular indicaciones imperativas a los legisladores nacionales para la modificación de las normas. Por todo ello, y dada la trascendente función de vigilancia del Comité en la aplicación de los derechos contenidos en el Pacto, la Sala reconoce que los Estados parte deberían tratar de acomodarse a la interpretación que este realice de dicho texto.

Además, la sentencia recuerda que desde la óptica constitucional se ha venido declarando en forma constante, a partir de la STC 70/2002, de 3 de abril, que el artículo 14.5 PIDCP es perfectamente compatible con la revisión en casación de las sentencias condenatorias dictadas en instancia, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. Entre dichas reglas deben encontrarse todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías, las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia confor-

<sup>43</sup> SSTC 140/85, 79/87, 154/87, 6/89, 157/89, 50/90 y 160/93.

<sup>44</sup> De conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución, «las normas relativas a los Derechos Fundamentales y a las Libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», y entre estos Convenios se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuyos preceptos son objeto de interpretación por el CDH, cuya estructura orgánica se desarrolla en la parte IV del Pacto (artículos 28 y ss.), y se complementa por el Protocolo Facultativo, en el que se establece la posibilidad de que «todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita» (artículo 2), lo que dio lugar al pronunciamiento del Comité.

me a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado. Así, entiende la Sala que «Esta interpretación es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los artículos 6.1 CEDH y 2 del Protocolo 7 del citado Convenio (STEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia, que declara conforme al artículo 2 del Protocolo 7 el modelo de casación francés, en el que se revisa solo la aplicación del Derecho)»<sup>45</sup>.

En consecuencia, la Sala Quinta afirma que, desde el prisma de la falta de fuerza vinculante de los dictámenes del Comité y considerando la amplitud de la función que ejerce el recurso de casación en nuestro ordenamiento, se evidencia que la estructura legal del recurso de casación satisface el derecho de todo justiciable a una segunda instancia<sup>46</sup>.

Continuando con el análisis de la jurisprudencia de la Sala Quinta, la sentencia de 20 de diciembre de 2013 examina un recurso de casación que se fundamentaba en discrepancias con el Tribunal Militar Territorial basadas en la falta de credibilidad que este había concedido al testimonio prestado por la recurrente, como víctima de los hechos imputados en las actuaciones, denunciando la equivocación de los juzgadores de la instancia al valorar la prueba practicada. Pues bien, la Sala recuerda que, ante la posible revisión de la convicción probatoria adquirida por el Tribunal *a quo* respecto de las pruebas personales practicadas ante él en la vista oral, existe una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que, asumiendo la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha pronunciado sobre esta cuestión<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> En el mismo sentido, SSTC 80/2003, de 28 de abril; 105/2003, de 2 de junio; 123/2005, de 12 de mayo; 296/2005, de 21 de noviembre, y 136/2006, de 8 de mayo.

<sup>46</sup> *Vid. infra* pp. 52 y ss.

<sup>47</sup> *Vid.* las recientes sentencias del Tribunal Constitucional 127/2010, 45/2011 y 46/2011, así como las sentencias 1223/2011, 164/2012 y 670/2012 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

También respecto de esta cuestión se ha venido reiteradamente pronunciando la Sala Quinta, habiéndolo hecho así en sentencias de 26 de abril y 9 de diciembre de 2012 y 23 de enero y 31 de octubre de 2013, señalándose en la primera de ellas que «la doctrina del Tribunal Constitucional, a raíz de su sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, continuada por otras muchas en el mismo sentido (SSTC 258/2007, de 18 de diciembre; 49/2009, de 23 de febrero; 30/2010, de 17 de mayo; 127/2010, de 29 de noviembre, y más recientemente las 107/2011, de 20 de junio; 135/2011, de 12 de septiembre, y 142/2011, de 26 de septiembre), es contundente en cuanto a que las sentencias condenatorias dictadas resolviendo un Recurso de Apelación, deducido frente a sentencias absolutorias recaídas en la primera instancia, deben fundarse en las pruebas de cargo que se hubieran practicado ante el Tribunal superior en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez, lo que resulta de rigurosa observancia cuando se trata de pruebas personales valorables a partir de la insustituible

Así, recoge esta sentencia que el Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia 88/2013, de 11 de abril de 2013, al abordar la concreta cuestión de fondo planteada en el recurso que dio lugar a la misma, se pronuncia sobre el alcance de las garantías procesales en los casos de revisión por tribunales superiores de sentencias absolutorias en la instancia penal, analizando los criterios sentados en las SSTC 167/2002 y 184/2009 y su evolución posterior. En esta línea reitera que ello fue objeto de un detenido análisis, inspirado en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, o de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía), por el Pleno del Tribunal Constitucional en la STC 167/2002, de 18 de diciembre, FFJJ 9 a 11, según la cual «el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción», habiéndose consolidado a partir de ello una doctrina constitucional reiterada en numerosas resoluciones (entre las últimas, SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 2; 22/2013, de 31 de enero, FJ 4, o 43/2013, de 25 de febrero, FJ 5), según la cual «resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora —como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3)—, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria».

Centrándose en los supuestos de interposición de recursos ante sentencias absolutorias, la Sala Quinta recuerda las sentencias 184/2009 y 88/2013, en las que el Tribunal Constitucional significa que para com-

---

mediación que asiste al órgano judicial *a quo*. Doctrina seguida por la Sala Segunda de este Tribunal Supremo (SSTS 1000/2011, de 5 de octubre; 1217/2011, de 11 de noviembre, y más recientemente 171/2012, de 6 de marzo); y por esta Sala en sentencia, entre otras, 9 de diciembre de 2011 (vid. además STEDH 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España). Lo que resulta extensible al Recurso extraordinario de Casación en que no está previsto la práctica de cualquier prueba».

plementar las garantías del acusado «también de conformidad con la misma doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recogida en la STC 167/2002, en aquellos casos en los que se condena en segunda instancia, revocando una previa absolución, o se agravan sus consecuencias, debe igualmente atenderse a la eventual exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (artículo 24.2 CE)».

A partir de ello, se ha establecido que la exigencia de presencia del acusado en el juicio de segunda instancia se produce en los supuestos en que se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, habida cuenta de que su objeto es posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Por tanto, solo si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas, no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 6).

Señala también la Sala Quinta que el Tribunal Constitucional<sup>48</sup> advierte que «la duplicidad de derechos fundamentales que se consideran concernidos en proyección de las doctrinas establecidas en las SSTC 167/2002 y 184/2009 ha llevado a que este Tribunal haya realizado un análisis independiente de ambas cuestiones en algunos pronunciamientos (así, SSTC 184/2009; 142/2011, de 26 de septiembre, o 153/2011, de 17 de octubre). Ahora bien, atendiendo al desarrollo, fundamentación y evolución de las doctrinas jurisprudenciales derivadas de las SSTC 167/2002 y 184/2009, se pone de manifiesto no solo la íntima interconexión de los criterios sentados con dichos pronunciamientos, sino también que tienen un fundamento común, al englobarse de manera inescindible la exigencia de inmediación probatoria y el derecho del acusado absuelto a ser oído, que no es sino una concreta manifestación del principio de contradicción, en el más genérico derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). De ahí que este Tribunal también haya optado en otros pronunciamientos por hacer un análisis integrado y conjunto de ambos aspectos (así, SSTC 135/2011, de

<sup>48</sup> Sentencia 88/2013.

12 de septiembre, FJ 3, y 126/2012, de 18 de junio, FJ 4) (...) <<vulnera el derecho a un proceso...>> con todas las garantías (artículo 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal».

Finalmente, la Sala Quinta concluye que, como ha señalado la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia 670/2012, de 19 de julio, «Las pautas hermenéuticas que viene marcando el Tribunal Constitucional —que recoge a su vez la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— al aplicar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (en concreto: inmediación, contradicción y oralidad) y también del derecho de defensa en el proceso penal, hacen muy difícil la revisión de la convicción probatoria del tribunal de instancia en los casos en que concurren pruebas personales en el juicio celebrado en la instancia. Hasta tal punto ello es así que, cuando el reexamen de la sentencia recurrida no se circunscribe a cuestiones estrictamente jurídicas, es poco plausible que prosperen los recursos de apelación y casación que pretenden revisar las sentencias absolutorias o agravar la condena dictada en la instancia».

En consecuencia, con independencia de la consistencia de las objeciones y reparos de los recurrentes a la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de instancia, según la doctrina originada en la sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, del Pleno del Tribunal Constitucional, del derecho a un proceso con todas las garantías se deriva la exigencia de que solo el órgano judicial ante el que se practiquen, con plena contradicción y publicidad, pueda valorar las pruebas personales, encontrándose vedada la eventualidad de que el órgano que revise la sentencia condene a quien ha sido absuelto en la instancia, o que empeore su situación si fue condenado, «si para ello fija un nuevo relato de hechos probados que tiene su origen en la valoración de pruebas cuya práctica exige la inmediación del órgano judicial resolvente, esto es, el examen directo y por sí mismo de las partes, de los testigos o de los peritos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción» (sentencia 184/2009).

Por tanto, en el recurso de casación no resulta viable entrar a revalorar la prueba practicada ante el tribunal *a quo*, a fin de establecer una nueva versión de los hechos, porque se exigiría que se pudiera volver a practicar

la prueba y escuchar los diferentes testimonios, incluido el del acusado, y los informes periciales evacuados en el acto de la vista oral.

En definitiva, nos encontramos que en sede casacional, ante la imposibilidad de practicar la prueba que pudiera confirmar la realidad de los hechos discutidos y la culpabilidad del acusado y oír nuevamente a este, no cabe sino rechazar el recurso, lo que reitera la necesidad de implantar un recurso de apelación en nuestra jurisdicción, así como la modificación de los artículos de la LEC que regulan dicho recurso.

## 2.5. EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos (CDH) de Naciones Unidas en su dictamen de fecha 20 de julio de 2000, al analizar si el Estado español violaba el PIDCP por no garantizar un recurso que permitiera en todo caso la revisión íntegra del fallo condenatorio y la pena impuesta, y si esa labor era llevada a cabo por el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación, definió dicho derecho como una revisión íntegra del fallo y la condena. El Comité en su dictamen declaró que el sistema español vulneraba el artículo 14.5 PIDCP cuando la sentencia es solo recurrida en casación, ya que este constituía un recurso incompleto que únicamente examinaba aspectos formales y legales, pero que no permitía la revisión íntegra del fallo y la pena, que es la razón de ser del citado artículo 14.5 PIDCP.

Tras este dictamen, España fue nuevamente condenada por la violación del artículo 14.5 PIDCP —tanto en el caso *J. Semey c. España*, comunicación 986/2001, de 30 de julio de 2003, como en el caso *Sineiro Fernández c. España*, comunicación 1007/2001, de 7 de agosto de 2003—, al reiterar el Comité el razonamiento expresado en dicho dictamen. Concretamente, el Comité subraya que es el propio Tribunal Supremo el que afirma que no forma parte de sus atribuciones la realización de una nueva valoración del material probatorio en el que se basó el juzgador de primera instancia, lo que a su parecer impide de forma clara una revisión íntegra de la sentencia y del fallo condenatorio.

Posteriormente, en el caso *J. M.<sup>a</sup> Alba Cabriada c. España* (comunicación 1101/2002, de 1 de noviembre de 2004), el Comité no solo recuerda la ya señalada aseveración del Tribunal Supremo, sino que afirma que la función desarrollada por el Alto Tribunal cuando se alega la violación del derecho a la presunción de inocencia no es suficiente para garantizar el derecho reconocido en la norma internacional. Dicha argumentación aparece asimismo recogida en el caso *A. Martínez c. España* (comunicación

1104/2002, de 29 de marzo de 2005), en la que el Comité concluye que se produjo una violación del artículo 14.5 PIDCP al existir un sometimiento limitado al tribunal superior<sup>49</sup>.

González Cano<sup>50</sup> entiende que una interpretación literal del artículo 14.5 PIDCP implicaría la necesidad de arbitrar un recurso ante un órgano superior en aquellos casos en los que un acusado, absuelto por un tribunal inferior, es condenado por primera vez por el tribunal de apelación, y además supondría la incompatibilidad del sistema de aforamientos con dicho artículo dada la imposibilidad en esos supuestos de acudir a un órgano superior, extremos que ya hemos tratado en otros apartados de este trabajo<sup>51</sup>. En este sentido, ya hemos señalado que países como Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca y Francia han incluido en sus declaraciones y reservas una cláusula recogiendo su innecesariedad, y que Bélgica, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza han excepcionado la aplicación del artículo 14.5 PIDCP a los supuestos de aforamiento. Sin embargo, España ratificó el Pacto de Nueva York sin reserva ni declaración alguna, lo que implica su aceptación en los términos en los que fue redactado.

Al respecto, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han matizado los dictámenes del Comité de Derechos Humanos, afirmando que nuestro sistema cumple con los requisitos del Pacto y que el recurso de casación permite llevar a cabo la revisión del fallo condenatorio y de la pena de conformidad con las prescripciones del Pacto. Es más, de conformidad con la doctrina constitucional, también podrá comprobar si el derecho a la presunción de inocencia se ha respetado, esto es, si se ha producido prueba válida y de cargo, es decir, si la actividad probatoria se ha realizado conforme a la ley, incluida la infracción de algún derecho fundamental para su obtención, y si de su resultado puede deducirse la culpabilidad del acusado.

---

<sup>49</sup> No obstante, no sería justo obviar que el Comité, con posterioridad a los dictámenes mencionados, ha decidido la inadmisión de determinadas comunicaciones, fundamentándose para ello en la estimación de que la revisión efectuada por el Tribunal Supremo en los correspondientes recursos de casación había sido suficiente a los fines del mencionado art. 14.5 PIDCP. Así, la Decisión de 29 de marzo de 2005 (caso Parra Corral; Comunicación núm. 1356/2005), la Decisión de 25 de julio de 2005 (caso Cuartero Casado; Comunicación núm. 1399/2005), la Decisión de 28 de octubre de 2005 (caso Carvallo Villar; Comunicación núm. 1059/2002). En todos estos casos el Comité concluyó, partiendo de las consideraciones transcritas, que la queja relativa a la alegada vulneración del art. 14.5 del Pacto no se había fundamentado suficientemente a los efectos de la admisibilidad de la correspondiente Comunicación.

<sup>50</sup> GONZÁLEZ CANO, M. I., *op. cit.*, p. 36.

<sup>51</sup> *Vid. supra* aforamientos, pp. 28 y ss.; condena tras absolución en la primera instancia, pp. 37 y 48 y ss.

En este sentido, la STC 116/2006, de 24 de abril, señala, con cita de la STC 70/2002, que «a través de la invocación del artículo 24.2 CE (tanto del proceso con todas las garantías como, fundamentalmente, de la presunción de inocencia) es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas», de modo que está abierta una vía «que permite al Tribunal Supremo la “revisión íntegra”, entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba».

Asimismo, la precitada STC 116/2006 recuerda que «el Comité [de Derechos Humanos de la ONU] ha precisado [...] que el artículo 14.5 del Pacto no requiere que el Tribunal de apelación lleve a cabo un nuevo juicio sobre los hechos, sino que lleve a cabo una evaluación de las pruebas presentadas al juicio y de la forma en que este se desarrolló (decisión de 28 de marzo de 1995, comunicación 536/1993, Perera c. Australia, párr. 6.4)».

En la misma línea que el Tribunal Constitucional se pronuncia la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia 1487/2004, de 13 de diciembre, en la que recoge la doctrina de las SSTC 70/2002, 80/2003 y 105/2003, estableciendo que «Aun cuando esta conclusión general sea susceptible de matizaciones en el caso de que lo que se plantee sea la posibilidad de examinar los hechos probados, ello no es óbice para subrayar que mediante la alegación como motivo de casación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia dedujo de su contenido (STC 2/2002, de 14 de enero), lo cual permitirá entender satisfecha la garantía revisora proclamada en los preceptos internacionales invocados por el recurrente. Por su parte, esta Sala consideró la cuestión en el Pleno no jurisdiccional de 13 de septiembre de 2000, en el que se declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del PIDCP, si bien se añade que procede insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación. Y, tras el Pleno de 28 de septiembre de 2001, en ATS de 14 de diciembre siguiente, la Sala precisó que “los antiguos criterios que consideraban intangible la valoración de la

prueba realizada por el Tribunal de Instancia (la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional) han sido superados. Las reglas del criterio racional constituyen el núcleo sobre el que se articula la valoración de la prueba. La vía de la presunción de inocencia ha supuesto un importante impulso a la posibilidad de entrar, por el cauce de la casación, en el análisis y ponderación de la actividad probatoria. Por otro lado, la obligación de motivar las resoluciones judiciales y el rechazo constitucional a cualquier vestigio de arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, obliga a razonar suficientemente el proceso seguido para la valoración de la prueba. El análisis racional de la prueba es una exigencia del propio valor de la justicia; la irracionalidad y el abandono de la lógica vulneran el derecho a un juicio justo, que constituye el paradigma de un modelo de proceso penal en una sociedad democrática”. El atento examen de la realidad revela que en la práctica judicial los tribunales de apelación siguen técnicas de análisis de las sentencias sometidas a su consideración, cada vez más semejantes a las utilizadas por el tribunal a cuyo cargo está la casación, y, a la vez, que la revisión que este realiza se aproxima progresivamente a la de aquellos, a través no solo de la valoración de la legalidad o ilegalidad de la prueba, sino del contenido de la misma y verificación de si puede ser considerada incriminatoria o de cargo, o si por el contrario carece de consistencia para levantar las barreras protectoras de la presunción de inocencia».

No obstante, no parece baladí señalar que desde el Tribunal Supremo, así como desde otros órganos inferiores, se ha pedido la ampliación de la posibilidad de interponer el recurso de apelación contra todas las sentencias dictadas en primera instancia al objeto de acomodar la revisión de las mismas a las exigencias de la doble instancia, por lo que cabe concluir que realmente nos encontramos con una interpretación forzada de la normativa que regula el recurso de casación, lo que se ha traducido en diversos intentos por parte del legislador de reforma de la LECrim al objeto de adaptar la normativa española a los distintos textos internacionales que regulan la materia, entre los que obviamente se encuentra el artículo 14.5 PIDCP.

### 3. LA IMPLANTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

#### 3.1. ANTECEDENTES

La modificación de la LPM al objeto de incluir la posibilidad de interponer recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera

instancia, debe ir de la mano de la que se lleve a cabo en la LECrim para recoger en su articulado la celebración de vista cuando las cuestiones debatidas lo demanden. Por ello, me permito hacer un breve bosquejo del sistema de recursos en la jurisdicción ordinaria.

En el sistema actual de la LECrim el recurso de apelación tiene por objeto el impugnar las sentencias dictadas en primera instancia en el procedimiento de juicio de faltas (Juzgado de Instrucción, Juzgado de Violencia sobre la mujer o Juzgado de Paz), atribuyendo la competencia a la Audiencia Provincial en los dos primeros casos y al juez de instrucción en el tercero (art. 976 LECrim); y contra sentencias dictadas en primera instancia por el Juzgado de lo Penal o el Juzgado Central de lo Penal en procedimiento abreviado cuyo conocimiento incumbe, respectivamente, a la Audiencia Provincial correspondiente y a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 790 LECrim). Asimismo las sentencias dictadas en primera instancia por el Juzgado de lo Penal en procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos son apelables ante la Audiencia Provincial correspondiente (art. 803 LECrim). Además, la LECrim prevé un recurso que explícitamente denomina *de apelación* contra las sentencias dictadas, en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia, por el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado. La competencia para el conocimiento del recurso se atribuye a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente comunidad autónoma (art. 846 bis a) LECrim).

Por tanto, se establece la posibilidad de recurrir en apelación las sentencias dictadas por los órganos unipersonales, mientras que contra aquellas dictadas por órganos colegiados solo cabe interponer recurso de casación, por lo que el derecho a recurrir es inversamente proporcional a la gravedad del delito, de manera que la revisión de las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o en segunda instancia y las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia (art. 847 LECrim), al igual que las dictadas por los Tribunales Militares Territoriales y Tribunal Militar Central, se llevan a cabo a través del recurso de casación (arts. 847 LECrim y 324 LPM), que no olvidemos no reexamina los hechos probados al no contar con la intermediación y contradicción necesarias, independientemente de la vía abierta a través de los artículos 849.2.º LECrim —error en la apreciación de la prueba— y 717 LECrim —reglas del criterio racional—, respaldada por el cauce establecido por los artículos 24.2 CE y 5.4 LOPJ<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> No es preciso recordar que dicho sistema impugnativo supuso que el Comité de Derechos Humanos de la ONU emitiese diversos dictámenes en los que se declaraba que

Para paliar estas deficiencias, la LO 19/2003 de 23 de diciembre, modificó el artículo 73 LOPJ e introdujo un nuevo artículo 64 bis LOPJ con el fin de atribuir competencia para conocer del recurso de apelación a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, frente a las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales; y a la Sala de Apelación de lo Penal de la Audiencia Nacional, respecto de las dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El objetivo fundamental era crear un único procedimiento de apelación cualquiera que fuera la sentencia objeto de recurso, con exclusión de la apelación de las sentencias dictadas por el Tribunal de Jurado, que se rige por los artículos 846 bis a) y ss. LECrim.

Sin embargo, aunque de conformidad con el artículo 64 bis LOPJ la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional conocerá de los recursos de apelación que establezca la ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal, al no haberse efectuado modificación alguna en la LECrim, no se dispone cuáles son los recursos atribuidos a ella. De otra parte, el artículo 73 LOPJ también carece de viabilidad, ya que establece que la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá del recurso de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, pero la LECrim no establece resolución alguna dictada en primera instancia. Por otro lado, tampoco se han modificado los artículos 847 y 848 LECrim, lo que implica que las únicas resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales apelables ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma correspondiente (art. 846 bis a) LECrim) son las del magistrado-presidente del Tribunal del Jurado.

---

nuestro sistema de recursos incumplía lo estipulado en el art. 14.5 PIDCP al no garantizar adecuadamente el derecho de todo condenado a que su caso fuera revisado por un tribunal superior a aquel que dictó la sentencia condenatoria.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha entendido que el recurso de casación permite revisar la adecuación valorativa de la sentencia impugnada si el recurrente alega la vulneración de algún derecho fundamental. Así, el art. 5.4 LOPJ está considerado como la vía adecuada para examinar si se han respetado derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia y la existencia de una motivación fundada del fallo que permita conocer el criterio intelectual y el juicio lógico utilizado por el juzgador.

A ello habría que añadir la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional que también considera que el recurso de casación garantiza el derecho a la doble instancia basándose en una interpretación amplia de los motivos, bien invocando el art. 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba), bien citando el art. 852 LECrim (infracción de precepto constitucional) mediante la alegación directa de la vulneración de la presunción de inocencia.

Sin embargo, la doctrina señalada sobre el alcance del recurso de casación llevada a la práctica por el Tribunal Supremo ha hecho desaparecer sus límites y ha desvirtuado la principal función que dicho órgano está llamado a cumplir, consistente en la unificación de doctrina [STC 70/2002, de 3 de abril (FJ 7)].

A mayor abundamiento, la creación de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional ha sido criticada por algunos autores al considerar que no posee las características de órgano superior. Pues bien, la cuestión clave es qué entendemos por un órgano superior, esto es, si el elemento distintivo deriva únicamente de la jerarquía orgánica, por lo que solo cabría la revisión por un órgano que ocupe un rango más elevado en la estructura judicial, en este caso inexistente y de difícil creación; o si bastaría simplemente con la existencia de una jerarquía funcional, es decir, que estuviese formado por magistrados de mayor antigüedad, con méritos reconocidos y adecuados al puesto a ocupar, con unos determinados requisitos diferenciadores de los que compongan la Sala de lo Penal y con una labor independiente de fiscalización de las resoluciones judiciales definitivas dictadas por la referida Sala de lo Penal<sup>53</sup>. No cabe duda de que esta última posibilidad implica forzar el concepto de órgano superior, a lo que habrá que añadir que tanto los intentos de reforma de 2006 como de 2011 modificaban esta idea creando un sistema de recursos en el que se reforzaba el papel de los Tribunales Superiores de Justicia como órgano de apelación.

A mayor abundamiento, tanto en la reforma del recurso de amparo llevada a cabo por la LO 6/2007, de 24 de mayo, como en la ampliación del incidente de nulidad, el objetivo radicó en diversificar la labor de cada órgano judicial de manera que los inferiores ejercieran el control de la legalidad y de un adecuado enjuiciamiento, mientras que el Tribunal Constitucional se ocupara de aquellos supuestos de especial trascendencia constitucional.

Esa era también la intención de las citadas reformas del recurso de apelación, cuya finalidad era crear una segunda instancia que relevase al Tribunal Supremo de la labor hasta ahora encomendada y pasase a realizar una función unificadora de la interpretación de las normas.

### 3.2. SOLUCIONES

Las soluciones que se reflejarán en este apartado parten de la concepción de que el recurso de apelación es una garantía para todas las partes en

---

<sup>53</sup> Ciertamente es que el art 64 bis LOPJ incluye en su apartado 2.º la posibilidad de que en determinadas circunstancias los magistrados de esta Sala sean adscritos por el Consejo General del Poder Judicial total o parcialmente a otra Sala de diferente orden, extremo que dificulta su necesaria caracterización como superior, sin que por otro lado se especifique criterio alguno para pertenecer a la Sala de Apelación que los distinga de los magistrados que formen la Sala de lo Penal.

el proceso y para la sociedad en sí misma, por lo que no cabría limitar la facultad de las partes acusadoras en relación a su ejercicio, como se pretendía en la fallida reforma de 2011.

Así, dos son las reformas a abordar: por un lado, la implantación del recurso de apelación como medio de impugnación de las sentencias penales dictadas en primera instancia y la modificación de los artículos de la LECrim que lo regulan, al objeto de permitir la celebración de vista en los supuestos en los que se debata sobre cuestiones de hecho que determinen la inocencia o culpabilidad; y por otro, la reestructuración de la planta judicial de manera que todas las sentencias dictadas en primera instancia sean recurribles ante un tribunal *ad quem*. Estas reformas deberán llevarse a cabo simultáneamente tanto en la jurisdicción ordinaria como en la militar.

Por lo que se refiere a la jurisdicción ordinaria, no cabe duda alguna de que la impugnación de resoluciones definitivas dictadas por órganos unipersonales o relativas a infracciones menores no presenta dificultades dada la existencia en la jurisdicción ordinaria de tribunales superiores. Por lo que se refiere a los órganos pluripersonales, nos encontraríamos en primer lugar con un recurso de apelación contra las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado, que, como señala la doctrina, dadas las características del órgano *a quo*, no es un auténtico recurso de apelación y no cabría que un tribunal superior compuesto por magistrados modifique la apreciación que de las diligencias practicadas hayan obtenido los componentes del jurado, pues en ese caso ningún sentido ni valor tendría dicha primera instancia. En consecuencia, este recurso de apelación no posee la misma dimensión que aquellos interpuestos contra resoluciones dictadas por otros órganos judiciales y no será tomado en consideración.

En cuanto a la creación de una segunda instancia para la revisión de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, no existiría ningún problema en que dicho recurso fuera conocido por el Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma correspondiente, de conformidad con la reforma iniciada por la LO 19/2003.

Respecto al resto de órganos pluripersonales, la posibilidad de una segunda instancia es evidentemente más complicada, pues si las soluciones pasan por la creación de una Sala de Apelación en el mismo órgano, en los Tribunales Superiores de Justicia<sup>54</sup> la respuesta sería similar a la señalada

---

<sup>54</sup> Recordemos que para el conocimiento de las causas penales los Estatutos de Autonomía reservan a los Tribunales Superiores de Justicia la instrucción y el fallo de las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal, por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la comunidad autónoma, siempre que esta atribu-

para la Audiencia Nacional, ya que se plantearían serias dudas sobre su carácter de órgano superior, aunque podría ser soslayado exigiendo que los magistrados que la compusieran ostentaran unos requisitos previamente establecidos que les otorguen una especialización o posición superior respecto a los órganos cuyas decisiones deben revisar, si bien ello no parece la solución más adecuada.

Por ello, considero que una posibilidad más acorde con el concepto de jerarquía sería la creación de un Tribunal de Apelaciones como órgano superior a los Tribunales Superiores de Justicia y a la Audiencia Nacional enmarcado en el propio Tribunal Supremo.

Por lo que se refiere a los aforados, tanto la jurisprudencia constitucional como el Protocolo 7 al CEDH reconocen su carácter de excepción a la regla general de la exigencia de una segunda instancia, al igual que las condenas en segunda instancia tras la absolución inicial. No obstante, como ya se ha señalado anteriormente, no hay que olvidar que España no realizó reserva alguna al artículo 14.5 PIDCP. Por ello, en el tema concreto de los aforamientos ante el Tribunal Supremo, cabría la creación de dos Secciones, una de Primera Instancia y otra de Apelación, designándose un instructor que no formara parte de ninguna de ambas Secciones. No obstante, podría ser puesto en tela de juicio el carácter de órgano superior de dicha Sección de Apelaciones.

Centrándonos en la jurisdicción militar, expondré las razones que aconsejan una reforma en el ámbito jurisdiccional militar.

En primer lugar, señalar que dejaré a un lado los debates doctrinales que puedan existir sobre otras modificaciones procesales generales que podrían abordarse en la LPM, así como los específicos problemas que aquejan a la jurisdicción ordinaria y que la doctrina y el legislador anudan a la reforma del sistema de recursos, como por ejemplo la sobrecarga de trabajo por la acumulación de asuntos que sufre la Sala Segunda del Tribunal Supremo o la consideración como fundamental de la labor de dicho Tribunal en la creación de una jurisprudencia unificada respecto a todos los delitos contemplados en el Código Penal, ya que entiendo que estos no pueden convertirse en un elemento primordial para la modificación de nuestro sistema de recursos, si bien la labor de unificación de doctrina emana de forma natural de las soluciones que se plantean en este trabajo.

---

ción no corresponda al Tribunal Supremo. Se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor que no formará parte de la misma para enjuiciarlas (arts. 73.3.b) y 73.4 LOPJ).

Al contrario, la piedra angular de la reforma debería ser en la defensa y protección de los derechos fundamentales, en concreto el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías, ya que las garantías y derechos que corresponden al justiciable han de ser los mismos en el proceso penal militar que en el proceso penal común, y tanto uno como otro debe respetar el ordenamiento jurídico patrio y cumplir con las exigencias derivadas de los Tratados suscritos. En consecuencia, no existiendo duda alguna sobre la necesidad de adecuación de nuestro ordenamiento a las disposiciones del Pacto, no solo respecto al sistema procesal común, sino también al militar, sería necesaria la modificación del sistema de recursos mediante la implantación de un recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los Tribunales Militares, a lo que se añadiría como consecuencia lógica, la modificación del recurso de casación, que quedaría encuadrado dentro de la labor nomofiláctica del Tribunal Supremo.

Así, no existiría problema alguno en relación a las sentencias dictadas por los Tribunales Militares Territoriales, ya que el recurso de apelación sería conocido por el Tribunal Militar Central. En cuanto al recurso de apelación contra las sentencias dictadas por este en primera instancia, incluidas las de aforados, se resolvería por una Sala de Apelaciones creada *ad hoc* en la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Finalmente y en relación a los supuestos de aforamientos, debería crearse en el Tribunal Supremo una Sala de Primera Instancia que, tras la instrucción de la causa por el magistrado designado, conociera del enjuiciamiento, lo que además permitiría que la sentencia fuera recurrible en apelación ante otra Sección de la Sala Quinta. Evidentemente no podría hablarse de una revisión del fallo condenatorio por un órgano superior, pero al menos el enjuiciamiento sería revisado.

Sin duda ello sería una excepción dentro de la labor de unificación de doctrina en la que, como se ha señalado, se pretende se centre el Tribunal Supremo, pero estimo que sería beneficioso la existencia de un sistema que permita un examen posterior de las sentencias dictadas en única instancia. Con ello la posibilidad de instaurar un recurso de casación respecto a las sentencias dictadas en resolución de los recursos de apelación en el enjuiciamiento de los delitos recogidos en el Código Penal que tenga como finalidad la unificación de la doctrina, acompañada de la generalización de la segunda instancia, sería un objetivo menos lejano.

Otro posible organigrama partiría de la existencia de al menos dos Juzgados Togados Militares Territoriales en todos los territorios, de manera que uno instruiría la causa y el segundo sería el competente para el enjuici-

ciamiento de los hechos. La sentencia podría ser recurrida ante el Tribunal Militar Territorial correspondiente. La misma regla se aplicaría a los Juzgados Togados Centrales, de modo que el que conozca de la instrucción de la causa remitiría esta, una vez instruida, a su homólogo para el enjuiciamiento, y la sentencia recurrida en apelación sería examinada por el Tribunal Militar Central, lo que incluiría el supuesto de los aforamientos. Ello significaría que tanto los Tribunales Territoriales como el Central perderían la competencia de enjuiciamiento que hasta ahora ostentaban, convirtiéndose en órganos de apelación<sup>55</sup>.

Sin embargo, cabe resaltar que este nuevo sistema conllevaría que, si se mantiene la premisa de que el juzgador debe poseer un empleo superior al acusado, los jueces togados deberían ostentar necesariamente el empleo de comandante auditor y los jueces togados centrales el de general auditor, lo que en este concreto supuesto conllevaría un problema de plantilla totalmente ajeno al estrictamente jurídico, si bien podría ser resuelto disminuyendo el número de generales auditores en el Tribunal Militar Central, que pasarían a ejercer labores de jueces togados centrales.

Otra opción que cabría plantearse, en su caso, sería que las vacantes de jueces togados, que en este nuevo sistema estarían llamados a juzgar, pudiesen ser ocupadas por miembros del Cuerpo Jurídico Militar de igual empleo que el máximo que pudiesen ostentar los procesados, esto es, capitán en el caso de los Juzgados Togados y coronel, como hasta ahora, los titulares de los Juzgados Centrales. No obstante, encuentro la primera de las opciones más adecuada a nuestra orgánica.

### 3. CONCLUSIONES

**I.** La Constitución española no recoge expresamente el derecho a los recursos, si bien el derecho al recurso de quien ha sido condenado en sentencia penal ha sido ubicado por el Tribunal Constitucional en el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), lo que conlleva una obligación impuesta al legislador en cuanto a su existencia y regulación. Por el contrario, dicho Tribunal ha incluido el derecho genérico a los recursos en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), por lo que su delimitación ha quedado circunscrita a un derecho de configuración

---

<sup>55</sup> No obstante, surge la cuestión relativa a la resolución de los recursos contencioso disciplinarios que, siguiendo la línea argumental expuesta, también serían conocidos por los Juzgados Togados Territoriales y Centrales.

legal, esto es, para poder ser invocado se precisa que haya sido previamente establecido por el legislador.

No obstante, a mi entender, la ubicación del derecho al recurso en el derecho a un proceso con todas las garantías hubiese sido más adecuado dadas las consecuencias que de ello se derivarían, entre ellas, como acabo de señalar, la de crear la obligación de establecer recursos contra todas las resoluciones judiciales dictadas en primera instancia, teniendo esta concepción especial trascendencia en el campo penal, ya que podría ser invocado por igual tanto a las partes acusadas como a las acusadoras. Sin embargo, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional ha proclamado en innumerables ocasiones que estas últimas no poseen un derecho a la condena del acusado (apartado 1.2).

**II.** Además, desde mi percepción, el derecho al recurso debe ser concebido como el medio otorgado a las partes en el proceso para obtener la revisión del enjuiciamiento llevado a cabo en la primera instancia, que no una repetición íntegra del mismo, no solo en lo que se refiere al acierto de la decisión final, sino también en cuanto al desarrollo del mismo. En apoyo de la argumentación aquí defendida, parto de la concepción del derecho al recurso no como búsqueda del castigo del culpable en segunda instancia, sobre todo ante sentencias absolutorias, sino de comprobación del cumplimiento de todas las garantías establecidas en la tramitación de los procedimientos judiciales y de revisión de la racionalidad de la decisión.

Así, centrándonos en las partes acusadoras, el Ministerio Fiscal desempeña el papel de garante de los intereses de toda la sociedad, protección del principio de legalidad y confianza en el sistema judicial. Por otro lado, tampoco debe menospreciarse el derecho de la víctima a la defensa de sus intereses, máxime cuando ante una sentencia absolutoria el acusado puede solicitar la apertura de un procedimiento judicial por denuncia falsa contra la que hasta entonces tenía aquella consideración.

Por ello, entiendo que una correcta ponderación de los derechos e intereses en juego debe conllevar una regulación del derecho a los recursos de todas las partes del proceso penal como el único medio o garantía de revisión y constatación de que las resoluciones judiciales no son contrarias a la legalidad o arbitrarias, lo que necesariamente afianza la confianza en el sistema judicial y en la consecución de la seguridad jurídica.

Además, estimo que el recurso de apelación interpuesto por las partes acusadoras contra una sentencia absolutoria o condenatoria que se considera benigna no debe ser entendido como un ataque a la presunción de inocencia, que queda intacta, ni como el ejercicio de un derecho a la condena, sino como una solicitud de comprobación del correcto enjuiciamiento de

los hechos objeto del proceso y que este se ha llevado a cabo con respecto a la legalidad, tal y como establecen los artículos 9.3 y 117 CE. De este modo, la protección otorgada vía recurso superaría los intereses particulares, teniendo como objetivo transmitir a la sociedad confianza en el sistema judicial.

Es más, si bien las propuestas de reforma de la LECrim parecen encaminadas a limitar el derecho de las partes acusadoras a interponer recurso con base en distintas argumentaciones, creo necesario hacer constar que no deberían limitarse determinados derechos que forma parte de nuestro acervo judicial (apartado 1.2).

**III.** En otro orden de cosas, y centrándonos en el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena por un órgano superior, el sistema de recursos establecido en nuestro ordenamiento jurídico ha sido puesto en entredicho por el TEDH y el CDH, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Constitucional ha mantenido que el recurso de casación contaría con los requisitos necesarios para que una correcta revisión de la condena fuera llevada a cabo. Es comprensible que por nuestros Tribunales se intente justificar la existencia de una doble instancia en materia penal como sometimiento al tribunal superior acorde con lo establecido en el artículo 14.5 del Pacto; sin embargo, afirmar sin fisuras que la casación cumple esos fines no sería correcto, al igual que, desde la sentencia del caso Ekbatani, no cabe duda de que los artículos de la LECrim que regulan el recurso de apelación no se adecúan a la jurisprudencia establecida por el TEDH y posteriormente acogida por el Tribunal Constitucional, ya que nuestro sistema, próximo a la apelación restringida, no recoge la posibilidad de la repetición de las pruebas ya practicadas en la primera instancia de forma generalizada (apartado 2.3).

Claro ejemplo de ello es la evolución de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Supremo, y los razonamientos de los diferentes órganos judiciales de nivel inferior al respecto, así como los intentos del legislador de reformar el recurso de apelación de manera que todas las sentencias dictadas en primera instancia sean recurribles ante un tribunal superior.

En definitiva, independientemente de la denominación del recurso, me parece imprescindible que las sentencias dictadas en nuestra jurisdicción cumplan de forma clara los requisitos establecidos por los Tratados internacionales suscritos por España, lo que implica, como mínimo, la revisión íntegra del fallo condenatorio y la pena por un órgano superior.

En consecuencia, vistas las sentencias dictadas por el TEDH y los dictámenes del CDH, solo se puede afirmar que la reforma de nuestro sistema

de recursos, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la militar, se hace cada día más imprescindible, sobre todo por lo que respecta al articulado del recurso de apelación recogido en la LECrim, dada la difícil adecuación de su articulado a la jurisprudencia constitucional (apartado 2.5).

IV. Por tanto, vistas las sentencias del Tribunal Constitucional, que recogen a su vez la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, en concreto, los principios de inmediación, contradicción y oralidad y el derecho de defensa en el proceso penal, no cabe duda de que no podrán prosperar los recursos de apelación y casación que pretendan revisar sentencias absolutorias o agravar la condena dictada en la instancia cuando el reexamen de la sentencia recurrida vaya más allá de meras cuestiones jurídicas.

Por tanto, solo el órgano judicial ante el que se practiquen, con plena contradicción y publicidad, pruebas personales podrá establecer una nueva versión de los hechos. Esta afirmación cobra especial relevancia en el supuesto de los tribunales que revisen sentencias absolutorias, ya que cuando se debatan cuestiones de hecho de las que se deriven la determinación de la inocencia o culpabilidad, será necesario que se pueda volver a practicar la prueba y a escuchar los diferentes testimonios, incluido el del acusado, así como los informes periciales evacuados en el acto de la vista oral, lo que no resulta viable en el actual recurso de casación.

Por tanto, nos encontramos con que en sede casacional, ante la imposibilidad de practicar la prueba que pudiera confirmar la realidad de los hechos discutidos y la culpabilidad del acusado y oír nuevamente a este, no cabe sino rechazar el recurso y confirmar la sentencia absolutoria dictada en la instancia, lo que reitera la necesidad de implantar un recurso de apelación en nuestra jurisdicción, así como la modificación de los artículos de la LECrim que regulan dicho recurso (apartado 2.4).

V. Por lo que se refiere a los aforados, tanto la jurisprudencia constitucional como el Protocolo 7 al CEDH reconocen su carácter de excepción a la regla general de la exigencia de una segunda instancia, al igual que en los supuestos de condenas por el tribunal *ad quem* tras la absolución inicial. Sin embargo, no hay que olvidar que España no realizó reserva alguna al artículo 14.5 PIDCP, tal y como llevaron a cabo otros países.

Por ello, en el tema concreto de los aforamientos ante el Tribunal Supremo, entiendo que sería necesario crear una vía que permitiese una revisión del fallo condenatorio y la pena. Así, la creación de dos Secciones, esto es, una Primera Instancia y otra de Apelación, designándose un instructor que no formara parte de ninguna de ambas Secciones, podría paliar

la inexistencia de una doble instancia. No obstante, cabría poner en tela de juicio el carácter de órgano superior de dicha Sección de Apelaciones, si bien dado que el Tribunal Supremo se encuentra situado en el vértice de la pirámide del organigrama judicial, difícilmente la revisión podría ser llevada a cabo por un órgano que contase con todas las características que son predicables de un órgano superior (apartado 1.4.A).

**VI.** En cuanto a la extensión de esta excepción a quienes no siendo aforados son juzgados por el Tribunal Supremo al apreciarse conexidad respecto a los hechos cometidos por quienes sí lo son, si desde el punto de vista del enjuiciamiento es la solución más apropiada al objeto de evitar duplicidad de procesos y un adecuado conocimiento de los hechos, no cabe duda de que desde la perspectiva del no aforado ello supone, a pesar de la garantía de ser juzgado por el más Alto Tribunal, la privación de su derecho a que un fallo condenatorio y su pena sean revisados por una segunda instancia, quedando sometido a la regulación aplicable al aforado. Por ello, la posibilidad de arbitrar un recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal Supremo paliaría de alguna manera la cercenación del derecho al recurso a la que se somete a los no aforados cuando son enjuiciados por criterios de conexidad junto con aforados (apartado 1.4.B).

**VII.** En conclusión, lo más adecuado sería establecer en el proceso penal un recurso de apelación contra todas las resoluciones definitivas dictadas en primera instancia, ya que no cabe duda de la necesidad de que todas las sentencias sean revisadas por un órgano superior, máxime aquellas que implican condenas de mayor gravedad. Además, por lo que respecta a la jurisdicción militar, dicha necesidad es más acuciante, ya que nuestro sistema de recursos contra sentencia y autos de sobreseimiento definitivo se basa en la única instancia.

A ello habría que añadir la inexistencia de razones de peso que determinen un distinto régimen de recursos entre la jurisdicción ordinaria y la militar, lo cual solo conlleva una percepción de nuestra jurisdicción como un ente diferente, o al margen de parte de las reglas generales, que considero en nada nos beneficia (apartado 3.2).

En definitiva, la modificación de los artículos de la LECrim que regulan el recurso de apelación al objeto de permitir la celebración de vista en los supuestos en los que se debata sobre cuestiones de hecho que determinen la inocencia o culpabilidad es prioritaria, así como su implantación en la Jurisdicción militar. No obstante, no ha de olvidarse la característica esencial del recurso de apelación, esto es, su carácter restringido, por lo que no abogamos por una repetición íntegra del juicio, sino por una revisión íntegra de la condena y el fallo (apartado 2.2).

**VIII.** Dejando a un lado los debates doctrinales que puedan existir sobre modificaciones procesales generales que deban abordarse en la LPM, la posición a adoptar sobre si resulta necesaria o no la reforma del sistema de recursos en el ámbito procesal militar deberá estar ligada a la reforma que se pretende llevar a cabo en el proceso común. Es más, debió iniciarse con la LO 19/03, de 23 de diciembre, que modificaba la LOPJ, y cuyo objetivo era la generalización de la doble instancia en la jurisdicción ordinaria, si bien, como en otras reformas, nuestra Ley Procesal no fue incluida.

En cuanto a la jurisdicción militar, considero que sería acertado idear un sistema similar al que se cree para la jurisdicción ordinaria. No obstante, el primer escollo lo encontramos en el empleo que deben ostentar los componentes de los distintos órganos de instrucción y enjuiciamiento, lo que dificulta determinadas reformas, como veremos más adelante. Así, no existiría problema alguno en relación a las sentencias dictadas por los Tribunales Militares Territoriales, ya que el recurso de apelación sería conocido por el Tribunal Militar Central. En cuanto al recurso de apelación contra las sentencias dictadas por este en primera instancia, incluidas las de aforados, se resolvería por una Sala de Apelaciones creada *ad hoc* en la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Finalmente, y en relación a los supuestos de aforamientos, debería crearse en el Tribunal Supremo una Sala de Primera Instancia que, tras la instrucción de la causa por el magistrado designado, conociera del enjuiciamiento, lo que además permitiría que la sentencia fuera recurrible en apelación ante otra Sección de la Sala Quinta.

Evidentemente no podría hablarse de una revisión del fallo condenatorio por un órgano superior, pero al menos el enjuiciamiento sería revisado. Sin duda ello sería una excepción dentro de la labor de unificación de doctrina en la que se pretende se centre el Tribunal Supremo, pero estimo que sería beneficioso la existencia de un sistema que permita un examen posterior de las sentencias dictadas en única instancia.

En definitiva, con ello la posibilidad de instaurar un recurso de casación respecto a las sentencias dictadas en resolución de los recursos de apelación en el enjuiciamiento de los delitos recogidos en el Código Penal que tenga como finalidad la unificación de la doctrina, acompañada de la generalización de la segunda instancia, sería un objetivo menos lejano (apartado 3.2).

**IX.** Otro posible organigrama partiría de la existencia de al menos dos Juzgados Togados Militares Territoriales en todos los territorios, de manera que uno de ellos instruiría la causa y el segundo sería el competente para el enjuiciamiento de los hechos. La sentencia podría ser recurrida ante el

Tribunal Militar Territorial correspondiente. La misma regla se aplicaría a los Juzgados Togados Centrales, de modo que el que conociera la instrucción de la causa remitiría esta, una vez terminada, a su homólogo para el enjuiciamiento, y la sentencia recurrida en apelación sería examinada por el Tribunal Militar Central, lo que incluiría el supuesto de los aforamientos. Evidentemente, ello significaría que tanto los Tribunales Territoriales como el Central perderían la competencia de enjuiciamiento que hasta ahora ostentaban, convirtiéndose en órganos de apelación.

Sin embargo, cabe resaltar que este nuevo sistema conllevaría que si se mantiene la premisa de que el juzgador debe poseer un empleo superior al acusado, los jueces togados tendrían que ostentar necesariamente el empleo de comandante auditor y los jueces togados centrales el de general auditor, lo que en este concreto supuesto supondría un problema de plantilla totalmente ajeno al estrictamente jurídico. Una posible solución sería la modificación del número de generales auditores que componen el Tribunal Central, de manera que las vacantes de los jueces togados centrales pudiesen ser cubiertas por dichos oficiales generales.

Otra opción que cabría plantearse es que las vacantes de jueces togados, que en este nuevo sistema estarían llamados a juzgar, pudiesen ser ocupadas por miembros del Cuerpo Jurídico Militar de igual empleo que el máximo que pudiesen ostentar los procesados, esto es, capitán en el caso de los territoriales y coronel, como hasta ahora, los titulares de los Juzgados Centrales (apartado 3.2).

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, Teresa, «El recurso penal ante la Reforma de La Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Revista Jurídica de Catalunya* 1, 2005, pp. 53-83.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «Doble instancia y principio de inmediación (A propósito de la llamada «doble instancia»)», *Actualidad Penal* 12, 2002, pp. 277-298.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, «La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio», *Revista de Derecho Procesal* 3-4, 2011, pp. 121-132.
- CACHÓN VILLAR, Pablo, «La doble instancia penal y el recurso de casación», *Revista Jurídica de Castilla y León* 10, 2006, pp. 13-64.
- DE MARCOS VALTIERRA, Concepción, «La doble instancia en el proceso penal: Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitu-

- cional 167/2002, de 18 de septiembre», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 16, BIB 2004\1746, 2004, <[www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)> [consultado el 10 de noviembre de 2011, a las 10:21].
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, «Observaciones de urgencia al Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y se generaliza la doble instancia penal (versión 15/12/2005)», *Diario La Ley* 6434, 2006, <<http://diariolaley.laley.es>> [consultado el 3 de marzo de 2006, a las 20:00].
  - FERNÁNDEZ PÉREZ, José Alfredo, «Sistema de recursos, doble instancia y proceso penal militar», *Estudios de Derecho Militar*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 2009, pp. 9-144.
  - GARBERÍ LLOBREGAT, José:
  - «La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 331, 1998, <<http://www.westlaw.es>>, BIB 1998/538, [consultado el 29 de octubre de 2003, a las 20:30].
  - «Apuntes para la urgente reforma de la segunda instancia penal», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 647, 2004, <<http://www.westlaw.es>>, BIB 2004\1773, [consultado el 10 de noviembre de 2011, a las 10:30].
  - «El alcanzable mito de la segunda instancia penal», *Diario La Ley* 6507, 2006, <<http://diariolaley.laley.es>> [consultado el 3 de marzo de 2006, a las 20:00].
  - GIMENO SENDRA, Vicente, «La intermediación en la 2.<sup>a</sup> instancia y las sentencias arbitrarias de la primera», *Diario La Ley* 6876, 2008, pp. 1-4, <<http://diariolaley.laley.es>> [consultado el 27 de noviembre de 2009, a las 20:00].
  - GÓMEZ DEL CASTILLO, Manuel M., *Jácena* 50, <<http://www.coaajtja.com/articulo.asp?Nu=50&Or=2>> [consultado el 28 de marzo de 2012, a las 20:44].
  - GONZÁLEZ CANO, M.<sup>a</sup> Isabel, «El dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español», *Revista Tribunales de Justicia* 2, 2001, pp. 31-41.
  - GONZÁLEZ PASTOR, Carmen Paloma:
  - «El juicio de faltas y la aplicación de la nueva doctrina del TC en las sentencias 167 y 170/2002», *Diario La Ley* 5766, 2003, <<http://diariolaley.laley.es>> [consultado el 8 de febrero de 2005, a las 20:00].
  - «¿Resulta acorde la normativa procesal penal española en materia de recursos con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de

- Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966?», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 600, 2003, <<http://www.westlaw.es>>, BIB 2003/1356 [consultado el 10 de noviembre de 2011, a las 10:47].
- GÓMEZ RECIO, Fernando, «La sentencia 167/2002 del Tribunal Constitucional, o cómo abrir la Caja de Pandora en el recurso de apelación penal», *Diario La Ley* 5871, 2003, <<http://diariolaley.laley.es>> [consultado el 8 de febrero de 2005, a las 21:00].
  - HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *Curso de Derecho Penal Militar Español*, Barcelona, Bosch, 1991.
  - MAGRO SERVET, Vicente, «¿Pueden las Audiencias Provinciales revocar las sentencias absolutorias de los Juzgados de lo Penal sin oír al acusado? Las sentencias del Tribunal Constitucional 167/2000 y 170/2000», *Diario La Ley* 5677, 2002, <<http://diariolaley.laley.es>> [consultado el 8 de febrero de 2005, a las 18:56].
  - MARTÍN PALLÍN, J. Antonio, «Puesta en marcha de las previsiones de la doble instancia por parte de España por condena del Comité de Derechos Humanos», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 615, 2004, pp. 10-12.
  - MARTÍNEZ PARDO, Vicente José, «El recurso de casación penal como segunda instancia», 2002, <[http://enj.org/portal/biblioteca/penal/medios\\_impugnacion/6.pdf](http://enj.org/portal/biblioteca/penal/medios_impugnacion/6.pdf)> [consultado el 28 de marzo de 2012, a las 22:15].
  - MIRANDA ESTRAMPES, M., *La reforma del Proceso Penal. Comentarios al Procedimiento Abreviado, Juicios Rápidos y Juicios de Falta*, Primera parte, Capítulo VI (De la impugnación de la sentencia. Arts. 790 a 793), Bosch, 2003, <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/vi-impugnacion-sentencia-arts-790-793-205866>> [consultado el 9 de noviembre de 2011, a las 20:25].
  - MORENO CATENA, Víctor, «La apelación penal. Un derecho fundamental», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 615, 2004, pp. 1-5.
  - NAVARRO HERNÁN, Manuel:
  - *Recursos y otros medios de impugnación, Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Dijusa, 2001, pp. 67-122 (Del recurso de apelación), <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/recurso-n-43956251>> [consultado el 9 de noviembre de 2011, a las 19:58].
  - *Recursos y otros medios de impugnación. Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Dijusa, 2001, pp. 219-276 (Del recurso de casación), <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/recurso-n-43956254>> [consultado el 9 de noviembre de 2011, a las 20:08].

- OLLÉ SESÉ, Manuel, «España incumple el Derecho Internacional», *Tribunal Libre*, <<http://www.almendron.com.tribunal/>> [consultado el 11 de noviembre de 2011, a las 12:45].
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús, «La configuración del derecho a los recursos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Constitución Española de 1978», *Revista Xurídica Galega* 21, 1998, pp. 47-61.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, «La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Fundamento del Derecho a la Doble Instancia», *Diario La Ley* 6566, 2006, <<http://diariolaley.laley.es>> [consultado el 9 de octubre de 2006, a las 18:15].
- PULIDO QUECEDO, Manuel, «La ejecución del dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre revisión de condena penal ante la Sala Segunda del TS», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 615, 2004, pp. 6-8.
- RODRÍGUEZ RUBIO, Carmen:
  - *Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma*, Dykinson, 2008, pp. 95-107 (Los recursos contra resoluciones de dirección procesal), <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/recursos-resoluciones-direccion-procesal-55883858>> [consultado el 11 de noviembre de 2011, a las 10:43].
  - *Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma*, Dykinson, 2008, pp. 111-141 (La segunda instancia), <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/segunda-instancia-55883859>> [consultado el 11 de noviembre de 2011, a las 10:47].
- *La eficacia de las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*, <<http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/4546/1/EI%20Comit%C3%A9%20de%20Derechos%20Humanos.pdf>> [consultado el 11 de noviembre de 2011, a las 11:38].
- ROJAS CARO, José, *Derecho Procesal Penal Militar*, Barcelona, Bosch, 1991.
- TODOLÍ GÓMEZ, Arturo, «Doctrina jurisprudencial y reforma legal respecto de la segunda instancia penal por delitos graves», *Revista Internauta de Práctica Jurídica* 19, 2007, <[http://www.ripj.com/art\\_jcos/art\\_jcos/num19/RIPJ\\_19/na/19-27.pdf](http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/na/19-27.pdf)> [consultado el 11 de noviembre de 2011, a las 11:44].
- TUERO MADIEVO, Manuel A., *El derecho a la segunda instancia penal*, <<http://tuerosanchezyasociados.com/blog/?p=8#comments>> [consultado el 11 de noviembre de 2011, a las 11:18].

- VARELA CASTRO, Luciano, «El nuevo sistema de recurso de apelación contra sentencias», *Revista Xurídica Galega* 47, 2005, pp. 14-45.
- VECINA CIFUENTES, Javier, «Observaciones urgentes a la proyectada reforma de los recursos de apelación y casación en el orden penal», *Revista Jueces para la Democracia* 56, 2006, pp. 56-74.
- VIEIRA MORANTE, F. Javier, «Contradicción e inmediación en la práctica de las pruebas y su valoración en segunda instancia», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 563, 2003, pp. 1 y 5-6.



# EL VALOR VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU RELACIÓN CON LA JURISDICCIÓN MILITAR

Jacobo López Barja de Quiroga  
*Magistrado de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo*

## SUMARIO:

I. Introducción. II. La vinculación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. III. Los derechos de la Carta. IV. En relación con la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

## I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el Tribunal de casación fue creado en Francia en 1790 (mediante Decreto de 1 de mayo de 1790, de la Asamblea nacional constituyente) para controlar la actuación de los jueces en la aplicación de la ley. Los jueces no podían interpretar la ley, únicamente debían aplicarla; esto era, en cierta medida, una consecuencia de las ideas de la Ilustración; en efecto, para Montesquieu, los jueces eran simplemente la boca que pronuncia las palabras de la ley; así como la desconfianza que los revolucionarios tenían respecto a los jueces, pues pensaban que por vía de la interpretación los jueces no aplicarían las leyes derivadas de la Revolución, sino que iban a continuar manteniendo una interpretación acorde con las ideas anteriores a la Revolución. De manera que en esa línea de pensamiento se estableció el denominado *référé législatif*, mediante el cual el juez debía enviar, en los

casos conflictivos, la cuestión al órgano legislativo, para que este la resolviera. Evidentemente, con un encuadre así, sin que los jueces interpreten la ley, no es posible pensar en ninguna vinculación que no sea al órgano legislativo. Debe indicarse que el sistema del *référé législatif* fue abolido por el Código de Napoleón en 1804.

Pero lo cierto es que la aplicación de la ley comporta necesariamente su interpretación. No es posible una subsunción sin examinar la norma y conocer su sentido, de ahí que la interpretación de la ley sea consustancial a la labor judicial.

Precisamente, por tradición se le ha negado a la jurisprudencia el carácter de fuente del derecho, y cuando posteriormente se ha aceptado tanto la necesidad de la interpretación como que la interpretación de la ley es una labor creativa, sin embargo, se ha seguido manteniendo, por una parte importante de la doctrina, que la jurisprudencia no es fuente del Derecho. Pero esta afirmación no es sostenible, el derecho no está por completo en la letra de la ley, y sin duda es precisa una labor interpretativa. El derecho no puede ser estático, sino dinámico (Kelsen), y por ello se encuentra constantemente en renovación mediante su «autoproducción»; por ello Kelsen, al referirse a la jurisdicción, señala que «en manera alguna tiene esta función un carácter meramente declarativo —como lo indica la terminología *juris-dictio*, “judicatura” (*Rechtsfindung*), y como lo admite a veces la teoría—, cual si el Derecho, ya acabado en la ley, es decir, en la norma general, solo hubiera de pronunciarse o revelarse en el acto del Tribunal. Antes bien, la función de la llamada “jurisdicción” es absolutamente constitutiva, es producción jurídica en el sentido propio de la expresión. Pues el que exista una situación de hecho concreta que ha de ser enlazada con una específica consecuencia jurídica, y el que sea enlazada con la consecuencia jurídica concreta, es una relación creada solamente por la sentencia judicial». Aunque no es el momento ahora de desarrollar la cuestión relativa a la creación del Derecho, simplemente señalaremos que se denomina *fuentes del Derecho* a aquello de donde emana el Derecho, a la creación de normas vinculantes. Las fuentes pueden ser fuentes de conocimiento, que es el lugar a donde es preciso acudir para conocer el Derecho; y, por otra parte, se distingue entre fuentes formales, que hacen referencia a los modos en los que ha de aparecer recogida la ley, constituyéndose reglas que nos lo establecen, y fuentes materiales del Derecho, que es el conjunto de circunstancias de todo tipo que conforman la creación del Derecho, y por ello la jurisprudencia es una fuente material del Derecho. Y, naturalmente, es una fuente de conocimiento del Derecho. Tal vez pueda discutirse si es fuente de creación de la norma, pero esto con-

duce a una problemática en la que es innecesario entrar aquí; aunque no obstante, resaltaremos que resulta absurdo y carente de coherencia decir que la costumbre es fuente del Derecho y a continuación negar que sea fuente del Derecho la jurisprudencia.

Aceptada la premisa de que la actividad judicial (*Rechtsprechungstätigkeit* o la jurisdicción *Gerichtsbarkheit*) supone necesariamente la interpretación de la ley, así como que, desde luego, en la actualidad tal afirmación no tiene discusión, ya puede examinarse la cuestión de la vinculación de la jurisprudencia para los jueces sometidos a ella.

## II. LA VINCULACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Cuando nos acercamos al problema de la vinculación de la jurisprudencia, diversas son las cuestiones que se suscitan al respecto. Por una parte, con carácter general, el de la vinculación en sí misma: su posibilidad; y, por otra parte, con carácter más específico, en relación con ciertas materias o dependiendo de ciertos tribunales.

1. Lo primero que es preciso afirmar es que la soberanía del Estado implica la capacidad para imponer las decisiones sin que estén sometidas a un órgano superior. Esto significa que la soberanía afecta en su concepto, tanto en cuanto a las decisiones del poder ejecutivo, como legislativo, como judicial. De manera que el sometimiento a una decisión superior supone una afectación de la soberanía. Esta cuestión, de todas formas, no resulta especialmente problemática.

2. Cuando se habla del carácter vinculante de la jurisprudencia, es preciso distinguir dos efectos, o dos aspectos de esta vinculación: del tribunal consigo mismo, esto es, con lo que haya decidido con anterioridad; y la vinculación de los inferiores respecto de lo que ha decidido el tribunal superior.

Aquí nos vamos a referir a este segundo aspecto de la vinculación por ser, en principio, el que a primera vista puede parecer más problemático.

3. Tradicionalmente, en España, se ha considerado que la jurisprudencia tiene una labor de complementación del ordenamiento jurídico. Para ello se acude al catálogo de fuentes del Derecho recogido en el artículo 1.1 del Código Civil, donde taxativamente se dice que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho»; y en el artículo 1.6 del mismo Código señala que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de

modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

A este precepto se le ha extraído un partido muy escaso y afirmando siempre que la jurisprudencia no es fuente del Derecho; además, la interpretación se ha centrado en el propio precepto, como si el mismo empezara y acabara en él, cuando lo cierto es que la visión ha de ser otra completamente distinta.

Afirmar que tal catálogo es el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español es una aseveración inexacta, y la norma del artículo 1.7 del Código Civil, que establece que «los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido», es imposible de cumplir. En definitiva, lo dispuesto por el Código Civil sobre las fuentes del Derecho tiene una importancia muy escasa y una validez puramente retórica. Acudir al artículo 1 del Código Civil es colocarse en la estratosfera de la realidad jurídica española actual.

En efecto, lo que diga el Código Civil debe ser interpretado en la vida actual teniendo en cuenta todo el ordenamiento jurídico, y este incluye el Derecho comunitario, el Derecho de los Derechos Humanos y la Constitución. En este grupo el Código Civil queda como algo que no puede ser interpretado ni por sí solo ni comenzando por él. Hemos de partir de otras normas, y al respecto nos encontramos:

Los tribunales españoles se encuentran vinculados —además de a la ley—:

- Por una parte, con la jurisprudencia (ahora no es importante precisar que esta solo es la dimanante de Tribunal Supremo español) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que es vinculante.
- Por otra parte, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que es vinculante.
- También con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que es vinculante. Al respecto conviene indicar que de una vinculación a las declaraciones de constitucionalidad de las leyes se ha pasado a una vinculación absoluta, cualquiera que sea el ámbito en que recaiga; en otras palabras, ahora se incluye también la vinculación con las resoluciones de los procedimientos de amparo.
- Con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que tímidamente es vinculante (véase art. 100.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa).

4. A la vista de esto, cabe preguntarse: ¿cómo es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en general, no es vinculante para los tribunales inferiores?

Al respecto, suele oponerse —especialmente en cuanto a la vinculación de la jurisprudencia— el artículo 117.1 de la Constitución, que establece con rotundidad que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley».

Es decir, que cuando se plantea esta cuestión de manera directa, la contestación suele ser porque los tribunales solo están sometidos al imperio de la ley; en otras palabras, la independencia judicial no permite otro sometimiento que a la ley, y de ahí que no sea posible el sometimiento a lo decidido por el Tribunal Supremo.

Sin duda discrepamos de este argumento, cuyo recorrido es muy corto, pues, si es así, esto es, si la sujeción única a la ley (que se asocia a la independencia judicial) fuera la clave que impediría toda vinculación, la pregunta sería: ¿y cómo es que se admiten, o son posibles, esas otras vinculaciones a que antes nos referimos?, ¿cómo es posible la vinculación a las decisiones del TJUE, del TEDH o del Tribunal Constitucional? Además, si el Tribunal Constitucional es el máximo órgano en cuestión de garantías constitucionales, y existe vinculación con lo que este decide, el Tribunal Supremo es el máximo órgano en cuestiones de legislación ordinaria, y debería existir igualmente dicha vinculación con sus decisiones.

Conviene indicar que, aunque de manera muy tímida, con un ámbito de aplicación escaso al tratarse de un recurso en interés de ley, en la jurisdicción contencioso-administrativa ya existe la vinculación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y aunque tal vinculación fue sometida a una cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional en su sentencia de Pleno 37/2012, de 19 de marzo (dictada en Cádiz, en el oratorio de San Felipe Neri, el día en que se cumplían doscientos años de la promulgación de la Constitución española de 1812), se enfrenta al argumento de la independencia judicial y el sometimiento único de los jueces al imperio de la ley, y lo rechaza aceptando que la vinculación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo es constitucional. Dice al respecto que «ello es así, ante todo, porque el legislador, conforme a la libertad de configuración que le corresponde al establecer el régimen jurídico de los recursos y en atención a preservar intereses constitucionalmente garantizados, como lo son el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la aplicación igual del Derecho en todo el territorio nacional (arts. 1.1, 14 y 139.1 CE), ha establecido en el artículo 100.7 LJCA el carácter vinculante de la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo al resolver recursos de casación en interés de ley, lo que, aparte de ser ejercicio legítimo de las facultades del legislador, no puede en

modo alguno considerarse lesivo para la independencia judicial, que implica la sumisión al imperio de la ley (art. 117.1 CE), y que incluye también, como ya se dijo, el respeto “a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico” (STC 133/1995, FJ 5)».

Así pues, no existe obstáculo alguno para aceptar la constitucionalidad de la vinculación para los tribunales inferiores de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Que esta conclusión altere el sistema de fuentes establecido en el Código Civil es algo que carece de interés. Si la jurisprudencia es vinculante, evidentemente el sistema de fuentes del Código Civil queda alterado; pero lo cierto es que ya lo está con las vinculaciones antes indicadas, y, desde luego, esto no ha socavado los cimientos de nuestro ordenamiento jurídico.

Superado este obstáculo que era predicable de las demás vinculaciones indicadas, ahora puede ser examinada la relativa a la jurisprudencia del TJUE.

5. Aceptando estas vinculaciones, sin embargo, todavía es preciso indicar alguna cuestión más.

Comencemos con referirnos a los dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes: el sistema difuso o desconcentrado y el sistema concentrado.

El sistema difuso es aquel sistema que permite a cualquier juez controlar la constitucionalidad de la norma mediante su inaplicación. Este sistema comienza en Estados Unidos con la sentencia *Marbury v. Madison* en 1803 (5. US. 137), que considera que el examen de la constitucionalidad de una ley es «la esencia misma del deber judicial». Estima que si la base del sistema es la Constitución escrita, si los tribunales no pudieran examinar la constitucionalidad de las normas sería subvertir dicho sistema, pues se dará al órgano legislativo en la práctica el poder de no seguir los dictados de la Constitución; de aquí pueden extraerse diversas conclusiones, pero todo ello es «demasiado extravagante para ser mantenido». Por ello, no hay duda de que la Constitución debe ser examinada por los jueces; e insiste en que si un juez juró desempeñar sus funciones conforme a la Constitución de los Estados Unidos, ¿por qué no puede examinar las leyes a la luz de la Constitución? Y, concluye esta sentencia, que si este es el estado real de las cosas, esto es peor que una solemne burla.

De manera que ha de mantenerse que es esencial para todas las Constituciones escritas que una ley que repugna a la Constitución es nula, y los tribunales están obligados por la Constitución a declararlo así.

El sistema concentrado es aquel en el que un solo tribunal tiene atribuida la competencia para poder declarar la inconstitucionalidad de una ley,

de manera que los jueces no pueden declarar nula —por inconstitucional— una norma, sino que han de acudir a un tribunal concreto, que es el único que puede hacer tal declaración.

Este es el sistema español. Al menos así lo es conforme a lo establecido en sus normas. Sin embargo, cuando se trata de una norma que vaya contra el Derecho comunitario la cosa cambia. Y la cosa cambia precisamente en razón a una sentencia del TJUE y con base en la vinculación de su jurisprudencia.

En efecto, pues debe tenerse muy en cuenta la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de septiembre de 2014 (C-112/13 asunto A y B y otros). La cuestión, en lo que ahora interesa, se trata de una petición de cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La cuestión se refiere al Derecho austriaco en relación con el Derecho comunitario, pero como vamos a ver enseguida, es trasladable sin dificultad al Derecho español.

El sistema austriaco de control de constitucionalidad de las leyes es un sistema de control concentrado, de manera que los tribunales ordinarios no tienen competencia para anular las leyes ordinarias por considerarlas inconstitucionales. Los tribunales vienen obligados, en caso de duda sobre la constitucionalidad de la ley, a ponerlo en conocimiento del *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal Constitucional), el cual es el tribunal competente para, en su caso, anular la ley de que se trate.

Así pues, es un sistema muy similar al español.

Mediante la cuestión prejudicial, el tribunal austriaco solicita al Tribunal de Justicia que se determine «si el Derecho de la Unión, y en particular el artículo 267 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual los tribunales ordinarios que resuelven en apelación o en última instancia están obligados, cuando consideren que una ley nacional es contraria al artículo 47 de la Carta, a solicitar al Tribunal Constitucional, en el marco del procedimiento que se sustancia ante ellos, la anulación con carácter general de la ley en lugar de limitarse a dejar de aplicarla en el caso concreto».

Además, se añade a ello que la jurisprudencia del *Verfassungsgerichtshof* considera que los tribunales ordinarios están obligados a presentar una solicitud de anulación con respecto a la ley sospechosa de ser contraria a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; de manera que, en la práctica, los tribunales no pueden resolver el litigio dejando de aplicar una ley que consideren contraria a la indicada Carta.

En otras palabras, la cuestión es si es conforme con el Derecho de la Unión que, antes de aplicar los tribunales el Derecho de la Unión y, en su caso, dejar de aplicar una ley por ser contraria al mismo, deben acudir ante el Tribunal Constitucional del Estado; o, por el contrario, pueden directamente inaplicar cualquier ley que consideren contraria al Derecho de la Unión, que, evidentemente, incluye la Carta de Derechos Fundamentales.

En definitiva, ¿en los países de control concentrado tal sistema es conforme con el control difuso del sistema del Derecho comunitario?

Al respecto, la citada sentencia señala que «sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho de la Unión toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujese la eficacia del Derecho de la Unión por el hecho de negar al juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo a la plena eficacia de las normas de la Unión». Y añade que «así sucedería, en la hipótesis de un conflicto entre una disposición del Derecho de la Unión y una ley nacional, si la solución de dicho conflicto quedase reservada a una autoridad distinta del juez encargado de la aplicación del Derecho de la Unión, investida de una facultad de apreciación propia, aun cuando el obstáculo así resultante para la plena eficacia de dicho Derecho no fuese más que temporal».

Y, por ello, insiste en que «el Tribunal de Justicia ha señalado que un órgano jurisdiccional nacional, que conoce de un litigio relacionado con el Derecho de la Unión y considera que una disposición nacional no solo es contraria al Derecho de la Unión, sino que, además, adolece de vicios de inconstitucionalidad, no está privado de la facultad ni exento de la obligación, previstas en el artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión por el hecho de que la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición de Derecho interno requiera necesariamente un recurso previo ante el juez constitucional».

Como conclusión, el Tribunal de Justicia resuelve la cuestión prejudicial declarando que «el Derecho de la Unión, y en particular el artículo 267 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual los tribunales ordinarios que resuelven en apelación o en última instancia están obligados, cuando consideren que una ley nacional es contraria al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a solicitar al Tribunal Constitucional, durante el procedimiento, la anulación

con carácter general de la ley en lugar de limitarse a dejar de aplicarla en el caso concreto, en la medida en que el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir, tanto antes de la presentación de la referida solicitud al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre esa solicitud, que los tribunales ordinarios ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En cambio, el Derecho de la Unión, y en particular el artículo 267 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a tal normativa nacional cuando los tribunales ordinarios sigan estando facultados

- para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control general de las leyes,
- para adoptar toda medida necesaria a fin de garantizar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, y
- para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión».

En definitiva, para interponer una cuestión prejudicial no es necesario acudir al Tribunal Constitucional, pero, además, los tribunales pueden y deben no aplicar cualquier ley que consideren contraria al Derecho de la Unión, sin necesidad de acudir previamente al Tribunal Constitucional.

Así pues, de un control concentrado hemos pasado a un control difuso, en un amplio marco, pues el Derecho de la Unión incorpora la Carta de los Derechos Fundamentales, donde se incluyen muy diversos derechos de aplicación inmediata en todo tipo de procesos y jurisdicciones, civil, penal, contencioso-administrativa, laboral y militar; sin perjuicio de que su ámbito se centre en los casos en los que se aplica el Derecho de la Unión (art. 51.1 de la Carta).

### III. LOS DERECHOS DE LA CARTA

Una de las carencias más importantes dentro del Derecho comunitario ha sido una regulación de los Derechos fundamentales de la Unión.

Es cierto que el Tribunal de Justicia venía siguiendo la estela del TEDH, pero faltaba al menos un catálogo que directamente los estableciera, pues el ámbito de aplicación no era idéntico. En el año 2000 se proclamó en Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pero carecía de fuerza vinculante. Hubo que esperar al 1 de diciembre de 2009 (fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que había sido firmado el 13 de diciembre de 2007); pues en el Tratado de Lisboa, que reformó los Tratados constitutivos, es donde se afirma rotundamente el valor jurídico de la Carta. Así, en el nuevo artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea se establece que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones».

El artículo 51.1 de la Carta (versión del año 2010) establece que los Estados miembros, cuando apliquen el Derecho de la Unión, vienen obligados a respetar los derechos establecidos en la Carta, observarán sus principios y promoverán su aplicación.

Los 54 artículos de la Carta están distribuidos en siete títulos que, respectivamente, llevan por rúbrica: Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía, Justicia y Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta. En ellos se desarrollan muy diversos derechos con los que se pretende la protección de las personas dentro del marco territorial de la Unión Europea.

La cuestión principal será determinar efectivamente el ámbito de aplicación, pues los derechos reconocidos bien pudieran ser aplicables en general y no solo cuando se aplique Derecho de la Unión. Sin embargo, el artículo 51.1 de la Carta, que lleva por rúbrica «ámbito de aplicación», señala que «las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»; por lo que se deduce que la Carta solo es aplicable cuando se aplique el Derecho de la Unión.

Sin embargo, hemos de poner de manifiesto nuestra disconformidad con esta limitación en el ámbito de aplicación, teniendo en cuenta la existencia del llamado tercer pilar y que dentro de la normativa de la Unión existen múltiples Directivas y Decisiones Marco que se refieren a cuestiones penales, precisamente con la idea de dotar de uniformidad a ciertos derechos (de las víctimas y de los acusados) en el marco territorial de la Unión.

Al respecto debe señalarse el caso curioso ocurrido en relación con la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en público o de redes públicas de comunicaciones, y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio. Esta Directiva ha sido transpuesta en nuestro país (al igual que en otros, aunque no en todos, existiendo incluso países a los que se les ha impuesto multas por incumplimiento) mediante la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación.

Sin embargo, la sentencia al Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de abril de 2014 (C-293/12 y C-594/12, asuntos Digital Rights Ireland Ltd y Michael Seitlinger, Christof Tschohl y otros) ha declarado inválida dicha Directiva. Y, para ello, entre otros argumentos recurre a los derechos garantizados en la Carta de los Derechos Fundamentales.

Partiendo, como debemos partir, de la vinculación de las sentencias del Tribunal de Justicia, la cuestión es la siguiente: como la ley española sigue vigente, ¿debe existir una declaración previa de inconstitucionalidad y para ello acudir al Tribunal Constitucional?; o, sin acudir al Tribunal Constitucional, ¿debe plantearse por el Tribunal español una cuestión de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia?; o, sin necesidad de plantear una cuestión prejudicial, ¿cualquier juez puede directamente inaplicar la ley española por ser contraria al Derecho de la Unión?

En este caso se pone de relieve no solo la primacía del Derecho de la Unión, sino también el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el paso de un sistema concentrado a un sistema difuso. Se trata de un sistema difuso desde el momento en que cualquier juez de la Unión puede y debe inaplicar cualquier norma que sea contraria al Derecho de la Unión.

De ahí que convenga señalar la importancia de los Derechos reconocidos en la Carta, aunque desgraciadamente se hayan quedado con un ámbito reducido al Derecho de la Unión; esto es una consecuencia de la malograda Constitución europea. Pues únicamente cuando se aplique tal Derecho

entra en toda su plenitud la Carta. No obstante, es cierto que tampoco es especialmente grave, por cuanto tal catálogo de Derechos se encuentran reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y tales Derechos deben ser reconocidos y garantizados por todos los Estados firmantes del Convenio al legislar o al aplicar las leyes (sean o no relativas al Derecho de la Unión).

#### IV. EN RELACIÓN CON LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sala Quinta del Tribunal Supremo, al igual que las demás Salas de este Tribunal (y todos los juzgados y tribunales de España), está obligada a preservar los Derechos establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como a acatar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reconociendo su fuerza obligatoria y, por consiguiente, la obligación de cumplimiento (art. 46 CEDH).

Además, también ocurre lo mismo en relación con el Derecho de la Unión, si bien dadas las competencias de la Sala Quinta esto ocurrirá en menor medida.

Es posible pensar que sea necesario aplicar el Derecho de la Unión (y con ello también, naturalmente, la Carta) en ciertos casos:

- En relación con el artículo 189 y ss. del Código Penal Militar, relativo a los delitos contra la Hacienda en el ámbito militar, pues en efecto es posible que se trate de subvenciones procedentes de la Unión Europea.
- También pueden presentarse situaciones de cohecho realizado por un militar, en relación a cuestiones militares, a un funcionario de la Unión Europea. Supuestos que podrían subsumirse en el artículo 191 del Código Penal Militar.
- En el ámbito administrativo es necesario repensar la cuestión relativa a la prohibición del *non bis in idem* a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
- En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual cuando un militar, en el ejercicio de su cargo, produce daños a bienes de carácter comunitario.
- La expedición falsa de certificados por un militar respecto a materia militar que posteriormente puedan tener su efecto en el ámbito de la Unión Europea (supuesto subsumible en el art. 115 del Código Penal Militar).

- En el ámbito de las telecomunicaciones, cuando en la causa se encuentren afectadas.
- En general, no debe olvidarse que en la justicia militar tiene aplicación preferente el Código Penal ordinario, cuando la pena señalada en este sea más grave que la prevista en el Código Penal Militar. En efecto, el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, sobre competencia y organización de la jurisdicción militar, señala que la jurisdicción militar es competente para conocer de los delitos y faltas «comprendidos en el Código Penal Militar. Salvo lo dispuesto en el artículo 14, en todos los demás casos la jurisdicción militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará este». Esto abre el abanico, pues en el Código Penal ordinario existen diversos tipos penales abiertos que deben ser rellenados con normas que afectan al Derecho de la Unión, como por ejemplo los relativos al medio ambiente.

Es decir, esta cláusula general conduce a que, en el ámbito de los delitos, tanto la Sala Segunda como la Sala Quinta tengan que aplicar el mismo Código Penal y, de ahí, que la apertura al Derecho de la Unión sea idéntica en ambas Salas, siempre que en relación con la Sala Quinta se trate de un delito militar cometido por un militar que fuera castigado con mayor pena en el Código Penal ordinario, o cuando, en el futuro, se diera el caso de remisión del Código Penal Militar al Código Penal.

Todo ello sin perjuicio de que el artículo 5 del Código Penal Militar determine que «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código». Pudiera pensarse que en 1985 (conforme a lo dispuesto en este art. 5 CPM) la relación entre el Código Penal y el Código Penal Militar, teniendo en cuenta este precepto, era de especialidad, siendo ley especial el Código Penal Militar. Sin embargo, desde luego tal configuración cambia a partir de 1987 (conforme a lo establecido en el art. 12.1 de la Ley sobre competencia y organización de la jurisdicción militar).

Así pues, en la actualidad, entre el Código Penal y el Código Penal Militar, en concreto entre las normas que contienen cada uno de estos Códigos, más que una relación de especialidad existe una relación de alternatividad, pues (las normas de) ambos Códigos vienen en aplicación y el más grave

(en el caso concreto) excluye al otro. No puede ser una relación de especialidad, por cuanto una ley especial excluye a la ley general, aunque aquella fuera más benigna, y, desde luego, eso no es lo que se pretende con la Ley Orgánica sobre competencia y organización de la jurisdicción militar.

- En el mismo sentido, en relación con los delitos conexos, cuando uno de los delitos pertenece a la jurisdicción ordinaria y el otro a la jurisdicción militar, esta es la competente para el enjuiciamiento de ambos delitos, cuando el delito militar sea el delito más grave (art. 14 de la Ley Orgánica sobre competencia y organización de la jurisdicción militar).
- Además, por último deben señalarse una serie de Directivas —algunas ya transpuestas y otras no— que son aplicables; entre otras, serían las siguientes:
  - Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.
  - Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.
  - Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.
  - Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal.
  - Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.
- Así como también Decisiones Marco, entre otras:
  - Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre

los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal.

- Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.
- Y, en cualquier caso, la interpretación que realice el Tribunal de Justicia en relación con los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión será una guía indispensable con relación a los mismos.



# EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL FRENTE A LOS ACTOS DE TERROR ACAECIDOS DURANTE UN CONFLICTO ARMADO

Abraham Martínez Alcañiz  
*Capitán auditor del Cuerpo Jurídico Militar*  
*Doctor en Derecho*

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. ANTECEDENTES DE LOS ACTOS DE TERROR EN EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS. 1.1. Comisión de juristas sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la aplicación de las penas por la violación de las leyes y costumbres de la guerra. 1.2. Las reglas de la guerra aérea de 1923. 1.3. Juicio de Núremberg. 1.4. Procesos penales posteriores al juicio de Núremberg. 2. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS ACTOS DE TERROR. 2.1. El IV Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra. 2.1.1. El artículo 33 del CGIV. 2.1.1.1. Origen de la norma. 2.1.1.2. Prohibición de medidas de terrorismo, ¿a qué nos referimos? 2.1.1.3. Personas protegidas. 2.2. El Protocolo I, de 8 de junio de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. 2.3. El Protocolo II, de 8 de junio de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. 2.4. Aproximación al concepto de actos o amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizar a la población civil en el seno de los conflictos armados. 3. NATURALEZA COMO CRIMEN INTERNACIONAL DE LOS ACTOS DE TERROR CONTRA LA POBLACIÓN CIVIL DURANTE UN CONFLICTO ARMADO. 3.1. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. 3.1.1. Violaciones de las leyes y usos de la guerra. 3.1.2. El caso Galic y Milosevic. 3.1.2.1. Naturaleza consuetudinaria del artículo 51.2 del PAI y el artículo 13.2 del PAII. 3.1.2.2. Criminalización de los actos de violencia cuya finalidad es aterrorizar a la población civil. 3.1.2.3. Elementos del crimen de guerra. 3.1.3. El caso *Prlic' et al.* 3.2. El Tribunal Especial para Sierra Leona. 4. CONCLUSIONES.

## INTRODUCCIÓN

El desarrollo del derecho penal internacional en los últimos años ha sido innegable. La aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) ha supuesto la consolidación de determinados injustos como crímenes internacionales. Sin embargo, no todos los crímenes internacionales que forman parte del derecho consuetudinario están tipificados en el citado Estatuto. A consecuencia del desacuerdo sobre la definición del delito internacional de terrorismo, que en principio iba a ser uno de los crímenes internacionales sobre los que tendría competencia la CPI, el mismo no se tipificó en su Estatuto, ni tan siquiera como crimen de guerra o como crimen de lesa humanidad. La ausencia de su tipificación no ha sido obstáculo para considerar que los actos de terror llevados a cabo durante un conflicto armado, ora internacional, ora no internacional, sean considerados como un crimen internacional. Si bien es cierto que el Estatuto de la CPI omite todo pronunciamiento sobre los actos de terror, todo lo contrario podemos decir de los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y del Tribunal Especial para Sierra Leona, en los que expresamente se tipifican y castigan los actos de terrorismo como violaciones del derecho internacional humanitario (en adelante, DIH)<sup>1</sup>. Además, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante, TPIY) ha sostenido que los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil constituyen una violación de las leyes o usos de la guerra, es decir, un crimen de guerra. Así pues, resulta preciso analizar el tratamiento dado por el derecho penal internacional a los actos de terror en el seno de una contienda armada, a la luz de las sentencias pronunciadas por los tribunales penales internacionales correspondientes, lo que nos conducirá, de manera forzosa, al estudio de las normas del DIH relativas a este tipo de injustos.

### 1. ANTECEDENTES DE LOS ACTOS DE TERROR EN EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

#### 1.1. COMISIÓN DE JURISTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES DE LA GUERRA Y SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS PENAS POR LA VIOLACIÓN DE LAS LEYES Y COSTUMBRES DE LA GUERRA

La primera manifestación jurídica en relación a los actos de terror en un conflicto armado fue llevada a cabo en el año 1919, tras la finalización

---

<sup>1</sup> Cfr. VAN DER VYVER, J. D., «Prosecuting terrorism in international tribunals», *Emory International Law Review*, vol. 24, 2010, p. 532.

de la Primera Guerra Mundial, por parte de la Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la aplicación de las penas por la violación de las leyes y costumbres de la guerra. En el informe elaborado por esta Comisión de juristas, un aspecto importante lo ocuparon los referidos actos de terror. En el capítulo II del mencionado informe, el cual tenía por título «Violaciones de las leyes y costumbres de la guerra», se afirmó que a pesar de las normas internacionales establecidas, de la costumbre e incluso de los dictados de la humanidad, el Imperio alemán y sus Aliados acumularon atrocidad tras atrocidad. Las constantes violaciones de los derechos de los combatientes y de los civiles fueron múltiples y diversas, trazándose así la implementación de un sistema de terrorismo cuidadosamente planeado. Este comportamiento tenía por finalidad infundir terror en cada persona con el propósito de reprimir todo atisbo de resistencia<sup>2</sup>. Así pues, la Comisión de juristas consideró que entre los comportamientos que podían haber transgredido el derecho de los conflictos armados tenía que incluirse el «terrorismo sistemático»<sup>3</sup>, el cual se enumeró junto con los asesinatos y masacres. Ninguna persona fue acusada ni juzgada por tales actos, ni siquiera se definió este delito, limitándose a describir una serie de comportamientos que, en determinadas circunstancias, eran constitutivos de actos de terrorismo, como sucede actualmente con muchos de los tratados internacionales relativos a la prohibición de actos terroristas<sup>4</sup>.

## 1.2. LAS REGLAS DE LA GUERRA AÉREA DE 1923

No podemos negar la relevancia de las reglas de la guerra aérea, aunque las mismas no fuesen ratificadas por ningún Estado, toda vez que muchos de sus preceptos forman, actualmente, parte del derecho consuetu-

---

<sup>2</sup> «Commission on the responsibility of the authors of the war and on enforcement of penalties. 1920», *American Journal of International Law*, vol. 14, n.º 1, p. 113.

<sup>3</sup> Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario», en *Lucha contra el terrorismo y derecho internacional*, Cuaderno de Estrategia 133 del Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2006, p. 88; cfr. VACAS FERNÁNDEZ, F., *El terrorismo como crimen internacional. Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 214; cfr. RAMÓN CHORNET, C., *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del derecho internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993, p. 111; cfr. SAUL, B., *Defining terrorism in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 272; cfr. JODOIN, S., «Terrorism as a war crime», en *International Criminal Law Review* 7, 2007, p. 100.

<sup>4</sup> LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1985, p. 31.

dinario<sup>5</sup>. En tales reglas se procedió a definir por primera vez qué es un objetivo militar y se afirmó la prohibición de los ataques indiscriminados. En relación al estudio que nos concierne, estas reglas son capitales, ya que se dispuso en el artículo 22 que estaba «prohibido el bombardeo aéreo para aterrorizar a la población civil». Solamente era legítimo el bombardeo aéreo cuando fuese dirigido contra un objetivo militar, es decir, un objetivo cuya destrucción total o parcial ofreciese una ventaja militar, *ex art.* 24.1 de las citadas reglas. Parece razonable reseñar que los actos de terror cometidos durante un conflicto armado se vincularon con los medios y métodos de combate de la época, en el sentido de que su empleo, con el propósito de causar terror en la población civil, estaba prohibido, aunque todavía no criminalizado *per se*<sup>6</sup>.

### 1.3. JUICIO DE NÚREMBERG

La relevancia del proceso de Núremberg queda fuera de toda duda, ya que por primera vez se configuró la responsabilidad penal del individuo en el plano internacional por crímenes internacionales<sup>7</sup>. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg tipificó una serie de crímenes internacionales, *inter alia*, los crímenes de guerra, *ex art.* 6.b) del Estatuto<sup>8</sup>. Entre los mismos no se encontraban los actos de terrorismo o de terror; aun así, en la sentencia del juicio de Núremberg se efectuaron diversas referencias a estos<sup>9</sup>. Cuando el Tribunal trató el asunto de los asesinatos, tortura,

<sup>5</sup> SCHMITT, M. N., «Air law and military operations», en *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 303.

<sup>6</sup> Paradójicamente, durante la Segunda Guerra Mundial fueron bombardeadas numerosas ciudades con el único fin de minar o destruir la moral de la población, a causa de la denominada guerra total. Estas operaciones militares podrían haber sido criminalizadas, sin embargo ninguna acusación o investigación se formalizó, quedando impunes; *cf.* SAUL, B., *loc. cit.*, pp. 281 y 282.

<sup>7</sup> AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law (vol. I: Foundations and General Part)*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 102.

<sup>8</sup> El art. 6 del Estatuto del Tribunal de Núremberg establecía que «los siguientes actos, o uno cualesquiera de ellos, son crímenes sometidos a la jurisdicción del Tribunal, por los cuales habrá responsabilidad individual: b) Crímenes de guerra, a saber, las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. Estas violaciones incluyen, pero no están a ello limitadas, los asesinatos, el maltrato y las deportaciones para trabajos forzados o para cualquier otro propósito de poblaciones civiles de territorios ocupados o que se encuentren en ellos; los asesinatos o maltratos de prisioneros de guerra o de personas en los mares; la ejecución de rehenes; el pillaje de la propiedad pública o privada; la injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas; la devastación no justificada por necesidades militares».

<sup>9</sup> ARNOLD, R., *The ICC as a new instrument for repressing terrorism*, New York, Transnational Publishers, 2004, pp. 91 y ss.

toma de rehenes y los maltratos a la población civil como crimen de guerra, afirmó que los territorios ocupados por Alemania lo fueron en violación de las leyes de guerra. Las evidencias al respecto eran bastante notorias, pues se implementó un sistema de violencia, brutalidad y terror en los territorios ocupados<sup>10</sup>. Un ejemplo del meritado sistema de terror fue el Decreto de 7 de diciembre de 1941 denominado «*Nacht und Nebel Erlass*» (Night and Fog Decree), por el que se establecía que aquellas personas que cometieran algún delito contra el Reich o sus Fuerzas Armadas en los territorios ocupados, serían trasladadas secretamente a Alemania a la espera del correspondiente castigo, en donde no tendrían contacto alguno con sus familiares ni se les comunicaría a estos la situación del detenido. El propósito de esta medida era crear un estado de ansiedad en las mentes de los familiares de la persona detenida<sup>11</sup>. Igualmente, en la sentencia se indicó que uno de los medios más notorios de causar terror entre la población civil de los territorios ocupados era el uso de los campos de concentración<sup>12</sup>. Una muestra de la intención del régimen nazi de crear este estado de terror en los territorios ocupados fue la orden del general Keitel, de 23 de julio de 1941, dirigida al general Jodl<sup>13</sup>.

Efectivamente, en los orígenes del derecho penal internacional ya se tuvo en cuenta el execrable propósito de los actos de terror en los conflictos armados, a saber, causar o infundir un estado de terror entre la población civil. Las conductas reprochables no fueron castigadas como actos de terror, sino que lo fueron como crímenes de guerra de asesinatos, torturas o maltratos a la población civil, e incluso como crímenes contra la humanidad. El fundamento normativo sobre el que se asentaron los susodichos crímenes de guerra no fue otro que el artículo 46 del Reglamento de las leyes y costumbres de la guerra terrestre, el cual establecía que «el honor y los derechos de la familia, la vida de los individuos y la propiedad privada, así como las creencias religiosas y el ejercicio de los cultos, deberán ser respetados». Cualquier acto de terror que se tradujese en el asesinato o maltrato a civiles quebrantaría la obligación mencionada, que ya formaba

---

<sup>10</sup> Cfr. JODOIN, S., *loc. cit.*, p. 101.

<sup>11</sup> «Judgment of the International Military Tribunal of Nüremberg», en *American Journal of International Law*, vol. 41, n.º 1, 1947, p. 229.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>13</sup> Dicha orden estipulaba que «a la vista de los vastos territorios ocupados en el Este, las fuerzas disponibles serán suficientes para mantener la seguridad y el orden si todo intento de resistencia es castigado, no por medios legales, sino por la propagación del terror por las fuerzas armadas entre la población civil para acabar con cualquier inclinación de resistencia», cfr. «Judgment International Military Tribunal of Nüremberg, *loc. cit.*, p. 232.

parte del derecho consuetudinario en el año 1946, según afirmó la sentencia del juicio de Núremberg<sup>14</sup>.

#### 1.4. PROCESOS PENALES POSTERIORES AL JUICIO DE NÚREMBERG

Ciertamente, en la mayoría de los procesos penales instruidos tras la Segunda Guerra Mundial, no se condenó explícitamente por la comisión de actos de terror o terrorismo sistemático, sino que se acudió a este tecnicismo jurídico para describir la situación o el estado en el que se encontraba la población civil o la finalidad del comportamiento realizado, castigándose estos injustos posteriormente mediante delitos distintos, como por ejemplo asesinatos, maltratos, pillaje, etc.<sup>15</sup>. Sin embargo, sí hubo otra serie de procesos penales en donde se llegó a condenar expresamente por la comisión de crímenes de guerra consistentes en actos de terrorismo sistemático. El ejemplo más relevante lo encontramos en el proceso marcial instruido contra Shigeki Motomura *et al.* en el año 1947, a quien se le condenó a la pena de muerte por la comisión de «terrorismo sistemático practicado contra civiles». Este delito estaba castigado en la Netherlands East Indies Law de 1946, mediante el Statute Book Decree núm. 44, en su modalidad de «arrestos en masa indiscriminados con el propósito de aterrorizar a la

---

<sup>14</sup> KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L., «Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al derecho internacional humanitario», Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2005, p. 28; «Judgment International Military Tribunal of Nüremberg», *loc. cit.*, p. 218.

<sup>15</sup> Los tribunales militares de los Estados Unidos, instituidos para enjuiciar los crímenes de guerra cometidos tras la Segunda Guerra Mundial, también juzgaron hechos que podían calificarse como crimen de guerra constitutivos de terrorismo sistemático. En la sentencia contra Wilhem List *et al.*, de fecha 19 de febrero de 1948, también denominado «Hostages case», se afirmó que los acusados, además de cometer miles de asesinatos contra la población civil de Grecia, Yugoslavia y Albania, entre otras, también participaron en la instauración de un plan de terrorismo e intimidación completamente injustificado y sin necesidad militar alguna, mediante el asesinato, maltrato y deportación para realizar trabajos forzados de personas civiles y prisioneros de guerra, cfr. sentencia del Tribunal Militar de los Estados Unidos núm. V, de 19 de febrero de 1948, *Prosecutor v. Wilhem List et al.*, en *Trials of War Criminals before the Nürember Military Tribunals under Control Council Law n.º 10*, vol. XI, pp. 1230 y 1234. El plan de terrorismo sistemático fue deducido por el tribunal militar analizando las órdenes y decretos acordados en los territorios ocupados. Así pues, en ejecución de la orden del general Keitel de 23 de julio de 1941, referida anteriormente, se aprobó la orden NOKW-557 de 10 de octubre de 1941, por la que se ordenaba a las fuerzas armadas alemanas ejecutar a 100 rehenes por cada soldado alemán muerto y 50 rehenes por cada soldado alemán herido, a causa de los ataques de los movimientos de resistencia organizado o por las guerrillas que operaban en los territorios ocupados, cfr. sentencia del Tribunal Militar de los Estados Unidos núm. V, de fecha 19 de febrero de 1948, *Prosecutor v. Wilhem List et al.*, p. 1266. Estas medidas, así como el ingreso de la población civil en los campos de concentración, fueron calificadas por el tribunal militar como actos de terrorismo sistemático.

población». Los crímenes de guerra tipificados en la normativa antedicha son una reproducción de los enumerados por la Comisión de juristas creada tras la 1ª Guerra Mundial, añadiéndose uno nuevo por la United Nations War Crimes Commission, a saber, los arrestos en masa indiscriminados con el propósito de aterrorizar a la población<sup>16</sup>. Los hechos que se imputaron a Shigeki Motomura y otros militares japoneses consistieron en que durante el periodo comprendido entre marzo de 1942 a agosto de 1945, el imputado, quien pertenecía a una unidad especial de la policía naval japonesa, denominada Tokkeitai, ordenó, encubrió o permitió el arresto de un gran número de habitantes de la localidad de Macassar (Indias Holandesas), así como el maltrato de prisioneros y civiles. El tribunal militar concluyó que los arrestos en masa de civiles eran constitutivos de terrorismo sistemático<sup>17</sup>. Igualmente, consta otro proceso marcial contra Yamura Saburoh, en aplicación de la *Netherlands East Indies Law* de 1946, quien fue condenado a pena de muerte mediante sentencia de 19 de diciembre de 1946, por la comisión del crimen de guerra de terrorismo sistemático. Los hechos enjuiciados consistieron en que dicha persona, intérprete del ejército imperial japonés, maltrató de manera sistemática a la población civil y a los prisioneros de guerra que entrevistaba en territorios ocupados, creando un estado de terror entre los mismos por los medios empleados, los cuales llegaron a producir la muerte de algunos civiles<sup>18</sup>. Huelga recalcar que la legislación de los Países Bajos no fue la única que tipificó expresamente el terrorismo sistemático como crimen de guerra, también en Australia se castigó este injusto en la Australia's War Crimes Act de 1945<sup>19</sup>.

Efectivamente, del análisis de los antecedentes descritos, podemos afirmar que la mayoría de los crímenes de guerra cometidos lo fueron en el seno de lo que, actualmente, denominamos *law enforcement* o derecho coercitivo, cuya finalidad no es otra que el mantenimiento o la restauración del orden, seguridad y ley de aquellos territorios que están bajo la autoridad de un Estado o una organización internacional<sup>20</sup>. Dicho terrorismo

---

<sup>16</sup> «Law Reports of Trials of War Criminals. 1949», en *United Nations War Crimes Commission*, vol. XIII, pp. 138 y ss.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 143, toda vez que «para nadie, incluso para el más inocente, estaba segura su libertad, y cualquier persona una vez fuese arrestada, incluso si era absolutamente inocente, ya no estaría segura de mantener su salud y vida a salvo».

<sup>18</sup> «Trials and Law Reports Series n.º 26», en *United Nations War Crimes Commissions*.

<sup>19</sup> «Law Reports of Trials of War Criminals. 1949», en *United Nations War Crimes Commission*, vol. V, pp. 94 y ss.

<sup>20</sup> MELZER, N., «Conceptual distinction and overlaps between law enforcement and the conduct of hostilities», en *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 33 y ss.

sistemático fue cometido en ejecución de actividades del mantenimiento del orden público de los territorios ocupados o de las personas que tenían bajo su poder, ya fuesen civiles o prisioneros de guerra, no produciéndose actos de terror en el ejercicio de la conducción de las hostilidades, es decir, mediante el recurso a los medios y métodos de guerra legítimos en un conflicto armado<sup>21</sup>. La finalidad de la conducción de las hostilidades no es otra que debilitar al enemigo, en suma, a quienes participan directamente en las hostilidades<sup>22</sup>.

## 2. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS ACTOS DE TERROR

### 2.1. EL IV CONVENIO DE GINEBRA, DE 12 DE AGOSTO DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA

A consecuencia de la Segunda Guerra Mundial se aprobaron diversos tratados internacionales cuya finalidad no era otra que ofrecer una mayor protección a la población civil, así como a los heridos, enfermos, náufragos y prisioneros de guerra. Nos referimos a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en concreto, al IV Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (en adelante, CGIV). Estos tratados internacionales tienen, actualmente, la consideración de derecho consuetudinario, ya que prácticamente la totalidad de los Estados de la comunidad internacional los han ratificado, sin perjuicio de que con anterioridad muchos de sus preceptos ya fueran una manifestación de la costumbre internacional, codificada posteriormente en las meritadas normas convencionales<sup>23</sup>.

#### 2.1.1. El artículo 33 del CGIV

El DIH afrontó el reto de regular y prohibir determinados actos de terrorismo durante los conflictos armados, principalmente internacionales, prohibiéndose en todo momento y circunstancias los mismos, sin excep-

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>23</sup> MERON, T., «The Geneva Conventions as customary law», en *American Journal of International Law*, vol. 81, 2, 1987, p. 350; HENCKAERTS, J. M., «The grave breaches regime as customary international law», en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 7, 2009, pp. 684 y ss.

ción alguna<sup>24</sup>. Hasta el momento no existía ningún tratado internacional que prohibiese los actos de terrorismo. En las conferencias internacionales para la unificación del derecho penal, celebradas a partir del año 1930, se intentó definir el terrorismo, teniendo en cuenta los problemas y preocupaciones de aquella época<sup>25</sup>. Posteriormente, llegó el Convenio de Ginebra de 16 de noviembre de 1937 para la prevención y represión del terrorismo, cuyo fracaso, al ser ratificado únicamente por el Estado de la India en 1941, impidió a la comunidad internacional dotarse de un instrumento internacional susceptible de aclarar aspectos capitales del terrorismo, a saber, qué debíamos entender por terrorismo y los actos que podían ser constitutivos de este delito<sup>26</sup>. En este orden de cosas se aprueba el Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, aplicable únicamente en conflictos armados internacionales y situaciones de ocupación bélica, en cuyo artículo 33 se dispone que «No se castigará a ninguna persona protegida por infracciones que no haya cometido. Están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo». Efectivamente, la norma se limita únicamente a prohibir el terrorismo, sin definirlo<sup>27</sup>. Merece cierta crítica el hecho de que los actos de terrorismo no se considerasen infracciones graves del DIH, toda vez que en el artículo 147 del CGIV, precepto que enumera tales infracciones, no se incluyó este comportamiento prohibido<sup>28</sup>, incluyéndose otras conductas que suelen abarcar o comprender los actos de terror, como por ejemplo los homicidios, la toma de rehenes, la tortura o las detenciones ilegales, siempre que se cometan en el seno de una contienda armada internacional y contra personas protegidas por el convenio internacional.

<sup>24</sup> FLECK, D., «*The handbook of international humanitarian law*», Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 247; RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J. L., «Actos de terrorismo y derecho internacional», en *Revista General de Marina*, vol. 250, 3, 2006, p. 207; PIGNATELLI y MECA, F., «La posibilidad jurídica de considerar inculpatos los actos de terror en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en *Lucha contra el terrorismo, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, PÉREZ GONZÁLEZ, M. (dir.), CONDE PÉREZ, E. (coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 59.

<sup>25</sup> Cfr. VACAS FERNÁNDEZ, F., *loc. cit.*, pp. 47 y ss.; RAMÓN CHORNET, C., *loc. cit.*, pp. 112 y ss.

<sup>26</sup> Cfr. LAMARCA PÉREZ, C., *loc. cit.*, p. 37; la definición de terrorismo elaborada en dicho convenio internacional de 1937 era la siguiente: «todo hecho criminal dirigido contra un Estado y cuyo fin o naturaleza sea provocar el terror en personalidades determinadas, grupos de personas o entre el público», cfr. RAMÓN CHORNET, C., *loc. cit.*, p. 116; cfr. Doc. A/C.6/418, de 2 de noviembre de 1972, de la Asamblea General de Naciones Unidas.

<sup>27</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, M., *loc. cit.*, p. 88; ARNOLD, R., *loc. cit.*, p. 69.

<sup>28</sup> ARNOLD, R., *loc. cit.*, p. 70.

### 2.1.1.1. Origen de la norma

La prohibición de toda medida de terrorismo encuentra sus raíces en la prohibición de las penas colectivas, reguladas en el artículo 50 del Reglamento de las leyes y costumbres de la guerra terrestre<sup>29</sup>. En mi opinión, el artículo 33 del CGIV tiene como finalidad principal prohibir los actos de terrorismo como medio para mantener o conseguir el orden y la seguridad en los territorios ocupados o en la población que tienen las partes beligerantes en su poder. No creo que el propósito de la prohibición de actos de terrorismo fuese establecer un límite específico en la conducción de las hostilidades<sup>30</sup>. Esta conclusión se fundamenta en que la prohibición del terrorismo va precedida del reconocimiento del principio de responsabilidad, es decir, nadie será condenado por hechos punibles en los que no participó; a continuación, se prohíben los castigos colectivos, y por último, toda medida de intimidación o terrorismo. Ninguna de las prohibiciones referidas está vinculada con la conducción de las hostilidades. Si la voluntad de la comunidad internacional hubiese sido prohibir los actos de terror en el seno de la conducción de las hostilidades, la hubiese incorporado en el título II del IV Convenio de Ginebra de 1949, que lleva por título «Protección general de las poblaciones contra ciertos efectos de la guerra». Sin embargo, la prohibición estudiada se ubicó en el título III, relativo al «Estatuto y trato de las personas protegidas», en concreto, en la sección primera sobre las «Disposiciones comunes a los territorios de las partes contendientes y a los territorios ocupados». En suma, la prohibición citada se incardinó en las obligaciones que tienen las partes beligerantes en relación con los territorios ocupados, adquiriendo la misma con el paso del tiempo la naturaleza de norma imperativa, es decir, de *ius cogens*<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> PICTET, J. S., *Commentary to IV Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 1958, p. 225.

<sup>30</sup> En sentido contrario, cfr. SWINARSKI, C., «Del terrorismo en el derecho internacional público», en *Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos* 78, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, pp. 533 y ss., considera el terrorismo como un medio de combate; en mi opinión esta posición podría ser acertada respecto a los Protocolos Adicionales de 1977, pero no en cuanto al CGIV, el cual no trata el terrorismo como medio de combate.

<sup>31</sup> PAUST, J. J., «Terrorism and the international law of war», en *Military Law Review* 64, 1974, p. 14; cfr. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J. L., «Terrorismo y derecho internacional humanitario», en *Derecho Internacional Humanitario*, RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J. L. (coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 227, sostiene que el terrorismo en el seno de los conflictos armados está prohibido en toda circunstancia, terminantemente y sin excepción.

### *2.1.1.2. Prohibición de medidas de terrorismo, ¿a qué nos referimos?*

El artículo 33 del CGIV no define qué debemos entender por medidas de terrorismo. Este hecho, en mi opinión, no es óbice para justificar la ausencia de definición al respecto. Actualmente, la definición de terrorismo transnacional es posible de determinar, principalmente, en relación con los actos terroristas cometidos en tiempo de paz<sup>32</sup>; cuestión distinta será la necesidad o no de elaborar la misma y si esta recoge los principales escollos que suelen estar presentes en este campo, a saber, los actos de los movimientos de liberación nacional que se enfrentan a las fuerzas armadas de los Estados en situaciones de conflicto armado y los actos estatales<sup>33</sup>. Los tratados internacionales existentes que prohíben los actos de terrorismo, ciertas resoluciones judiciales de tribunales internacionales, las resoluciones de la Organización de Naciones Unidas<sup>34</sup> y la práctica legislativa y judicial de los Estados pueden servirnos de guía para elaborar una definición<sup>35</sup>. Ahora bien, nos tenemos que preguntar si es aconsejable trasladar el concepto de acto terrorista cometido en tiempo de paz a los comportamientos llevados a cabo en el curso de una contienda armada o de ocupación bélica que pudieran calificarse como terrorismo. Desde mi punto de vista debemos distinguir, en todo momento, entre actos de terrorismo en tiempo de paz y los

---

<sup>32</sup> CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 163.

<sup>33</sup> ABAD CASTELOS, M., «Una historia interminable: a vueltas con la definición de terrorismo, a través del enfoque del derecho internacional», en *Lucha contra el terrorismo, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, PÉREZ GONZÁLEZ, M. (dir.), CONDE PÉREZ, E. (coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 31.

<sup>34</sup> Entre las resoluciones que caben destacarse encontramos la Res. 1566 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de 8 de octubre de 2004 que indicaba que «los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito, no admiten justificación en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar»; y la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 7 de noviembre de 2012, Doc. A/C.6/67/L.12, que indicaba que «los actos criminales con fines políticos realizados con la intención de provocar un estado de terror en la población en general, en uno de sus grupos o en determinadas personas son injustificables en toda circunstancia, cualesquiera que sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de otra índole que se aleguen para justificarlos».

<sup>35</sup> Cfr. AMBOS, K., «Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano: ¿es el terrorismo un crimen internacional?», en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 7, 2012, p. 158.

ocurridos en el seno de un conflicto armado<sup>36</sup>. El concepto de terrorismo en tiempo de paz podría servir como punto de referencia para abordar una definición de terrorismo en tiempo de conflicto armado, eso sí, con matizaciones<sup>37</sup>. El DIH es *lex specialis*, por lo que primará sobre la *lex generali* que serán los tratados internacionales correspondientes sobre la materia. Esto conllevará que determinados actos que en tiempo de paz pudieran ser criminales, en tiempo de conflicto armado serán legítimos siempre que se respeten los principios del DIH. En definitiva, los actos de violencia legítima en el curso de una contienda armada u ocupación bélica no podrían calificarse de medidas de terrorismo<sup>38</sup>. Dicho esto, los actos terroristas son pluridimensionales, al cometerse tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado u ocupación bélica, debiéndose distinguirse los unos de los otros. Esto se debe a que en los tratados internacionales relativos a la lucha contra el terrorismo, solamente en cuatro de ellos se hace referencia al DIH, y dentro de estos últimos, solamente dos podrían aplicarse en situaciones de conflicto armado: nos referimos al convenio internacional contra la toma de rehenes de 1979 y a la convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999<sup>39</sup>. Así pues, difícilmente podemos afirmar que el concepto de terrorismo sea idéntico en cualquier circunstancia; eso sí, tanto los actos de terrorismo en tiempo de paz como en conflicto armado tendrán unos elementos cardinales semejantes.

La decisión interlocutoria de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano, de 16 de febrero de 2011, sostuvo que una definición de

---

<sup>36</sup> Cfr. CASSESE, A., *loc. cit.*, p. 175, sostiene que es posible que durante una contienda armada puedan aplicarse las normas del DIH relativas al terrorismo y los tratados internacionales particulares que versan sobre la lucha contra el terrorismo, con base en lo establecido en el tratado de 1999 para la represión de la financiación del terrorismo. En mi opinión, cuando nos encontremos en el seno de una contienda armada, los tratados citados de lucha contra el terrorismo no podrán ser de aplicación, salvo el de represión de la financiación, el cual se refiere a un comportamiento muy tasado, a saber, la financiación del terrorismo, que no comprendería los actos de terror prohibidos por el DIH, al no ser constitutivo de un acto de violencia.

<sup>37</sup> Recordemos que el DIH es una rama más del derecho internacional y, normalmente, los tratados internacionales que prohíben los actos de terrorismo pertenecen al *ius gentium*. Por ello, la vinculación existente entre ambas ramas del derecho haría posible trasladar la definición elaborada de un campo a otro, con las puntualizaciones correspondientes; cfr. KALSHOVEN, F., «Guerrilla and terrorism in internal armed conflict», en *The American University Law Review*, vol. 33, 1984, p. 69, defiende la dificultad de trasladar la definición de terrorismo en tiempo de paz al derecho internacional humanitario.

<sup>38</sup> GASSER, H. P., «Acts of terror, «terrorism» and international humanitarian law», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 84, 847, 2002, p. 554.

<sup>39</sup> ABAD CASTELOS, M., «Terrorismo, derecho internacional humanitario y conflictos armados actuales», en *Curso de Derecho Internacional Público Vitoria Gasteiz*, 2012, pp. 322 y 323.

terrorismo transnacional en tiempo de paz había emergido, requiriéndose los siguientes elementos:

- i. La comisión o amenaza de un acto criminal (*actus reus*).
- ii. La intención de diseminar el miedo entre la población o compeler a una autoridad nacional o internacional a tomar alguna medida o abstenerse de tomarla (*mens rea*).
- iii. Un elemento transnacional como parte del acto criminal<sup>40</sup>.

Acudiendo al derecho convencional, hemos de significar que el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de 9 de diciembre de 1999, ofrece una posible definición global de terrorismo, al considerarse como acto de financiación de terrorismo en el artículo 2 «(b) cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población civil u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo». Si bien es cierto que la presente definición es a los fines previstos en el tratado en sí, no es menos cierto que la misma podría extenderse al resto de actos terroristas, sobre todo, en lo relativo al propósito del injusto cometido. La mayoría de tratados internacionales enuncian una serie de comportamientos que son constitutivos de terroris-

---

<sup>40</sup> Decisión Interlocutoria del Tribunal Especial para el Líbano (Sala de Apelaciones), de 16 de febrero de 2011, STL-11-01/I, párr. 85. Los elementos antedichos fueron incorporados a causa de ciertas resoluciones judiciales nacionales que definían el terrorismo; a saber, la Corte Suprema del Canadá, en el caso Suresh, sostuvo que la definición del tratado internacional de la represión de la financiación del terrorismo, de 9 de diciembre de 1999, recogía la esencia de lo que se entendía por terrorismo, cfr. sentencia de la Corte Suprema del Canadá, de 1 de noviembre de 2002, Suresh c. Canada, párrs. 96 a 98; en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en el caso Arancibia Clavel, se afirmó que «el terrorismo implica la comisión de crueldades sobre gente inocente e indefensa, causa un sufrimiento innecesario y un peligro inútil para las vidas humanas de la población civil. Se trata de un sistema de subversión del orden y la seguridad pública que, si bien en la comisión de ciertos hechos aislados puede apuntar a un Estado determinado, últimamente se caracteriza por desconocer los límites territoriales del país afectado, constituyéndose de este modo en una seria amenaza para la paz y la seguridad de la comunidad internacional», cfr. sentencia de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación Argentina, de 24 de agosto de 2004, caso Arancibia Clavel, p. 52; y la Corte Suprema de Casación italiana, en el caso Bouyahia Maher Ben Abdelaziz *et al.*, indicó que la costumbre internacional proporcionaba una definición de terrorismo, con base en los tratados internacionales, concretamente, el de prohibición de actos terroristas con bombas de 1997 y el de prohibición de financiación del terrorismo de 1999, así como por las resoluciones de las Naciones Unidas aprobadas sobre la materia (Asamblea y Consejo de Seguridad), cfr. sentencia de la Corte Suprema de Casación de Italia, de 17 de enero de 2007, párr. 2.1.

mo, pero no abordan cuál es la intención del responsable<sup>41</sup>. El convenio referido analizó la *mens rea* del delito de terrorismo transnacional, sosteniéndose que la misma era la intención de intimidar a la población civil o compeler a un Estado u organización internacional a hacer o no hacer algo. Este elemento subjetivo ha sido incorporado en el artículo 2 del borrador del Proyecto de Convención General contra el terrorismo, el cual dispone que «comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente y por cualquier medio cause: (...) si el propósito de tal acto sea, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo»<sup>42</sup>.

Llegados a este punto, parece razonable considerar la posibilidad de que las medidas de terrorismo prohibidas en el artículo 33 del CGIV, las cuales ni se definen ni se enuncian<sup>43</sup>, sean completadas con base en los elementos antedichos esgrimidos por el Tribunal Especial para el Líbano, respetándose las peculiaridades del DIH. Así pues, habrá que tenerse en cuenta lo siguiente:

- i. El acto criminal debe constituir una conducta expresamente prohibida por el DIH, no basta que el comportamiento sea antijurídico en tiempo de paz, debe tratarse de un injusto en tiempo de conflicto armado u ocupación bélica<sup>44</sup>. Las infracciones graves del DIH podrían servirnos como guía para considerar una conducta como ilícita o prohibida por el DIH, así como otra serie de comportamientos prohibidos, siempre que su comisión lesione o ponga en peligro valores importantes que deban protegerse.
- ii. El elemento subjetivo del injusto debe tener como finalidad principal infundir un estado de terror entre la población civil<sup>45</sup> o compeler a la otra parte beligerante a hacer o no hacer algo. Si no se demuestra este elemento subjetivo especial estaríamos ante otra serie de injustos que tendrían una calificación jurídica distinta. Asimismo, entiendo que la intención de compeler a la otra parte beligerante a hacer o no hacer algo, también podría formar parte del elemento subjetivo especial requerido por el artículo 33 del CGIV.

<sup>41</sup> Cfr. CASSESE, A., *loc. cit.*, p. 170.

<sup>42</sup> Doc. Naciones Unidas A/57/37, Asamblea General (2002), p. 7; VACAS FERNÁNDEZ, F., *loc. cit.*, p. 164.

<sup>43</sup> Cfr. ABAD CASTELOS, M., «Terrorismo, derecho internacional...», *loc. cit.*, p. 321.

<sup>44</sup> Cfr. GASSER, H. P., *loc. cit.*, p. 553, como bien indica este autor, el terrorismo implica violencia contra la población civil, lo que se traduce en un comportamiento criminal.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 553.

Por ejemplo, las fuerzas armadas ocupantes de un territorio dictan una orden consistente en matar a dos civiles cada día para compeler a las fuerzas armadas enemigas a que se retiren de una posición estratégica determinada; aquí puede observarse que el único fin de la conducta es constreñir a la otra parte beligerante a retirarse de una posición. Esto podría calificarse como una medida terrorista.

- iii. Por último, las medidas llevadas a cabo, las cuales siempre deberán ser contrarias al DIH, tienen que causar la muerte o lesiones entre la población civil, daños graves en sus bienes esenciales o perjudicar otra serie de valores importantes protegidos por el DIH. Este requisito nos conduce a considerar que la criminalización a efectuarse debe realizarse tipificándose el crimen de guerra como de resultado, ya que el artículo 85 del Protocolo I, de 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante, PAI) así lo expresa<sup>46</sup>. En cuanto a los daños graves en los bienes esenciales, entiendo que la destrucción arbitraria de los mismos, con la única finalidad de infundir un estado de angustia o miedo entre la población civil, podría ser calificada como medida terrorista. Si el propósito es otro, nos encontraríamos ante un comportamiento distinto, igualmente reprochable, pero no sería una medida de terrorismo.

En este estado de ideas, desde mi punto de vista, las medidas de terrorismo prohibidas en el artículo 33 del CGIV consistirán<sup>47</sup> en *aquellos comportamientos prohibidos por el DIH, llevados a cabo por una parte beligerante contra la población civil o aquellas personas que han dejado de participar directamente en las hostilidades con la finalidad principal de infundir terror entre las mismas o compeler a la otra parte beligerante para que hagan o dejen de hacer algo, causándose la muerte o lesiones de dichas personas, daños graves en sus bienes esenciales o perjudicar otra serie de valores importantes protegidos por el DIH*. Los comportamientos prohibidos deben haberse realizado en el contexto del ejercicio del derecho coercitivo o *law enforcement*, toda vez que si son llevados a cabo en la

---

<sup>46</sup> PIGNATELLI y MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2003, p. 362.

<sup>47</sup> PIGNATELLI y MECA, F., «La posibilidad...», *loc. cit.*, p. 52, acertadamente establece las características descriptivas esenciales que conforman el terrorismo, como las de constituir un acto destinado a causar la muerte o lesiones graves a un civil o a un no combatiente, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno u organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

conducción de las hostilidades, estarán prohibidos por lo dispuesto en los Protocolos Adicionales de 1977, que posteriormente analizaremos, integrando, en mi opinión, otro tipo penal distinto.

### *2.1.1.3. Personas protegidas*

La prohibición de los actos de terrorismo es una prohibición específica que debemos relacionarla con la protección general del artículo 27 del CGIV establecida para las personas protegidas, al indicar que «las personas protegidas tienen derecho, en cualquier circunstancia, al respeto de su persona, a su honor, a sus derechos familiares, a sus convicciones y prácticas religiosas, a sus hábitos y a sus costumbres. Deberán ser tratadas, en todo momento, con humanidad y especialmente protegidas contra cualquier acto de violencia o intimidación»<sup>48</sup>. Considero que el último inciso del precepto citado es fundamental, toda vez que se prohíbe «especialmente» cualquier acto de violencia. Evidentemente, este acto de violencia debe estar prohibido por el DIH. Dicho esto, el concepto de persona protegida es clave, toda vez que la prohibición estudiada está dirigida a garantizar la protección de las mismas. Una interpretación estricta de persona protegida nos la ofrece el artículo 4 del CGIV, al indicar que quedan protegidas por el convenio aquellas personas que se encontrasen en cualquier momento y de cualquier manera, en caso de conflicto armado u ocupación, en poder de una de las partes contendientes o de una potencia ocupante de la cual no sean súbditas<sup>49</sup>.

El estar en poder de una de las partes beligerantes y la nacionalidad de las personas son los presupuestos en los que se sustentaría el *status* de la persona protegida. Aquellas personas que estuvieran en poder de una parte adversa y fuesen de la misma nacionalidad que esta, en principio, no tendrían la condición de persona protegida en el sentido literal del artículo 4 del CGIV. Empero lo antedicho, la jurisprudencia del TPIY ha consolidado una jurisprudencia que amplía el concepto de persona protegida, al ser indiferente que la víctima de un crimen de guerra tenga la misma nacionalidad que su perpetrador<sup>50</sup>. Esta interpretación del artículo 4 del CGIV sería de

<sup>48</sup> VACAS FERNÁNDEZ, F., *loc. cit.*, p. 216; SAUL, B., *loc. cit.*, p. 291.

<sup>49</sup> GREEN, L. C., *The contemporary law of armed conflict*, Manchester, Manchester University Press, 2008, p. 259.

<sup>50</sup> Sentencia del TPIY (Sala de Apelaciones), de 29 de julio de 2004, *Prosecutor v. Blaskic*, párr. 174; sentencia del TPIY (Sala de Apelaciones), de 17 de diciembre de 2004, *Prosecutor v. Kordic y Cerkez*, párrs. 329 y 330.

aplicación, principalmente, en los conflictos armados interétnicos, en los que la nacionalidad de las víctimas o personas protegidas no debería sustentarse exclusivamente en la ley nacional de un Estado cuya identidad está en cuestión y es el origen del conflicto armado. Habría que acudir a otros criterios, tales como la etnia a la que pertenecen las partes implicadas o las alianzas y fidelidades nuevas adquiridas<sup>51</sup>. En los conflictos armados que no tengan dicha consideración étnica, como por ejemplo la última guerra del Golfo entre Irak y una coalición de Estados liderada por los Estados Unidos de Norteamérica, la nacionalidad de las víctimas seguiría ostentando un papel importante para configurar el *status* de persona protegida del artículo 4 del CGIV. El término «estar en poder» de una de las partes beligerantes significa encontrarse en el territorio controlado u ocupado por aquellas<sup>52</sup>. Así, no resultaría preciso que hubiese un control efectivo y permanente de la parte beligerante sobre la persona en concreto, únicamente se requeriría que esta se hallase en el espacio físico que controla la parte beligerante.

Igualmente, cabe preguntarse si es posible que las medidas de terrorismo prohibidas en el artículo 33 del CGIV abarquen los actos cometidos contra miembros de las fuerzas armadas beligerantes. En principio y atendiendo a una interpretación literal de las normas del DIH, no. Hemos de recalcar la idea de que el DIH, al referirse al terrorismo, lo hace expresamente, y casi siempre, en relación con la población civil<sup>53</sup>. Muchos actos contrarios al DIH, tales como la prohibición del uso de armas, proyectiles, materias y métodos de guerra que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios (art. 35.2 del PAI), el ordenar que no haya supervivientes o conducir las hostilidades en función de tal decisión (art. 40 del PAI), pueden dirigirse contra los combatientes, por lo que si fuesen realizados con la finalidad principal de aterrorizarlo, podrían incluirse de *lege ferenda* en la definición propuesta de medidas de terrorismo<sup>54</sup>. Sin embargo, la realidad es que el derecho penal internacional no ha evolucionado en este camino, toda vez que las conductas prohibidas citadas son constitutivas de unos crímenes de guerra concretos, a saber, el artículo 8.2.b) xi) del Estatuto de la CPI castiga el declarar que no

---

<sup>51</sup> Cfr. PIGNATELLI y MECA, F., «La sanción...», *loc. cit.*, pp. 260 y ss.; JORGE URBINA, J., «La protección de las personas civiles en poder del enemigo y el establecimiento de una jurisdicción penal internacional», en *Revista Internacional de la Cruz Roja* 156, 2000, pp. 230 y ss.

<sup>52</sup> Sentencia del TPIY (Sala de Primera Instancia), de 31 de marzo de 2003, Prosecutor v. Naletilic y Martinovic, párr. 208.

<sup>53</sup> ABAD CASTELOS, M., «Una historia...», *loc. cit.*, p. 33.

<sup>54</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, M., *loc. cit.*, p. 91; ABAD CASTELOS, M., «Una historia...», *loc. cit.*, p. 34; cfr. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J. L., «Actos de terrorismo...», *loc. cit.*, p. 208; GASSER, H. P., *loc. cit.*, p. 557, todos estos autores propugnan la posibilidad de que las medidas de terrorismo prohibidas por el DIH se dirijan contra los miembros de las fuerzas armadas.

se dará cuartel y el artículo 8.2.b) xx) castiga el emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que causen daños superfluos o innecesarios o surtan efectos indiscriminados. En síntesis, actualmente no podemos hablar de medidas de terrorismo, en el seno de una contienda armada, contra los miembros de las fuerzas armadas o los combatientes<sup>55</sup>.

Ahora bien, la definición propuesta de medida de terrorismo podría abarcar determinadas conductas contrarias al DIH llevadas a cabo contra aquellas personas que han dejado de participar directamente en las hostilidades, como son los prisioneros de guerra, heridos o enfermos<sup>56</sup>. Aquellos comportamientos que consistieran en la ejecución de un acto de violencia prohibida por el DIH, por ejemplo, el homicidio de prisioneros de guerra con la finalidad de infundir terror entre los mismos, o incluso con el propósito de compeler a la otra parte beligerante a realizar o abstenerse de realizar algo, podrían calificarse, en términos amplios, de medida de terrorismo, aunque expresamente no venga así impuesta en las normas del DIH. Cuestión distinta es que el derecho penal internacional califique estas conductas como actos de terrorismo, cosa que en algunos casos no ocurrirá, como sucede con el Estatuto de la CPI, en donde no se incriminan expresamente los actos de terrorismo<sup>57</sup>, pero en otros casos sí ocurrirá, como sucede con el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda o el del Tribunal Especial para Sierra Leona, en donde el crimen de actos de terrorismo comprende ciertos injustos cometidos contra aquellas personas que ya no participan directamente en las hostilidades<sup>58</sup>.

## 2.2. EL PROTOCOLO I, DE 8 DE JUNIO DE 1977, ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES

La aprobación de los Protocolos Adicionales de 1977 constituye un avance esencial en el desarrollo del derecho de los conflictos arma-

---

<sup>55</sup> Cfr. PIGNATELLI y MECA, F., «La posibilidad...», *loc. cit.*, p. 60.

<sup>56</sup> Por ejemplo, el art. 13 del III Convenio de Ginebra de 1949, relativo al trato debido de los prisioneros de guerra, prohíbe todo acto ilícito o toda omisión ilícita por parte de la potencia detenedora, que comporte la muerte o ponga en peligro la salud de un prisionero de guerra en su poder; asimismo, dicho precepto obliga a que los prisioneros de guerra sean especialmente protegidos contra todo acto de violencia. De igual manera se pronuncia el art. 12 del I Convenio de Ginebra de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerza armadas en campaña.

<sup>57</sup> PIGNATELLI y MECA, F., «La posibilidad...», *loc. cit.*, p. 49.

<sup>58</sup> Cfr. CASSESE, A., *loc. cit.*, p. 172.

dos<sup>59</sup>. Con la aprobación del PAI se procede a configurar y regular los actos de terror desde una perspectiva totalmente distinta a la llevada a cabo en los Convenios de Ginebra de 1949. Así, en el artículo 51.2 del PAI se dispone que «No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil». Las características más relevantes de este precepto son las siguientes:

- i. La prohibición de realizar actos de terror se encuentra ubicada en la sección primera del título IV del PAI, relativo a la protección general contra los efectos de las hostilidades. Por ello, podemos significar que la finalidad de la comunidad internacional fue prohibir los actos de terror en la conducción de las hostilidades, es decir, como medio y método de combate, a fin de proteger a la población civil<sup>60</sup>.
- ii. El ámbito de aplicación del artículo 51.2 del PAI es más amplio que el artículo 33 del CGIV, toda vez que se protege con carácter general a la población civil, a diferencia del artículo 33 del CGIV que protege especialmente a las personas protegidas descritas en el artículo 4 del CGIV<sup>61</sup>. El concepto de población civil es más amplio que el de persona protegida, al establecer el artículo 50 del PAI que «es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refiere el artículo 4.A. 1), 2), 3) y 6) del CGIII y el artículo 43 del presente protocolo».
- iii. La prohibición configurada en el artículo 51.2 del PAI es especial, ya que la general es la prohibición de atacar a la población civil *ex art.* 51.1 del PAI, con base en el principio de distinción<sup>62</sup>.
- iv. No todo ataque que cause miedo o temor en la población civil está prohibido, al ser legítimos los ataques contra objetivos militares que puedan causar daños incidentales entre la población, siempre que se respeten las normas de proporcionalidad y precaución. Los ataques prohibidos son aquellos que se dirigen contra la población civil con la finalidad principal de aterrorizarla sin ánimo de obtener ninguna ventaja militar sustancial<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L., *loc. cit.*, pp. 98 y ss.

<sup>60</sup> FLECK, D., *loc. cit.*, p. 248; GASSER, H. P., *loc. cit.*, p. 555.

<sup>61</sup> SAUL, B., *loc. cit.*, p. 293.

<sup>62</sup> JODOIN, S., *loc. cit.*, p. 91; ARNOLD, R., *loc. cit.*, p. 74.

<sup>63</sup> GASSER, H. P., *loc. cit.*, p. 554; JODOIN, S., *loc. cit.*, p. 92; RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J. L., «Terrorismo y...», *loc. cit.*, p. 228; PICTET, J., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, párt. 1940; PIGNATELLI y MECA, F., «La posibilidad...», *loc. cit.*, p. 59.

- v. La norma que contiene la prohibición de realizar actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal es aterrorizar a la población civil ha cristalizado en derecho consuetudinario<sup>64</sup>.
- vi. Expresamente no se consideran crimen de guerra, en el Protocolo Adicional I, los actos o amenazas de violencia cuya finalidad sea causar terror entre la población civil. Sin embargo, los actos de hacer objeto de ataque a la población civil que causen heridos o muertos serán constitutivos de crímenes de guerra *ex art. 85.5 del PAI*, en particular, infracciones graves del DIH, pudiéndose por ello aplicar el principio de justicia universal para juzgar dichos crímenes a fin de cumplir el sistema de eficacia del DIH<sup>65</sup>.

### 2.3. EL PROTOCOLO II, DE 8 DE JUNIO DE 1977, ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL

El Protocolo Adicional II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (en adelante, PAII), desarrolla las normas esenciales que deben observarse durante una contienda armada no internacional. Con anterioridad, este tipo de conflicto armado estaba únicamente regulado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, en donde no se prohibían expresamente los actos de terrorismo. Aun así, no es menos cierto que dicho precepto prohíbe en todo tiempo y lugar, respecto de las personas que no participan directamente en las hostilidades, determinados actos, tales como el homicidio, la toma de rehenes, la tortura, etc., que podrían calificarse como actos de terror siempre que concurriese el elemento subjetivo analizado anteriormente<sup>66</sup>. Con la aprobación del PAII la comunidad internacional prohibió *ex art. 4.2.d) del PAII* los actos de terrorismo en todo tiempo y lugar respecto a las personas que no participan directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad. Igualmente, en el artículo 13.2 del PAII se prohíben los actos o amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizar

---

<sup>64</sup> HENCKAERTS, J. M., y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario. vol. I: Normas*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, p. 9; PICTET, J., «Commentary on the Additional Protocols...», *loc. cit.*, párr. 1923; CASSESE, A., *loc. cit.*, p. 172.

<sup>65</sup> CASSESE, A., *loc. cit.*, p. 173.

<sup>66</sup> KALSHOVEN, F., *loc. cit.*, p. 72; PÉREZ GONZÁLEZ, M., *loc. cit.*, p. 94; RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J. L., «Terrorismo y...», *loc. cit.*, p. 229.

a la población civil. Este último precepto tenemos que relacionarlo con las operaciones militares, tal y como indica el artículo 13.1 del PAII, al disponer que la población civil gozará de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Este precepto es específico y puede ofrecernos una definición de lo que serían los actos de terror en el curso de las hostilidades contra la población civil<sup>67</sup>. Como puede observarse, la prohibición de los actos de terror en el seno de los conflictos armados no internacionales es absoluta y completa, al cubrir tanto actos de *law enforcement* como actos llevados a cabo en la conducción de las hostilidades, lo que en mi opinión debería ocasionar la existencia de dos tipos penales distintos<sup>68</sup>. Un aspecto importante del artículo 4.2.d) del PAII es que el mismo protege a aquellas personas que han dejado de participar directamente en las hostilidades, estén privadas o no de libertad. Es decir, su ámbito de aplicación cubriría a las personas detenidas relacionadas con el conflicto armado no internacional, así como a los heridos o enfermos de las partes beligerantes.

El PAII no se aplica en situaciones de tensiones y disturbios internos, tales como motines y actos esporádicos y aislados de violencia (art. 1.2 del PAII), los cuales quedan al margen del DIH, rigiéndose por la normativa interna del país afectado y por el derecho internacional de los derechos humanos, lo que ocasionará que ciertos actos cometidos durante estas situaciones puedan ser constitutivos de acto de terrorismo en tiempo de paz. Asimismo, muchas de las conductas realizadas por la parte beligerante que está en confrontación armada con el gobierno, serán calificadas como delictivas por el gobierno, incluso como actos de terrorismo. Considero que los ataques legítimos dirigidos contra objetivos militares en el curso de una contienda armada doméstica no pueden ser calificados como terroristas por el derecho internacional. Ahora bien, tampoco es menos cierto que algunos ataques podrían ser contrarios al DIH, lo que conllevaría que fueran ilícitos y, por ende, reprochables penalmente. Pongamos un ejemplo: en un conflicto armado no internacional, una mujer que no tiene ningún rasgo distintivo de pertenecer a las partes beligerantes ni lleva armas abiertamente, es decir, tendría una apariencia de no participar directamente en las hostilidades siendo una persona civil, se acerca a una patrulla militar y cuando está a su lado detona diversos explosivos que llevaba unidos a su cuerpo y ocultos. Esta conducta, según la norma nacional, podría ser calificada como acto terrorista; sin embargo, según el DIH, también podría calificarse

<sup>67</sup> KALSHOVEN, F., *loc. cit.*, p. 76

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 73, como bien apunta este autor, el art. 4 del PAII tendrá una aplicación general, mientras que el art. 13.2 del PAII tiene un ámbito de aplicación limitado, al aplicarse en relación con las operaciones militares.

como acto pérfido, *ex art.* 37 del PAI, conducta en todo caso prohibida y constitutiva de un crimen de guerra según el artículo 8.2.e) ix) del Estatuto de la CPI<sup>69</sup>. No cabe la menor duda de que la mujer con apariencia de civil participaba directamente en las hostilidades<sup>70</sup>, hecho que desconocían los militares asesinados, ya que estos, con base en la buena fe, consideraron que tenían que dispensar la protección debida a la referida mujer. Lo anterior es un claro ejemplo de perfidia, comportamiento prohibido por el DIH, al simular la mujer el *status* de persona civil y no combatiente<sup>71</sup>.

Complicando la cuestión un poco más, ¿cómo podría calificarse la conducta llevada a cabo por un grupo armado organizado durante un conflicto armado no internacional, consistente en colocar una bomba en un vehículo militar de la parte adversaria causando la muerte de los militares que lo ocupaban y también de diversas personas civiles que deambulaban por los alrededores? Este supuesto podría admitir múltiples respuestas, reuniendo todas ellas un punto de coherencia y lógica; sin embargo, en mi opinión, siempre habrá que atender al supuesto particularmente analizado. Así, primeramente habrá que averiguar cuál era el propósito del grupo armado organizado. Si la finalidad principal del acto era causar terror entre la población civil estaríamos ante un acto terrorista en tiempo de conflicto armado; si la finalidad principal del acto era acabar con la vida de los militares enemigos, no lo sería, pudiendo hallarnos ante un ataque indiscriminado, siempre que los muertos o heridos de la población civil sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista<sup>72</sup>. El término «excesivos» es un

<sup>69</sup> El art. 8.2.e.ix del Estatuto de la CPI castiga como crimen de guerra el matar o herir a traición a un combatiente adversario.

<sup>70</sup> Cfr. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J. L., «Cuestiones suscitadas por la participación directa de personas civiles en la acción hostil, dentro del marco de los conflictos armados», en *Lucha contra el terrorismo, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, PÉREZ GONZÁLEZ, M. (dir.), CONDE PÉREZ, E. (coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 133 y ss.

<sup>71</sup> Igualmente, el derecho de los conflictos armados prohíbe esta conducta, toda vez que en el art. 23.b) del Reglamento de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre queda prohibido de manera especial el matar o herir a traición a individuos pertenecientes a la nación o ejército enemigo.

<sup>72</sup> Los ataques indiscriminados están criminalizados en el Estatuto de la CPI como crímenes de guerra cuando son cometidos en el seno de una contienda armada internacional, pero si ocurren en una contienda armada no internacional no lo están. Sin embargo, según el derecho consuetudinario, los ataques indiscriminados pueden concurrir en todo tipo de conflicto armado, al haber cristalizado las normas que los regulan en costumbre internacional, cfr. HENCKAERTS, J. M., y DOSWALD-BECK, L., *loc. cit.*, pp. 43 y ss.; cfr. Decisión del TPIY (Sala de Apelaciones), de 10 de enero de 1995, de 2 de octubre de 1995, *Prosecutor v. Tadic*, párr. 127; cfr. sentencia del TPIY (Sala de Primera Instancia), de 14 de enero de 2000, *Prosecutor v. Kupreskic*, IT-95-16-T, párr. 524; sentencia del TPIY (Sala de Primera Instancia), de 5 de diciembre de 2003, *Prosecutor v. Galic*, párr. 57. Dependiendo del tribu-

concepto jurídico indeterminado que deberá precisarse caso por caso, atendiendo a las características y naturaleza del hecho concreto<sup>73</sup>. Igualmente, si el acto está dirigido especialmente contra militares que participan en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles, dicho injusto podría calificarse como un crimen de guerra contra miembros del personal de Naciones Unidas, tipificado en el artículo 8.2.e.iii) del Estatuto de la CPI.

#### 2.4. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ACTOS O AMENAZAS DE VIOLENCIA CUYA FINALIDAD SEA ATERRORIZAR A LA POBLACIÓN CIVIL EN EL SENO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

El artículo 51.2 del PAI y el artículo 13.2 del PAII nos ofrecen un elemento capital a tener en cuenta, a saber, determinados actos o amenazas de violencia están prohibidos si la finalidad de los mismos es aterrorizar a la población civil. En mi opinión, los actos o amenazas de violencia se refieren a los ataques militares, entendiéndolos en un sentido amplio, no exclusivamente dentro de la connotación de las operaciones militares. Esta tesis podría justificarse toda vez que la conducta prohibida por el DIH se ubica dentro de la protección contra las hostilidades, es decir, de los ataques en el seno de una contienda armada; y sobre todo, porque la prohibición va precedida de la prohibición de atacar a la población civil, tanto en el PAI como en el PAII. El artículo 49.1 del PAI define los ataques como los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos<sup>74</sup>. Estos ataques no son más que el uso de la fuerza armada para llevar a cabo una operación militar al principio o durante el curso de una contienda armada<sup>75</sup>. Así pues, el término «ataque» *in strictu sensu* sería una acción de combate, es decir, el empleo de las armas para ejecutar una operación militar<sup>76</sup>; incluso serían una acción hostil, a saber, las acciones bélicas que

---

nal encargado de enjuiciar los hechos, el mismo injusto podría estar castigado en un caso y en otro no. En cualquier caso, lo recomendable es que los ordenamientos penales nacionales tipifiquen los ataques indiscriminados independientemente del conflicto armado en el que se produzca, así podría darse una solución jurídica adecuada al supuesto planteado, como sucede en el caso español con el art. 611 del Código Penal, cfr. PIGNATELLI y MECA, F., «La sanción...», *loc. cit.*, pp. 355 y ss.

<sup>73</sup> Cfr. SOLÍS, G., *The law of armed conflict. International humanitarian law in war*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 274; cfr. GREEN, L.C., *loc. cit.*, p. 185; cfr. FLECK, D., *loc. cit.*, pp. 203 y ss.

<sup>74</sup> PICTET, J., «Commentary on the Additional Protocols...», *loc. cit.*, párrs. 1879 y ss.

<sup>75</sup> *Ibidem*, párr. 1882.

<sup>76</sup> PIGNATELLI y MECA, F., «La sanción...», *loc. cit.*, p. 357.

implican el uso de la fuerza y dirigidas contra el adversario<sup>77</sup>. En cualquier caso, la noción de «ataque» denota una fuerza física, por lo que en principio no estarían incluidos los actos de propaganda, actos económicos o psicológicos<sup>78</sup>. Dicho esto, la noción de «ataque», además de englobar las acciones hostiles contra el adversario en el curso de las operaciones militares, también comprendería aquellas conductas que constituyan un uso de la fuerza sobre la población civil o sobre las personas que han dejado de participar en las hostilidades, ejecutadas en el seno de una contienda armada y, particularmente, en el curso de las hostilidades<sup>79</sup>. No se trataría de una medida de *law enforcement* llevada a cabo para mantener el orden o seguridad de los territorios bajo control, sino que se trataría del recurso ilegítimo y prohibido de los medios y métodos de combate, al utilizarse contra la población civil y aquellas personas que ya no participan directamente en las hostilidades<sup>80</sup>.

En suma, los ataques se dirigirán únicamente contra objetivos militares, según preceptúa el artículo 52.2 del PAII<sup>81</sup>. Llegados a este punto, podemos asemejar la noción de acto o amenaza de violencia cuya finalidad es aterrorizar a la población civil como *toda conducta que implique el uso o la amenaza de la fuerza sobre la población civil o sobre las personas que han dejado de participar directamente en las hostilidades, ejecutadas en el seno de una contienda armada, particularmente, en el curso de las hostilidades y que tienen como principal y directa finalidad aterrorizar a las personas antedichas, al no ofrecer ninguna ventaja militar concreta y directa tal acción violenta*.

<sup>77</sup> FERNÁNDEZ-FLORES y FUNES, J. L., *El derecho de los conflictos armados. De Iure Belli. El derecho de la guerra*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2001, p. 439

<sup>78</sup> BOTHE, M., PARTSCH, K. J., y SOLF, W. A., *New rules for victims of armed conflicts*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 289; el minar la moral de la población civil no constituye ninguna ventaja militar, cfr. SOLÍS, G., *loc. cit.*, p. 523.

<sup>79</sup> Cfr. MELZER, N., *loc. cit.*, p. 40.

<sup>80</sup> Los ataques deben estar dirigidos únicamente contra objetivos militares, toda vez que los ataques contra la población civil están prohibidos, constituyendo los mismos crímenes de guerra, al quebrantarse el principio consuetudinario de distinción, cfr. SOLÍS, G., 2010, *loc. cit.*, p. 252; HENCKAERTS, J. M., y DOSWALD-BECK, L., *loc. cit.*, p. 8; Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 19 de julio de 1996, asunto *sobre la legalidad de la amenaza o del empleo de las armas nucleares*, párr. 78.

<sup>81</sup> Es decir, aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción parcial o total ofrezca una ventaja militar definida; igualmente, serán objetivos militares aquellas personas que participen directamente en las hostilidades, cfr. DINSTEIN, Y., *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 89 y ss.; cfr. RODRIGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J. L., «Cuestiones suscitadas...», *loc. cit.*, pp. 152 y ss.

### 3. NATURALEZA COMO CRIMEN INTERNACIONAL DE LOS ACTOS DE TERROR CONTRA LA POBLACIÓN CIVIL DURANTE UN CONFLICTO ARMADO

Los actos de terror durante un conflicto armado no han sido tipificados en el Estatuto de la CPI, pero lo anterior no conlleva que actualmente sean considerados un crimen internacional, concretamente un crimen de guerra. El crimen internacional es aquel comportamiento que viola gravemente una norma de derecho internacional que impone la correspondiente responsabilidad penal, poniendo en peligro o lesionando bienes jurídicos internacionales, los cuales están vinculados con la paz y seguridad internacional y con los derechos humanos en el seno de un conflicto armado. En síntesis, su origen y represión penal se encuentra en el derecho internacional, sin perjuicio de que posteriormente los Estados los hayan tipificado en su legislación penal interna<sup>82</sup>. Los actos de terror durante un conflicto armado pueden dividirse en dos tipos penales distintos, los actos de terrorismo, los cuales traen causa de su tipificación en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *ex art. 4.d*), y en el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, *ex art. 3.d*); y los actos de violencia contra la población civil con la finalidad de aterrorizarla, de origen consuetudinario y con base legal en el artículo 51.2 del PAI y el artículo 13.2 del PAII. Los actos de terrorismo castigados en el Estatuto del Tribunal *ad hoc* de Ruanda y en el del Tribunal Especial para Sierra Leona, imponen una responsabilidad directa por la comisión de actos de terrorismo, entendida esta como grave violación del Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra. Los bienes jurídicos de los susodichos tipos penales pertenecen al orden internacional, es decir, son supraindividuales, ya que se protege la paz y seguridad internacional<sup>83</sup>. La tipificación de los actos de terrorismo en los Estatutos anteriormente citados tiene su origen en lo establecido en el artículo 4 del PAII, norma de naturaleza consuetudinaria<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Cfr. GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 51 y ss.; cfr. CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D., y WILMSHURST, E., *An Introduction to International Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 5; cfr. EINARSEN, 2012, *The concept of universal crimes in international law*, Oslo, Torkel Opsahl Academic EPublisher, p. 248; CASSESE, A., *loc. cit.*, pp. 12 y ss.

<sup>83</sup> GIL GIL, A., *loc. cit.*, p. 179.

<sup>84</sup> Se ha sostenido por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda que el art. 4 del PAII, que lleva por título «garantías fundamentales», complementa al art. 3 común de los Convenios de Ginebra, el cual forma parte del derecho consuetudinario, por lo que aquel también ha cristalizado en derecho consuetudinario, entrañando la violación de los susodichos preceptos responsabilidad penal, cfr. sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Sala de Primera Instancia), de 2 de septiembre de 1998, *Prosecutor v. Aka-*

### 3.1. EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

#### 3.1.1. Violaciones de las leyes y usos de la guerra

La sentencia del TPIY, de 5 de diciembre de 2003, contra el general Galic, posteriormente ratificada por la Sala de Apelaciones, mediante sentencia de 30 de noviembre de 2006, supuso el reconocimiento internacional del injusto consistente en realizar actos de violencia contra la población civil con la finalidad de aterrorizarla como crimen internacional, particularmente, como un crimen de guerra. Los presupuestos requeridos por el TPIY para que ciertas conductas fuesen constitutivas de violaciones de las leyes y usos de la guerra fueron los siguientes:

- i. La conducta debe contravenir una norma de DIH.
- ii. La norma debe ser consuetudinaria en su naturaleza o, si pertenece al derecho convencional, debe ser conocida por el responsable.
- iii. La conducta debe entrañar una violación grave, es decir, debe constituir una infracción de las reglas que protegen valores importantes y debe implicar graves consecuencias para la víctima.
- iv. La violación de la norma debe entrañar, bien por el derecho consuetudinario, bien por el derecho convencional, responsabilidad penal individual<sup>85</sup>.

Si un determinado injusto reúne los presupuestos antedichos, el tribunal *ad hoc* podría calificarlo como una violación de las leyes y usos de la guerra, aunque no venga expresamente tipificado. Evidentemente, esta postura mantenida por el tribunal ha tenido muchos detractores, ya que consideraban que se ponía en peligro el principio de legalidad, al no venir tipificada la conducta en el Estatuto del TPIY, utilizándose como posible criterio de criminalización que la misma fuese contraria al derecho convencional<sup>86</sup>. La Sala de Apelaciones del TPIY ha ratificado esta tesis, llegando a sostener que un determinado acto puede ser juzgado aunque el mismo no forme parte del derecho consuetudinario, siempre que conven-

---

yesu, ICTR-96-4-T, párrs. 610 a 616; sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona (Sala de Primera Instancia), de 2 de marzo de 2009, *Prosecutor v. Sessay, Kallon y Gbao*, SCSL-04-15-T, párr. 62.

<sup>85</sup> Decisión Interlocutoria del TPIY, de 2 de octubre de 1995, caso Tadic, párrs. 94 y ss.

<sup>86</sup> ZAHAR, A., y SLUITER, G., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 90; WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 440 y 441.

cionalmente obligue al responsable; en síntesis, el derecho convencional puede constituir base penal suficiente para configurar un tipo penal en el ámbito de jurisdicción de este tribunal *ad hoc*<sup>87</sup>. Asimismo, el injusto deberá reunir las características propias de todo crimen de guerra. A modo de síntesis, y sin ánimo exhaustivo de centrarnos en los mismos, los presupuestos de los crímenes de guerra son que se lleven a cabo en el seno de un conflicto armado, ora internacional, ora no internacional; que guarden una conexión con el contexto armado, es decir, con la contienda armada existente, incluyendo las situaciones de ocupación bélica; que sean cometidos, con carácter general, con dolo, a saber, con voluntad y conocimiento del injusto, ya que existen ciertos crímenes de guerra que podrían ser realizados imprudentemente; y que reúnan cierta gravedad, toda vez que no toda contravención del DIH podría ser calificada como un crimen de guerra<sup>88</sup>.

### **3.1.2. El caso Galic y Milosevic**

El proceso penal seguido al general Stanislav Galic, comandante del Ejército Serbio-Bosnio, se debe a que dicho oficial general, durante el periodo comprendido entre el 10 de septiembre de 1992 y el 10 de agosto de 1994, condujo una campaña militar prolongada contra la ciudad de Sarajevo consistente en el bombardeo y el uso de francotiradores contra la población civil. Estos hechos fueron calificados como actos de violencia con el fin de aterrorizar a la población civil, es decir, como una violación de las leyes y usos de la guerra. La base normativa sobre la que se asentó la acusación y, por ende, el tipo penal aplicado fue el artículo 51.2 del PAI y el artículo 13.2 del PAII<sup>89</sup>. Igualmente, Dragomir Milosevic fue enjuiciado por el sitio de Sarajevo, durante el tiempo comprendido entre agosto de 1994 y noviembre de 1995, principalmente, a causa de los medios empleados en el mismo, que fueron planeados y ordenados por el acusado. Estos procesos constituyen un claro ejemplo de la prohibición de llevar a cabo determinados actos de violencia contra la población civil con el fin de aterrorizarla,

---

<sup>87</sup> Sentencia del TPIY (Sala de Primera Instancia), de 26 de febrero de 2001, *Prosecutor v. Kordic y Cerkez*, párrs. 41 y ss.

<sup>88</sup> Sobre este aspecto, resulta oportuno criticar la redacción del art. 614 del Código Penal, el cual castiga penalmente cualquier contravención o acto contrario del DIH. En mi opinión, no toda contravención del DIH es merecedora de ser castigada penalmente, ya que el derecho disciplinario militar podría servir como herramienta para corregir determinados comportamientos que no sean graves, admitiendo esta posibilidad el art. 87.3 del PAI.

<sup>89</sup> Sentencia del TPIY (Sala de Apelaciones), de 30 de noviembre de 2006, *Prosecutor v. Galic*, párr. 87 (en adelante, caso Galic [Sala de Apelaciones]).

todo ello, como un método de combate, ya que la finalidad de los acusados era obtener la plaza de Sarajevo, que fue tratada como un objetivo militar, siéndoles indiferente los medios de combate empleados para ello.

### 3.1.2.1. *Naturaleza consuetudinaria del artículo 51.2 del PAI y el artículo 13.2 del PAII*

Si bien es cierto que la base penal de la acusación se sustentó en el quebrantamiento de normas convencionales, obligatorias para las partes beligerantes en el momento de la comisión de los hechos, no es menos cierto que la Sala de Apelaciones fundamentó que dicho crimen de guerra pertenecía ya al derecho consuetudinario<sup>90</sup>, siendo las normas que lo regulan de naturaleza *ius cogens*<sup>91</sup>.

### 3.1.2.2. *Criminalización de los actos de violencia cuya finalidad es aterrorizar a la población civil*

También de Primera Instancia consideró que este injusto conllevaba responsabilidad penal, principalmente, con base en el derecho convencional<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> Caso Galic (Sala de Apelaciones), párr. 86. Igualmente, conviene tener en cuenta el voto particular del juez SCHOMBURG'S, quien entendió que el crimen analizado no pertenecía al derecho consuetudinario, cfr. BIANCHI, A., y NAQVI, Y., *International Humanitarian Law and Terrorism*, Oxford, Hart Publishers, 2011, pp. 223 y 224; VAN DER VYVER, J. D., *loc. cit.*, pp. 541 y ss.; conviene reseñar que el TPIY castigó en procesos anteriores otros comportamientos que causaron terror entre la población civil, aunque no se llegó a condenar expresamente por actos de terror, cfr. sentencias del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, caso Blaskic (IT-95-14-T), de 3 de mayo de 2000, y Kristic (IT-98-33-T), de 2 de agosto de 2001. La Sala de Primera Instancia evitó pronunciarse sobre si el art. 51.2 del PAI y el art. 13.2 del PAII formaban parte del derecho consuetudinario, simplemente se limitaron a decir que la norma convencional vinculaba al responsable, en virtud del Acuerdo de 22 de mayo de 1992 suscrito entre las partes beligerantes y que la prohibición específica de aterrorizar a la población civil era una norma de *ius cogens*, al proteger los mismos valores que la prohibición general de atacar a la población civil, cfr. sentencia del TPIY (Sala de Primera Instancia), de 5 de diciembre de 2003, *Prosecutor v. Galic*, párr. 98 (en adelante, caso Galic [Sala de Primera Instancia]); ello se debió a que tanto el art. 51.2 del PAI como el art. 13.2 del PAII son preceptos especiales radicados dentro de un principio general fundamental del DIH, a saber, el principio de distinción y la prohibición de atacar a civiles, cfr. Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 8 de julio de 1996, asunto de la legalidad de las amenazas de armas nucleares, párrs. 226 y 257; DINSTEIN, Y., *loc. cit.*, p. 8; SOLÍS, G., *loc. cit.*, p. 256.

<sup>91</sup> Cfr. HENCKAERTS, J. M., y DOSWALD-BECK, L., *loc. cit.*, pp. 10 y ss.

<sup>92</sup> Caso Galic (Sala de Primera Instancia), párr. 127; la Sala de Primera instancia acudió al informe de la Comisión de Juristas de 1919; al proceso marcial seguido contra Shigeki Motomura *et al.* en el año 1947, anteriormente analizado; a la criminalización de los

También entendió que los actos de terror eran de la misma naturaleza que la prohibición general de atacar a la población civil, la cual había sido «criminalizada» en el artículo 85.3 del PAI, como una infracción grave del DIH. La Sala consideró que los actos de terror ocasionaron la muerte y lesiones de la población civil y, sobre todo, ostentaban un plus de intención, consistente en aterrorizarla, por lo que podían ser equiparados a una infracción grave del DIH, siendo actos criminales que conllevaban responsabilidad penal<sup>93</sup>, en concreto, crímenes de guerra, *ex art.* 85.5 del PAI<sup>94</sup>. En cualquier caso, tenemos que recalcar que los actos de terror contra la población civil no son una infracción grave del DIH *in strictu sensu*.

### *3.1.2.3. Elementos del crimen de guerra*

*Actos de violencia dirigidos contra la población civil o personas civiles que no participan directamente en las hostilidades*<sup>95</sup>: La Sala de Primera Instancia consideró que los actos de violencia no incluían los ataques legítimos, sino que lo prohibido eran los ataques ilegítimos contra la población civil. Aquellos actos de violencia cometidos en el curso de las hostilidades que contravengan las normas del DIH podrán conformar el *actus reus* del tipo penal. Por ejemplo, los ataques contra obras o ins-

---

actos de terrorismo sistemático en la Australia's War Crimes Act de 1945; a la prohibición del art. 33 del CGIV; a la prohibición del art. 51.2 del PAI y art. 13.2 del PAII; a la criminalización de los actos de terror contra la población civil en conflictos armados contenida en la legislación penal del antiguo Estado de la República Federal de Yugoslavia; al acuerdo de 22 de mayo de 1992; y a la condena dictada por un tribunal croata, con fecha 26 de mayo de 1997, contra Rajko Radulovic, por la comisión de llevar a cabo un plan de terror y maltrato de la población civil.

<sup>93</sup> Caso Galic (Sala de Primera Instancia), párrs. 127 y 128.

<sup>94</sup> La Sala de Apelaciones confirmó lo sostenido por la Sala de Primera Instancia, añadiendo antecedentes de legislaciones penales domésticas que criminalizaban los actos de violencia contra la población civil con la finalidad de aterrorizarla, como por ejemplo la Geneva Conventions Act of Ireland de 1962, el Código Penal Militar de Noruega de 1902 y el Código Penal de 2005, el Código Penal de la República Checa, de Etiopía y de Costa de Marfil, *cfr.* Caso Galic (Sala de Apelaciones), párrs. 94 y ss. También tenemos que reseñar que la Fiscalía refirió como antecedente de criminalización de la conducta estudiada el art. 611.1.º del Código Penal español; *cfr.* G. WERLE, 2005, *loc. cit.*, p. 530; *cfr.* ZAHAR, A., y SLUITER, G., *loc. cit.*, p. 143.

<sup>95</sup> Caso Galic (Sala de Primera Instancia), párrs. 133 y ss.; el Tribunal *ad hoc* consideró que no era necesario demostrar la existencia de un estado de terror entre la población civil, toda vez que no sería un elemento del tipo penal referido, por lo que no tenía que acreditarse relación de causalidad alguna entre los actos de violencia y la producción del citado estado de terror. El aterrorizar a la población civil entraría dentro de la *mens rea* del responsable.

talaciones que contienen fuerzas peligrosas (art. 56 del PAI), los ataques indiscriminados (arts. 51.4 y 51.5 del PAI<sup>96</sup>) y los ataques contra la población civil (art. 51.2 del PAI) podrían constituir el *actus reus* del tipo. Un aspecto destacable del caso Milosevic es que se consideraron como *actus reus* los ataques indiscriminados llevados a cabo por medio de bombas aéreas modificadas, las cuales eran muy imprecisas, siendo este aspecto conocido por el acusado<sup>97</sup>.

El tipo penal fue configurado como un delito de resultado, al exigirse la muerte o lesiones graves entre la población civil. Ahora bien, posteriormente la Sala de Apelaciones en el caso Milosevic consideró que no era imprescindible que concurrieran muertes o lesiones entre la población civil, siendo suficiente que las víctimas sufran graves consecuencias por los actos de violencia realizados<sup>98</sup>. Esta tipificación difiere de la estipulada en el artículo 8.2.b.i) del Estatuto de la CPI, que castiga los ataques contra la población civil de modo genérico, ya que no se exige resultado alguno, tratándose por ello de un delito de mera actividad y de peligro, lo que da lugar a una mayor protección sobre las personas protegidas por el DIH<sup>99</sup>. El tribunal no consideró que los daños morales o psíquicos pudieran estar incluidos en el crimen analizado<sup>100</sup>. Por último, el sujeto pasivo del tipo sería, únicamente, la población civil y las personas que no participan directamente en las hostilidades, por lo que podrían estar incluidos en algunos casos los prisioneros de guerra, heridos, enfermos y naufragos; los combatientes no, ya que estos participan en las hostilidades y tienen como carga ser un objetivo militar legítimo.

*Hacer intencionadamente a la población civil o a las personas civiles que no participan directamente en las hostilidades objeto de tales actos de violencia:* Este elemento nos introduce de pleno en la *mens rea* de responsable, es decir, la voluntad de cometer el delito y el conocimiento de su antijuricidad. El tribunal *ad hoc* pasó de largo sobre este elemento subjetivo,

<sup>96</sup> Caso Galic (Sala de Apelaciones), párr. 102.

<sup>97</sup> Sentencia del TPIY (Sala de Primera Instancia), de 12 de diciembre de 2007, ICTY-98-29/1-T, Prosecutor v. Milosevic, párr. 912 (en adelante, caso Milosevic [Sala de Primera Instancia]).

<sup>98</sup> Sentencia del TPIY (Sala de Apelaciones), de 12 de noviembre de 2009, Prosecutor v. Dragar Milosevic, IT-98-29/1-A, párr. 33 (en adelante, caso Milosevic [Sala de Apelaciones]).

<sup>99</sup> OLÁSALO ALONSO, H., *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 264 y ss.

<sup>100</sup> Este aspecto fue posteriormente propuesto en el voto particular del juez LIU DAQUIN en el caso Milosevic (Sala de Primera Instancia), voto particular, párrs. 25 y ss.

centrándose exclusivamente en el tercer elemento, la intención de aterrorizar a la población civil<sup>101</sup>. El injusto de atacar a la población, con carácter general, puede cometerse dolosamente, incluyendo el *dolus eventualis*<sup>102</sup>, por lo menos en el ámbito del TPIY, ya que la CPI no reconoce el dolo eventual. Igualmente, nos tenemos que preguntar sobre la posibilidad de que el ataque contra la población civil pueda cometerse imprudentemente. Según la *praxis* de la CPI esto no es posible, al no incluirse en los tipos penales del Estatuto ni en los elementos de los crímenes de guerra elemento subjetivo alguno que propicie la inclusión de la imprudencia, por lo menos en lo relativo a los ataques contra la población civil. Empero lo anterior, la *praxis* de los tribunales *ad hoc* es bien distinta. Así, el Tribunal Especial para Sierra Leona afirmó en relación a los ataques contra la población civil que los mismos podían cometerse mediante *recklessness*, es decir, por imprudencia consciente<sup>103</sup>, quedando excluida la mera negligencia<sup>104</sup>. De igual manera se pronunció el TPIY en el caso Galic, en donde sostuvo que el término *wilfully* comprendía el concepto de *recklessness*, excluyéndose la simple negligencia<sup>105</sup>.

*Los actos de violencia deben haberse cometido con el propósito principal de aterrorizar a la población civil:* Este es el elemento nuclear del tipo, a saber, los actos de violencia deben tener como finalidad principal aterrorizar a la población civil o a las personas que han dejado de participar directamente en las hostilidades. Nos encontraríamos ante el denominado *dolus specialis*, no siendo suficiente un dolo genérico o eventual, aunque

<sup>101</sup> En realidad se trató en el crimen de guerra de atacar a la población civil por el que también se acusó a Galic, pero en ningún caso se remitieron a lo expuesto en la acusación anterior.

<sup>102</sup> Si un miembro de la parte beligerante decide lanzar un proyectil con su mortero contra la población civil, a fin de atacarla, nos encontraríamos ante un dolo en primer grado; si lanza el proyectil con su mortero con la finalidad de destruir un vehículo militar, pero es consciente de que a su vez matará a muchos niños que se encuentran jugando al lado del vehículo, nos encontraríamos ante un dolo en segundo grado; y si lanza el proyectil contra el vehículo militar siendo consciente de la probabilidad de que matará a muchos niños que están jugando al lado del vehículo, aceptando dicho riesgo, nos encontraríamos ante un dolo eventual; cualquiera de estas conductas estaría prohibida por el DIH, salvo que pueda entrar en juego la proporcionalidad del ataque, aspecto muy discutible en el supuesto planteado, ya que la muerte o lesiones graves que se pueden causar a los niños serían excesivos respecto de la ventaja militar que pudiera ofrecer el destruir un vehículo militar y a sus ocupantes (art. 57.2.a.iii) del PAI); cfr. OLÁSOLO ALONSO, H., *loc. cit.*, p. 266.

<sup>103</sup> Cfr. BADAR, M. E., *The concept of mens rea in international criminal law*, London, Hart Publishing, 2012, pp. 112 y ss.

<sup>104</sup> Sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona (Sala de Primera Instancia), de 2 de marzo de 2009, *Prosecutor v. Sessay, Kallon y Gbao*, SCSL-04-15-T, párr. 118.

<sup>105</sup> Caso Galic (Sala de Primera Instancia), párr. 54.

se admite que puedan concurrir otros propósitos alternativos, pero en cualquier caso, el principal debe ser aterrorizar a las personas antedichas<sup>106</sup>. La acreditación de este dolo especial puede inferirse de un análisis de la naturaleza y contexto de los actos de violencia. En el caso Galic se dedujo porque los ataques contra la población civil eran numerosos, no tenían como finalidad obtener una ventaja militar, ocurrían tanto de día como de noche, no había objetivos militares próximos y las víctimas no llevaban uniforme alguno que pudiera confundirlas con combatientes, ni siquiera llevaban armas abiertamente<sup>107</sup>. En el caso Milosevic se sostuvo que los ataques hechos de día contra civiles que se encuentran en mercados, en plazas públicas, en transportes públicos o en puntos de distribución de agua eran claros indicios de que la finalidad no era otra que aterrorizar a la población civil<sup>108</sup>. Lo anterior conlleva que este crimen sea un tipo agravado respecto del crimen de guerra genérico de atacar a la población civil<sup>109</sup>. Por aterrorizar a la población civil se entiende causar miedo extremo<sup>110</sup>, y por terror podría entenderse la sensación de no estar seguro en ningún momento y en ninguna parte de la ciudad, en síntesis, sería la intención de arrebatarse cualquier sensación de seguridad<sup>111</sup>.

### 3.1.3. El caso *Prilc'et al.*

La reciente Sentencia del TPIY, dictada el día 29 de mayo de 2013, en el caso *Prilc'et al.*, ha vuelto a tratar el asunto de los actos de terror en el contexto de un conflicto armado, concretamente, se ha analizado el sitio de Mostar y los ataques que se dirigieron contra dicha plaza a fin de obtener su control y lograr expulsar a la población civil de la misma. En la referida resolución judicial se analiza el uso indiscriminado de determinados ataques contra la población civil, principalmente, el uso de francotiradores y los bombardeos de artillería. Con relación a los ataques de artillería se entendió que los mismos tenían la finalidad de aterrorizar a la población civil, toda vez que fueron ininterrumpidos durante un período de tiempo de

<sup>106</sup> Caso Galic (Sala de Apelaciones), párr. 104.

<sup>107</sup> *Ibidem*, párrs. 107 y 108.

<sup>108</sup> Caso Milosevic (Sala de Primera Instancia), párr. 881.

<sup>109</sup> *Ibidem*, párr. 882.

<sup>110</sup> Caso Galic (Sala de Primera Instancia), párr. 75.

<sup>111</sup> Caso Milosevic (Sala de Primera Instancia), párr. 885, este grado de inseguridad se alcanza no solo por la cercanía de los combates, aspecto que no sería reprochable penalmente, sino que se obtiene cuando la inseguridad creada como método de guerra tiene por finalidad desmoralizar a la población civil que no participa en las hostilidades.

9 meses, no se limitaron a objetivos específicos y fueron lanzados en áreas en donde la población civil era numerosa y muy densa, causando por ello cuantiosos daños en las personas y sus propiedades que eran desproporcionados con la ventaja militar que se pretendía obtener<sup>112</sup>. Sobre los ataques de los francotiradores contra la población civil, huelga significar que los mismos iban dirigidos contra niños, mujeres y otra serie de personas que no eran combatientes, eran efectuados durante todo el día y en espacios y lugares de vital importancia para la población civil, como supermercados, fuentes de agua, etc.

Sea como fuere, lo más importante de esta resolución judicial y, a la vez, lo más criticable, es la extensión que se ha efectuado sobre el *actus reus* que conforma el tipo penal estudiado. El Tribunal consideró que la destrucción deliberada de diez mezquitas por parte del Ejército del HVO, sin ningún valor militar, así como la destrucción del viejo puente de Mostar, tenía como finalidad minar la moral de la población civil, de mayoría musulmana, siendo el HVO consciente de esta circunstancia, al tratarse de bienes civiles con un elevado valor simbólico, cultural e histórico<sup>113</sup>. Igualmente, la Sala de Primera Instancia manifestó que la situación de aislamiento que se pretendía llevar a cabo en la ciudad de Mostar, mediante los bloqueos efectuados por el HVO, los ataques contra personal de Naciones Unidas, así como el entorpecimiento de suministros de naturaleza humanitaria para la población civil, tenían como finalidad aterrorizar a la población civil<sup>114</sup>. Realmente, entiendo que el Tribunal ha interpretado extensivamente la acción tipificada en el crimen de guerra analizado, ya que los hechos anteriormente referidos no son actos directos o indirectamente dirigidos contra la población civil. Si bien es cierto que los ataques contra la propiedad de la población civil podrían tener acogida en el tipo penal, aquellos que se realizasen contra otra serie de bienes civiles que no tuvieran un impacto negativo directo e inmediato en la población civil, como son los lugares de culto, no deberían incluirse dentro del delito estudiado, perteneciendo a otra clase de crímenes de guerra igualmente tipificados y castigados. En mi opinión, la finalidad principal de los crímenes referidos no era otra que desplazar a la población civil, por lo que lo esencial era eliminar todo rastro de identidad de esta población en la ciudad de Mostar, bien de culto o de relevancia cultural (puente viejo). La destrucción de lugares de culto y bienes civiles ajenos

<sup>112</sup> Sentencia del TPIY (Sala de Primera Instancia), de 29 de mayo de 2013, IT-04-74-T, caso *Prlic 'et al*, párr. 1689.

<sup>113</sup> *Ibidem*, párr. 1690.

<sup>114</sup> *Ibidem*, párr. 1691.

a la propiedad privada de la población civil y que, prima facie, no serían de vital importancia para esta, no causarían un miedo extremo ni una sensación de inseguridad constante, al tratarse de unos hechos aislados y puntuales, totalmente distintos de los ataques directos contra la población civil mediante piezas de artillería y francotiradores, los cuales se hacían en cualquier momento, en cualquier lugar y contra cualquier persona, obteniéndose la sensación de inseguridad requerida; estos ataques sí tenían la finalidad principal de aterrorizarla.

### 3.2. EL TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA

Las sentencias que procederemos a analizar tienen un punto en común todas ellas, muchos de los hechos enjuiciados no ocurrieron en el curso de las hostilidades, sino que tuvieron lugar como represalia o castigo contra la población civil por no apoyar a los grupos armados organizados del territorio o por apoyar al gobierno del país, todo ello mientras estos grupos armados organizados controlaban parte del territorio en donde acontecieron los hechos criminales. Esto, desde mi punto de vista, conllevaría que nos encontrásemos ante un tipo penal distinto que el analizado anteriormente; estaríamos ante el crimen de guerra de actos de terrorismo en el seno de un conflicto armado. En el caso *Brima, Kamara y Kanu* los imputados llevaron a cabo una campaña de terror y castigo contra la población civil, bien por haber ayudado al gobierno o bien por no haber ayudado al grupo armado organizado AFRC o los que le eran afines. Múltiples actos de violencia fueron realizados para hacer ver a la población lo que les esperaba si no colaboraban con ellos. Entre los mismos encontramos la abducción de niñas y mujeres para convertirlas en esclavas sexuales y realizar trabajos forzados, la abducción de niños para trabajos forzados o para formar parte del grupo armado organizado, asesinatos ilícitos, violencia física y sexual y destrucción de bienes<sup>115</sup>. En cuanto al uso de niños soldados el tribunal consideró que estos no tenían como finalidad principal aterrorizar a la población civil, sino que fue para fines militares o relacionados con el mismo<sup>116</sup>. Con respecto a la abducción de niñas y mujeres como esclavas sexuales, tampoco el tribunal apreció que la finalidad de tales actos estuviese dirigida a aterrorizar a la población civil, siendo el propósito de los mismos tratarlas como

---

<sup>115</sup> Sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona (Sala de Primera Instancia), de 20 de junio de 2007, *Prosecutor v. Brima, Kamara y Kanu*, SCSL-04-16-T, párrs. 1431 y 1432.

<sup>116</sup> *Ibidem*, párrs. 1447 a 1450.

botín de guerra<sup>117</sup>. Ahora bien, la violencia física llevada a cabo contra la población civil, consistente en múltiples asesinatos (quemar a las personas, apuñalamientos, etc.), agresiones graves a la integridad física (mutilaciones de manos, brazos, pies y otras partes del cuerpo) y la destrucción de bienes esenciales para la supervivencia, fue considerada como actos de terrorismo, ya que su finalidad no era otra que aterrorizar a la población civil<sup>118</sup>.

El tipo penal aplicable son los actos de terrorismo, que es una reproducción literal de la prohibición contenida en el artículo 4.2.d) del PAII; eso sí, el tribunal lo interpretó conjuntamente con el artículo 13.2 del PAII, lo que amplía considerablemente el tipo<sup>119</sup>. Los elementos del tipo difieren de los establecidos en el caso Galic, ahora se exigen los siguientes:

- i. Actos de violencia o amenazas dirigidos contra las personas o su propiedad.
- ii. La intención de hacer a las personas o a su propiedad objeto de tales actos de violencia o amenaza.
- iii. Los actos de violencia o amenazas deben ser cometidos con la intención principal de aterrorizar a las personas<sup>120</sup>.

El presente crimen ya no es de resultado, al no exigirse la muerte o lesiones en las personas o daños en los bienes, lo que nos conduce a considerarlo como un crimen de guerra de mera actividad y peligro<sup>121</sup>. La protección dispensada ahora se extiende, además de a las personas y su dignidad, a su propiedad. En mi opinión, el tribunal debería haber concretado qué tipo de bienes son objeto de protección penal. Ciertamente, en algún pasaje de la sentencia se refieren a las viviendas de las personas<sup>122</sup>. A mi juicio, los únicos bienes que deberían protegerse en este tipo penal deberían ser aquellos que fueran esenciales, como la vivienda personal y los víveres fundamentales para la supervivencia.

En el caso Fofana y Kondewa no se pudo probar más allá de toda duda razonable que los imputados realizaran los actos imputados con la finalidad

---

<sup>117</sup> *Ibidem*, párr. 1459, la duración de los ataques o actos de violencia realizados, la naturaleza de los mismos y la brutal manera en la que fueron llevados a cabo determinaron al tribunal que su finalidad no era otra que aterrorizar a la población civil, cfr *Ibidem*, párrs. 1461 y ss.

<sup>118</sup> *Ibidem*, párr. 1475.

<sup>119</sup> BIANCHI, A., y NAQVI, Y., *loc. cit.*, p. 229; caso Brima, Kamara y Kanu (Sala de Primera Instancia), párr. 661.

<sup>120</sup> Caso Brima, Kamara y Kanu (Sala de Primera Instancia), párr. 667.

<sup>121</sup> Cfr. BIANCHI, A., y NAQVI, Y., *loc. cit.*, p. 230.

<sup>122</sup> Caso Brima, Kamara y Kanu (Sala de Primera Instancia), párr. 670.

de aterrorizar a la población civil, por lo que fueron absueltos de los cargos de actos de terrorismo<sup>123</sup>. La Sala de Primera Instancia consideró que los actos de terrorismo tipificados en el artículo 3 del Estatuto del Tribunal traían causa del artículo 4.2.d) del PAII y del artículo 33 del CGIV<sup>124</sup>. Consideró que los actos de terrorismo comprendían los actos prohibidos en los artículos 4.2.d) y 13.2 del PAII, siendo este último precepto una prohibición específica del primero. Así, la comisión de los actos prohibidos por el artículo 13.2 del PAII también serían constitutivos de actos de terrorismo<sup>125</sup>, aspecto que en mi opinión es discutible, al ser un tipo penal distinto, surgido del derecho consuetudinario para un ámbito concreto, las operaciones militares desarrolladas en el curso de las hostilidades. La Sala de Apelaciones también cambió los elementos configurados anteriormente del tipo penal, llegando a indicar que la intención (*wilfully*) de dirigir los actos de violencia contra la población civil podía realizarse también mediante la *recklessness*<sup>126</sup>.

Lo más significativo del caso Sessay, Kallon y Gbao<sup>127</sup> es que algunos episodios de violencia sexual fueron considerados como actos de terrorismo. La manera en que fueron llevados a cabo (en presencia de los hijos o esposos, introducción de objetos desgarradores, violación de mujeres embarazadas, etc.) y la naturaleza de los mismos determinaron en el tribunal que su finalidad no era satisfacer un ánimo libidinoso o personal, sino que era infundir el terror entre la población civil<sup>128</sup>. El constante estado de inseguridad entre las mujeres era evidente, ya que conocían la manera de proceder de la guerrilla del RUF<sup>129</sup>. El conjunto de amputaciones realizadas entre la población civil, los asesinatos, la destrucción de bienes y las violaciones constantes de las mujeres y niñas formaban parte de una política denominada *gori-gori* (en la región de Freetown)<sup>130</sup>. Lo antedicho justificaría el hecho de que no se trataba de una operación militar *in strictu sensu*, consistiendo tales actos en otra serie de medidas distintas de las militares, al no tener como finalidad obtener una ventaja militar concreta. Simplemente se limitaban los comportamientos a aterrorizar a la población civil<sup>131</sup>.

<sup>123</sup> BIANCHI, A., y NAQVI, Y., *loc. cit.*, p. 235.

<sup>124</sup> Sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona (Sala de Primera Instancia), de 2 de agosto de 2007, *Prosecutor v. Fofana y Kondewa*, SCSL-0414-T, párr. 168.

<sup>125</sup> Sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona (Sala de Apelaciones), de 28 de mayo de 2008, SCSL-04-14-A, *Prosecutor v. Fofana y Kondewa*, párr. 348.

<sup>126</sup> *Ibidem*, párr. 355.

<sup>127</sup> Cfr. sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona (Sala de Primera Instancia), de 2 de marzo de 2009, *Prosecutor v. Sessay, Kallon y Gbao*, SCSL-04-15-T, párrs. 110 y ss.

<sup>128</sup> *Ibidem*, párrs. 1347 y 1348.

<sup>129</sup> *Ibidem*, párr. 1350.

<sup>130</sup> *Ibidem*, párr. 1596.

<sup>131</sup> BIANCHI, A., y NAQVI, Y., *loc. cit.*, pp. 237 y ss.

El caso Charles Taylor constituye el último proceso instruido en este tribunal por la comisión de actos de terrorismo; pero, además, es el más relevante, ya que se enjuició a un presidente de Estado, siendo el mismo condenado como cómplice e inductor de dichos crímenes<sup>132</sup>. El aspecto más reseñable de la sentencia lo encontramos en la alegación de la defensa de que en los elementos del crimen no están todos los requisitos enumerados por la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano, en relación al crimen de actos de terrorismo<sup>133</sup>. Como puede apreciarse, por primera vez se intenta aproximar el concepto de terrorismo en tiempo de paz a la definición de actos de terrorismo en conflictos armados, regulada en el artículo 33 del CGIV y en el artículo 4.2.d) del PAII. El tribunal, a fin de solventar la alegación interpuesta por la defensa, indicó que el crimen de guerra de actos de terrorismo es distinto del delito de actos de terrorismo en tiempo de paz, albergando unos elementos distintos cada delito<sup>134</sup>. La decisión del tribunal me parece acertada. Sin embargo, no deberíamos excluir por completo la posibilidad de interpretar el crimen de guerra de actos de terrorismo con base en el delito internacional de terrorismo en tiempo de paz, con las matizaciones oportunas, como se indicó anteriormente. El tribunal lo que ha hecho en relación a este crimen de guerra es interpretarlo conjuntamente con el crimen de guerra de actos de violencia contra la población civil con la finalidad de aterrorizarla, delito, en mi opinión, distinto de los actos de terrorismo en un conflicto armado<sup>135</sup>.

Dicho esto, al igual que en los casos anteriores, los actos de terrorismo por los que se acusó a Charles Taylor fueron los mismos que en los procesos que le precedían. Sin embargo, con respecto a los asesinatos y actos de violencia sexual y física, sí consideró el tribunal que eran actos de terrorismo<sup>136</sup>. Básicamente, la manera en que fueron cometidos los asesinatos y violencia física/amputaciones (en presencia de la familia, en público, daños notorios y permanentes<sup>137</sup>, etc.), su magnitud y el motivo de los mismos, que no era otro que castigar a la población por ayudar al gobierno o por no ayudar al RUF o al AFRC, determinaron en el tribunal que el propósito principal de los mismos era aterrorizar a la población civil. Como pue-

<sup>132</sup> Cfr. KEITH, K. M. F., «Deconstructing terrorism as a war crime», en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, pp. 813 y ss.

<sup>133</sup> Sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona (Sala de Primera Instancia), de 18 de mayo de 2012, *Prosecutor v. Charles Taylor*, SCSL-03-01-T, párr. 408.

<sup>134</sup> *Ibidem*, párr. 409.

<sup>135</sup> Cfr. BIANCHI, A., y NAQVI, Y., *loc. cit.*, p. 242.

<sup>136</sup> KEITH, K. M. F., *loc. cit.*, p. 822.

<sup>137</sup> Caso Charles Taylor (Sala de Primera Instancia), párr. 2043.

de observarse, la *mens rea* de los actos de terrorismo puede ser múltiple, pero en cualquier caso, la finalidad esencial del injusto debe ser aterrorizar a la población. Muchos de los comportamientos punibles fueron llevados a cabo en el seno de la operación «*no living thing*»<sup>138</sup>, como la destrucción de propiedades, pero otros muchos lo fueron en actos aislados, sin que constituyesen operación militar alguna, principalmente porque las localidades objeto de los actos de violencia estaban bajo el control del grupo armado organizado RUF o AFRC. En cuanto a la violencia sexual, al igual que en el caso Sessay, Kallon y Gbao, la misma fue considerada como un acto de terrorismo, toda vez que su finalidad era aterrorizar a las personas. El acervo probatorio en el que se sustentó esta decisión fueron diversos informes obrantes en la causa, en los que se infería que la violencia sexual era un método de guerra para aterrorizar a la población y mandar un mensaje al enemigo, así como por la naturaleza de cómo se llevaron a cabo tales injustos (en presencia de esposos, hijos, con introducción de objetos desgarradores, etc.)<sup>139</sup>. Por último, la destrucción de bienes de la población también fue considerado como un acto de terror, ya que su finalidad no era otra que infundir el miedo entre la población. Las viviendas eran quemadas con sus propietarios, incluso familias enteras, y algunas ciudades fueron arrasadas<sup>140</sup>. La finalidad de tales actos tenía un componente militar, empero lo dicho, el propósito esencial era consolidar un área de terror, lo que llevó al tribunal a considerar tales injustos como actos de terrorismo<sup>141</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

Los actos de terror en el DIH están prohibidos en todo momento y circunstancia, independientemente de que el conflicto armado sea internacional o no internacional, aunque en el Estatuto de Roma no se han criminalizado los actos de terror acaecidos en un conflicto armado. Esta prohibición ha conllevado que se criminalicen los mismos, configurándose como un crimen internacional, concretamente, como un crimen de guerra. El TPIY sostuvo que los actos de terror consistentes en actos de violencia contra la población civil con la finalidad de aterrorizarla, era un crimen de guerra que formaba parte del derecho consuetudinario, cuyo fundamento

<sup>138</sup> *Ibidem*, párr. 1995.

<sup>139</sup> KEITH, K. M. F., *loc. cit.*, p. 823; caso Charles Taylor (Sala de Primera Instancia), párr. 2034.

<sup>140</sup> Caso Charles Taylor (Sala de Primera Instancia), párr. 2027.

<sup>141</sup> *Ibidem*, párr. 2006.

se encontraba en el artículo 51.2 del PAI y el artículo 13.2 del PAII. Posteriormente, en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y en el del Tribunal Especial para Sierra Leona se tipificó como crimen internacional un injusto distinto, a saber, los actos de terrorismo, con base en el artículo 4.2.d) del PAII. La jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona ha interpretado este delito conjuntamente con el artículo 13.2 del PAII, llegando a incluir nuevos elementos en el tipo que los propuestos por el Tribunal *ad hoc* para Yugoslavia. En cualquier caso, tenemos que diferenciar los actos de terror cometidos en tiempo de paz, de los llevados a cabo en el seno de un conflicto armado, al tratarse de injustos diferentes con motivaciones, en principio, distintas, aunque ambos tienen un nexo común, que no es otro que el causar un estado de terror entre la población civil. Aun así, no podemos ser ajenos a la definición de terrorismo establecida por el Tribunal Especial para el Líbano, la cual puede orientarnos sobre lo que constituyen las medidas o actos de terrorismo prohibidas en el DIH, todo ello con las matizaciones oportunas, ya que ciertos comportamientos prohibidos en tiempo de paz puede que no lo sean en tiempo de guerra o conflicto armado. En cualquier caso, los actos de terror prohibidos en el DIH serán aquellos que infrinjan una norma sustantiva del DIH.

En mi opinión, los actos de terror en el seno de los conflictos armados comprenden dos tipos penales distintos. El primero serían *los actos de violencia contra la población civil realizados con la finalidad de aterrorizarlos*, que trae causa del artículo 51.2 del PAI y artículo 13.2 del PAII. Este delito en un principio fue configurado como de resultado, pero, posteriormente, el Tribunal Especial para Sierra Leona lo calificó de peligro y mera actividad, extendiéndose así su ámbito de aplicación; constituye un límite a la conducción de las hostilidades, su ámbito de aplicación es amplio, al proteger a cualquier persona civil, y es una prohibición específica del DIH. El segundo serían *los actos de terrorismo*, que derivan del artículo 33 del CGIV y del artículo 4.2.d) del PAII, siendo este delito de resultado, constituyendo un límite a las acciones de *law enforcement* (mantenimiento del orden público) y siendo su ámbito de aplicación restringido, al proteger a las personas protegidas por el DIH. Los tipos antedichos pueden tener elementos coincidentes, como el *actus reus*, pero la *mens rea* de los actos de terrorismo es distinta de la de los actos de violencia contra la población civil con la finalidad de aterrorizarlos, toda vez que en los actos de terrorismo puede incluirse el compeler a la parte enemiga a hacer algo o no hacerlo, aproximándose, de esta manera, el presente delito al concepto de terrorismo aplicable en tiempo de paz, con las particularidades correspondientes.



# LA PROTECCIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA, INCAPACIDAD TEMPORAL E INUTILIDAD EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

José Francisco Blasco Lahoz  
*Profesor titular de Universidad. Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social. Universitat de València*

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS. 1. El campo de la aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. 2. Las obligaciones necesarias para la protección en el Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. 2.1. Los actos de encuadramiento. 2.2. La cotización al Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. 3. La acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. 3.1. Las contingencias protegidas y las prestaciones. Su régimen jurídico. II. LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA. 1. El objeto y contenido de la asistencia sanitaria. 2. Los servicios de atención primaria. 3. La prestación farmacéutica y con productos dietéticos. 4. La prestación por traslado de enfermos. 5. La prestación ortoprotésica. 6. Las prestaciones sanitarias complementarias. 7. Los servicios de información y documentación sanitaria. 8. La asistencia sanitaria consecuencia de accidente en acto de servicio o enfermedad profesional. 9. La asistencia sanitaria fuera del territorio nacional. 10. Los beneficiarios de la asistencia sanitaria. 11. El desarrollo del derecho a la asistencia sanitaria. III. LA PROTECCIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL. 1. Las situaciones protegidas. 2. El contenido de la prestación por incapacidad temporal. 3. La duración y extinción del derecho a la prestación por incapacidad temporal. IV. LA PROTECCIÓN POR INUTILIDAD PARA EL SERVICIO. 1. Las situaciones protegidas. 2. El contenido de la prestación por inutilidad para el servicio. 3. El reconocimiento y el pago de las prestaciones por inutilidad para el servicio. 4. La protección por lesiones permanentes no invalidantes. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

## I. INTRODUCCIÓN. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

La protección social de los trabajadores en España se lleva a cabo a través del sistema español de Seguridad Social, cuyo campo de aplicación, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva —consecuencia de la realización de una actividad laboral o profesional—, incluye a los funcionarios civiles y militares, siempre que cumplan los requisitos generales de nacionalidad y residencia en territorio español (art. 7.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social [LGSS], aprobado por RDLeg 1/94, de 20 de junio).

La estructura del sistema español de Seguridad Social sigue articulándose a través de la existencia de un Régimen General (RGSS), en el que están incluidos los trabajadores por cuenta propia o asimilados enumerados en el artículo 97.2 LGSS, y de diferentes Regímenes Especiales destinados a las personas que realicen aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, por sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciera preciso para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social (art. 10.1 LGSS). Así, junto a los Regímenes Especiales de Trabajadores Autónomos, de Trabajadores del Mar, Estudiantes y de la Minería del Carbón, existen los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos<sup>1</sup> (art. 10.2 d) LGSS). A saber, Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado, Régimen Especial de las Fuerzas Armadas (REFAS) y Régimen Especial del personal al servicio de la Administración de Justicia.

La doctrina ha interpretado que la especialidad de estos regímenes viene definida por los propios sujetos incluidos en los mismos, cuyo encuadramiento se produce por su nombramiento como funcionarios públicos<sup>2</sup> y

---

<sup>1</sup> ORDEIG calificó estos Regímenes Especiales como *exorbitantes*, al entender que son regímenes que se sustraen al concepto y naturaleza ordinaria de la actividad cubierta por la acción protectora del sistema, que es el trabajo por cuenta ajena en relación de carácter laboral, e incluso a una aplicación extraordinaria del sistema a sujetos que están excluidos de la relación laboral, en *El sistema español de Seguridad Social (y el de la Comunidad Europea)*, Madrid, Edersa, 1993, 5.ª ed., p. 551.

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., «Los Regímenes especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos», AA. VV., *Sistema de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 7.ª ed., p. 507. ALMANSA interpretó que la especialidad de los Regímenes Especiales de funcionarios frente al RGSS se justificaba por el carácter administrativo de los servicios prestados por los sujetos protegidos y ser el Estado el destinatario de tales servicios, y, sobre todo, por el mantenimiento de los sistemas de protección de derechos pasivos y de ayuda familiar junto al mutualismo administrativo, que es el más apegado a los principios de seguridad social (*Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1991, 7.ª ed., p. 63); y, en el mismo sen-

por la existencia de dos diferentes mecanismos de cobertura<sup>3</sup>, uno de clases pasivas y otro de carácter mutualista<sup>4</sup>.

Así, como el resto de Regímenes Especiales de funcionarios, el REFAS tiene el citado doble mecanismo de cobertura<sup>5</sup> (art. 2 del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas [TRLSSFAS], aprobado por RDLeg 1/00, de 9 de junio—, en la redacción de la Ley 39/07, de 19 de noviembre, de la carrera militar, y art. 1 del Reglamento general

---

tido, destaca que la especialidad de los Regímenes Especiales de funcionarios radica o se justifica por el carácter administrativo de los servicios prestados por los sujetos protegidos y por su destinatario el Estado («Regímenes Especiales Agrario, de Empleados de Hogar, Trabajadores del Mar y Minería del Carbón, Estudiantes y Funcionarios Públicos», AA. VV. (coord. A. MONTOYA), *Curso de Seguridad Social*, Madrid, Universidad Complutense, 2000, 2.ª ed., pp. 615-616); y RODRÍGUEZ ESCANCIANO sugiere que una interpretación literal del precepto podría dar lugar a entender, en una primera aproximación, que existe un Régimen único de Seguridad Social para todo aquel que presta servicios a favor de la Administración en calidad de funcionario, pero añade que semejante conclusión no puede estar más distante de la realidad por dos razones fundamentales: de un lado, muchos funcionarios públicos van a tener cubiertos sus riesgos y contingencias a través del RGSS y, de otro, lejos de establecer una ordenación unitaria en la materia, el legislador español ha establecido tres Regímenes especiales distintos («Reflexiones sobre el Mutualismo administrativo en un contexto de simplificación de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social», AA. VV. (dirs. J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y M.ª Reyes MARTÍNEZ BARROSO), *Las vías de integración y racionalización de los Regímenes Especiales*, 2.º Premio del Fondo para el Fomento de la Investigación de la Protección Social (FIPROS), Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaría de Estado de Seguridad Social, 2009, pp. 103-104).

<sup>3</sup> BLASCO LAHOZ, J. F., *Los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos. Una protección mutualista*, Albacete, Bomarzo, 2006, p. 8.

<sup>4</sup> Sobre esta doble protección, TORTUERO indica que estos mecanismos protectores conforman un sistema singular y diferenciado del previsto en la LGSS, como es, además, común —en cuanto a la singularidad— en el Derecho comparado, dualidad de sistemas —trabajadores y funcionarios— reflejado en las normas de coordinación contenidas en el Reglamento (CEE) 1408/71 («Comentario al artículo 7», AA. VV. (dirs. J. L. MONEREO y M. N. MORENO), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, tomo I, Granada, Comares, 1999, p. 234); GARCÍA NINET y DOLZ afirman que los funcionarios públicos, civiles y militares, a pesar del mantenimiento de singulares mecanismos de protección propios de la previsión social administrativa, como son las clases pasivas, están incluidos en el sistema de la Seguridad Social a través de sus Regímenes especiales («Regímenes especiales de funcionarios públicos», AA. VV. (dir. L. E. VILLA GIL), *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, 5.ª ed., p. 895); y, en otro sentido, ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA han considerado que no existe un doble mecanismo de cobertura, sino triple, conformado por los derechos pasivos, la ayuda familiar y el mutualismo administrativo (*Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1991, 4.ª ed., pág. 357).

<sup>5</sup> En opinión de RODRÍGUEZ CARDO, la peculiaridad en la protección de los miembros de las Fuerzas Armadas reside en el hecho de que el mutualismo funcional no gestiona las pensiones de jubilación —por edad o incapacidad— o de muerte y supervivencia, que son el contenido propio del RCP; y las consecuencias que derivan de ello son, principalmente, un mayor énfasis en la asistencia sanitaria, en los servicios sociales y en la asistencia social («Un supuesto especial de compatibilidad de prestaciones: desempleo y pensión de inutilidad para el personal militar», *Aranzadi Social*, paraf. núm. 73/2011120/2011, p. 1).

de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas [RGSSFAS], aprobado por RD 1726/07, de 21 de diciembre):

1) Régimen de Clases Pasivas del Estado (RCP), que conlleva la protección de las pensiones por jubilación o retiro y de muerte y supervivencia.

El RCP presta cobertura al personal militar de carrera, y el de las escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que tuviera adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro; funcionarios en prácticas y los alumnos de Escuelas y Academias Militares a partir de su promoción a caballero alférez cadete, alférez-alumno, sargento-alumno o guardiamarina; al personal militar de empleo, y el de las escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que no tenga adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro; y al personal del cuerpo de la Guardia Civil (arts. 2.1 TRLCP y 32.2 LO 11/07, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil).

2) Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, que se configura en una protección de carácter mutualista<sup>6</sup> (art. 30.1 LO 9/11, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas<sup>7</sup>), y se gestionará y prestará a través del Instituto Social de las Fuerzas Armadas<sup>8</sup> (ISFAS), adscrito al Ministerio de Defensa, e inte-

---

<sup>6</sup> En opinión de RODRÍGUEZ CARDO, la consideración del mutualismo militar como régimen especial de la seguridad social es más formal que material, pues cuenta con su propia entidad gestora (el ISFAS), no se apoya en la Tesorería General de la Seguridad Social, que no es un servicio común para el mutualismo funcionarial, no sigue la dinámica de los actos de encuadramiento del sistema de la Seguridad Social —el número de afiliación a la Seguridad Social no equivale al número de afiliación al mutualismo militar, ya que son afiliaciones independientes— y tiene una financiación separada («El Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas: Una visión panorámica del mutualismo militar», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 74, 2007, p. 39).

<sup>7</sup> La LO 9/2011 tiene por objeto la regulación del ejercicio por los miembros de las Fuerzas Armadas de los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en la Constitución, con las peculiaridades derivadas de su estatuto y condición de militar y de las exigencias de la seguridad y defensa nacional y la debilitación de sus derechos y deberes de carácter profesional y derechos de protección social (art. 1.1); y es aplicable a todos los miembros de las Fuerzas Armadas que adquieren la condición militar (miembros profesionales de las Fuerzas Armadas, salvo que estén en situaciones administrativas en las que tengan suspendida su condición de militar; alumnos de la enseñanza militar de formación; y reservistas y aspirantes a tal condición, cuando se encuentren incorporados a las Fuerzas Armadas) (art. 2).

<sup>8</sup> El ISFAS es un organismo público con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión, y se regirá por las previsiones de la Ley 6/97, 14-4, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, relativas a los organismos autónomos; el régimen económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable, y el de intervención y control financiero de las prestacio-

grado en la Subsecretaría (arts. 4 TRLSSFAS y 9 RGSSFAS), que tendrá el carácter de organismo público con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión (art. 5.1 TRLSSFAS).

Es preciso llamar la atención sobre el hecho de que con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, el personal que se relaciona en el artículo 2.1 TRLCP estará obligatoriamente incluido, a los exclusivos efectos de lo dispuesto en dicha norma y en sus disposiciones de desarrollo, en el RGSS siempre que el acceso a la condición de que se trate se produzca a partir de aquella fecha (art. 20.1.1 RDL 13/10, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo). La inclusión en el RGSS respetará, en todo caso, las especificidades de cada uno de los colectivos relativas a la edad de jubilación forzosa, así como, en su caso, las referidas a los tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad del funcionario; y, en particular, la inclusión en el RGSS del personal militar de carácter no permanente tendrá en cuenta las especificidades previstas respecto de las contingencias no contempladas por figuras equivalentes en la acción protectora de dicho Régimen, y respetará para el personal de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, con las adaptaciones que sean precisas, el régimen de las pensiones extraordinarias previsto en la normativa de Clases Pasivas del Estado (art. 20.1.2 RDL 13/10). Por su parte, el personal incluido en el ámbito personal de cobertura del RCP a 31 de diciembre de 2010 que, con posterioridad a dicha fecha, y sin solución de continuidad, ingrese, cualquiera que sea el sistema de acceso, o reingrese, en otro Cuerpo que hubiera motivado, en dicha fe-

---

nes y el régimen de los concertos para la prestación de los servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica será el establecido por el TRLSSFAS, el RGSSFAS (arts. 109-124) y la Ley 47/03, 26-11, general presupuestaria, en las materias en que sea de aplicación y supletoriamente la Ley 6/97; y gozará del mismo tratamiento fiscal que la ley establezca para el Estado (art. 10 RGSSFAS). Sus órganos de gobierno (Consejo Rector y Junta de Gobierno) están regulados en los arts. 11-16 RGSSFAS, y sus órganos directivos (Gerencia del ISFAS) en los arts. 17-20 RGSSFAS; y el resto de órganos del ISFAS en el art. 20 RGSSFAS. Las Resoluciones 400/38016/09, 4-2, y 400/38085/13, 29-7, de la Subsecretaría, han aprobado la actualización de la Carta de Servicios del ISFAS, que se configura como el instrumento a través del cual el ISFAS informa a sus afiliados y beneficiarios sobre los derechos y compromisos de calidad que les asisten en relación con las prestaciones y servicios que tiene encomendados, con el fin de conseguir mejorar en la calidad de los mismos; la Resolución 4B0/38162/10, 8-7, del ISFAS, crea y regula la Sede Electrónica del ISFAS; y la Resolución 400/38127/13, 16-9, de la Subsecretaría, ha actualizado la Carta de servicios electrónicos del ISFAS.

cha, su encuadramiento en el RCP, continuará incluido en dicho régimen (art. 20.2 RDL 13/10).

Sin embargo, esta norma que pretende continuar con la tendencia a reducir el número de regímenes que componen el sistema español de Seguridad Social siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, no puede empañar la trascendencia que sigue teniendo —en el marco de la protección social de los funcionarios públicos— un régimen, como el REFAS, que a finales del año 2012 seguía protegiendo a un colectivo de 628.325 personas (383.063 hombres y 245.262 mujeres), con un presupuesto de 759.607.000 euros; de dicho colectivo son titulares de la protección 370.846 (235.173 cotizantes y 135.673 no cotizantes, siendo la relación entre ellos del 1,73), y beneficiarios de los mismos, 257.479, siendo la relación beneficiarios/titulares del 0,94<sup>9</sup>; y que, manteniendo su vigencia, ha ido actualizando su protección al hilo de las continuas reformas que se han ido produciendo, las más de las veces como consecuencia de la crisis económica, en el resto de Regímenes del sistema de la Seguridad Social.

#### 1. EL CAMPO DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

Están obligatoriamente incluidos en el REFAS, cualquiera que sea la situación administrativa en la que se encuentren, salvo la suspensión de empleo, la suspensión firme y excedencia voluntaria en que el tiempo de permanencia no sea compatible con los derechos pasivos, los siguientes colectivos (arts. 3.1, 2 y 3 TRLSSFAS y 2.1 RGSSFAS):

- 1) Los militares de carrera de las Fuerzas Armadas (art. 31 LO 9/11).
- 2) Los militares de complemento, mientras mantengan su relación de servicios con las Fuerzas Armadas.
- 3) Los militares profesionales de tropa y marinería, mientras mantengan su relación de servicios con las Fuerzas Armadas (art. 4 Ley 8/06, de 24 de abril, de tropa y marinería), incluso si mantienen una relación de servicio de carácter temporal<sup>10</sup> (art. 31 LO 9/11). La condición de militar de tropa y marinería se adquiere al obtener el empleo de soldado o marinerero concedido por el Jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente,

<sup>9</sup> Fuente: *Memoria 2012 del ISFAS*, p. 35.

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ CARDO advierte que la temporalidad del vínculo introduce alguna singularidad en la tutela que recibe este colectivo (protección por desempleo, por ejemplo) («Un supuesto especial de compatibilidad...», *op. cit.*, p. 1).

una vez superado el periodo de formación general militar establecido en la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a tal condición y firmado el compromiso inicial, y en cuya virtud quedará incluido en el REFAS (art. 4 Ley 8/06). Los militares de complemento y los militares profesionales de tropa y marinería que, en el momento de finalizar su relación de servicios con las Fuerzas Armadas, se encontrasen en situación de incapacidad temporal por accidente o enfermedad derivada del servicio, o en situación de embarazo, parto o posparto, no causarán baja en las Fuerzas Armadas y se prorrogará su compromiso hasta finalizar esas situaciones (art. 148.6 Ley 17/99, de 18 de mayo, de régimen del personal de las Fuerzas Armadas, añadido por la LO 3/07, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

4 Los alumnos de la enseñanza militar de formación (art. 31 LO 9/11).

5) Los militares de carrera de la Guardia Civil y los alumnos de los centros docentes de formación de dicho cuerpo.

Los militares profesionales de tropa y marinería que ingresen en un centro de formación de la Guardia Civil o de la Policía Nacional, hasta obtener la condición de guardia civil o policía nacional, mantendrán la protección que el REFAS ofrece a los militares profesionales con una relación de servicios de carácter temporal (disp. ad. 5.<sup>a</sup> 4 Ley 8/06).

A este respecto, la STS 12-12-13 [Tol 4082281] ha admitido la baja de un alumno de un centro docente de formación de la Guardia Civil como consecuencia de una sentencia penal condenatoria del alumno, indicando que la pérdida de la condición de funcionario a causa de la imposición, por la jurisdicción penal, de una pena de inhabilitación especial para determinadas funciones inherentes al cargo que el funcionario ocupa, no constituye una sanción disciplinaria, sino una consecuencia derivada de la acreditación de la ausencia sobrevenida de la aptitud exigible para continuar ejerciendo la condición funcional, y que la pena de inhabilitación opera automáticamente, tan pronto como se produce el hecho determinante en la ley, esto es, la firmeza de la sanción penal, negándose así que, en estos casos, la pérdida de la condición constituya una sanción disciplinaria nueva, lo que determina que no se precise la tramitación del procedimiento administrativo típico ni la audiencia al interesado.

6) Los funcionarios civiles de Cuerpos adscritos al Ministerio de Defensa que no hubieran ejercido la opción de incorporarse al Régimen Especial de los Funcionarios Civiles del Estado y, en su caso, los funcionarios en prácticas.

7) El personal estatutario del Centro Nacional de Inteligencia (CNI).

El personal que haya obtenido la condición de personal estatutario del CNI con anterioridad a 1 de noviembre de 2011, mantendrá su inclusión en el régimen de protección social previsto en el RCP frente a los riesgos de vejez, incapacidad y muerte y supervivencia, y por la acción específica que la ley encomienda al ISFAS frente a las contingencias de necesidad de asistencia sanitaria, incapacidad temporal, inutilidad para el servicio y cargas familiares (disp. ad. 37.<sup>a</sup>.1 Ley 17/12). El personal estatutario del CNI que haya obtenido dicha condición con posterioridad a dicha fecha, y no ostentara previamente a esta fecha la condición de personal incluido en el ámbito de aplicación del TRLSSFAS, estará obligatoriamente incluido en el RGSS, respetando dicha inclusión las especificidades relativas al régimen de las pensiones extraordinarias previsto en la normativa de clases pasivas del Estado con las adaptaciones que sean precisas (disp. ad. 37.<sup>a</sup>.1 Ley 17/12). El personal estatutario del CNI, con independencia de su fecha de ingreso en este organismo público, cesará en su vinculación al mismo al cumplir la edad de jubilación forzosa establecida legalmente para los funcionarios de la Administración General del Estado, momento a partir del cual tendrán derecho a la prestación económica por causa de jubilación prevista en el RGSS o en el REFAS, según corresponda y siempre que se cumplan los requisitos exigidos para ello; y en atención a las aptitudes psicofísicas y al nivel de disponibilidad requerido para prestar servicios en el CNI, se excluye expresamente para todo el personal del CNI, cualquiera que fuera la fecha de ingreso en el mismo, la posibilidad de prolongar voluntariamente el servicio activo más allá de la edad establecida legalmente para la jubilación forzosa del personal funcionario al servicio de la Administración General del Estado (disp. ad. 37.<sup>a</sup>.3 Ley 17/12). Todo el personal estatutario del CNI realizará sus aportaciones, ante los organismos que en cada supuesto corresponda, en lista clasificada, sirviéndoles de abono, en su caso, para causar las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas, los tiempos de servicios y las aportaciones o las cotizaciones ya realizadas en el régimen de procedencia, de acuerdo con lo que dispone la normativa vigente sobre cómputo recíproco de cuotas entre los distintos regímenes (disp. ad. 37.<sup>a</sup>.4 Ley 17/12); y con independencia del régimen de protección social al que se adscriba el personal del CNI, los tribunales médicos competentes en el ámbito del Ministerio de Defensa continuarán siendo competentes para emitir los dictámenes que correspondan dentro del procedimiento para determinar la incapacidad o inutilidad de dicho personal (disp. ad. 37.<sup>a</sup>.5 Ley 17/12).

8) Cualquiera de los colectivos anteriores que pase a situación de retiro o jubilación (art. 3.2 a) TRLSSFAS, en la redacción de la Ley 2/12, de 29 de junio).

9) El personal que tenga reconocida alguna de las pensiones de inutilidad para el servicio previstas en la normativa que desarrolla el artículo 52 bis.2 TRLCP<sup>11</sup>, siempre que no esté obligatoriamente incluido en el campo de aplicación de otro Régimen de Seguridad Social, con ocasión del desempeño de alguna actividad por cuenta propia o ajena (art. 3.2 b) TRLSSFAS, en la redacción de la Ley 2/12).

10) El personal que por motivos distintos al retiro o jubilación pierda la condición de militar o funcionario civil, o de personal estatutario del CNI, o pase a situación de suspensión de empleo, suspensión firme o excedencia voluntaria en que el tiempo de permanencia no sea computable a efectos de derechos pasivos, y los reservistas de especial disponibilidad, siempre que en tales situaciones no pertenezcan a ningún otro régimen de Seguridad Social y abonen a su cargo la cuantía íntegra de las cotizaciones a cargo del Estado y de los interesados que fije la Ley de presupuestos generales del Estado, podrá continuar en el campo de aplicación (art. 4 RGSSFAS).

11) Militares retirados o que tengan reconocida una pensión de inutilidad o invalidez a consecuencia de un hecho acaecido durante el periodo de prestación de servicios en las Fuerzas Armadas (art. 30.2 LO 9/11).

12) Los siguientes colectivos (art. 2.3 y disp. ad. 1.<sup>a</sup>.1 RGSSFAS):

a) Los oficiales generales en la situación a extinguir de segunda reserva.

b) Los militares profesionales en la situación de reserva procedentes de la situación de reserva transitoria y los miembros de la escala de la Guardia Real en esta última situación.

c) El personal que a continuación se enumera, salvo que, perteneciendo a otro régimen de Seguridad Social, haya renunciado expresamente al REFAS: el comprendido en el art. 2.1 RGSSFAS que haya pasado a la situación de retiro o jubilación con anterioridad a la entrada en vigor del TRLSSFAS; los miembros del Cuerpo a extinguir de Mutilados de Guerra por la Patria, del Cuerpo a extinguir de Inválidos Militares y de la Sección a extinguir de Inútiles para el Servicio, tanto si se encuentran en situación de retiro como de segunda reserva; los miembros del extinguido Cuerpo

---

<sup>11</sup> El art. 52 bis. TRLCP establece que el personal militar de empleo y el de las Escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que no tenga adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro, mientras dure la relación de servicios de carácter no permanente, tendrá derecho, en los términos que reglamentariamente se determinen, a pensiones o indemnizaciones por una sola vez, en caso de que sufran lesiones permanentes no invalidantes, o no determinantes de inutilidad absoluta para toda profesión u oficio.

de la Policía Armada en situación de retiro o jubilación y del también extinguido Cuerpo de la Policía Nacional que hubieran pasado a la situación de retiro o jubilación antes de 1 de febrero de 1986; quienes posean la condición de retirados al amparo del art. 2 Ley 37/84, de 22 de octubre, sobre reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la guerra civil formaron parte de las Fuerzas Armadas y del Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República; el personal militar en alguna de las situaciones derivadas de la Ley 17-7-58, de pase voluntario de jefes y oficiales del Ejército de Tierra al servicio de organismos civiles; los funcionarios civiles que, procedentes de los Cuerpos Generales Administrativo, Auxiliar y Subalterno de la Administración Militar, se integraron, respectivamente, en los Cuerpos Generales Administrativo, Auxiliar y Subalterno de la Administración del Estado en virtud de lo establecido en la disp. ad. 9.<sup>a</sup> Ley 30/84, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, siempre que en 1 de febrero de 1986 desempeñasen puesto de trabajo de la Administración Militar o de sus Organismos públicos y en tanto obtengan su primer destino definitivo en puesto de trabajo distinto de los mencionados, salvo que hayan ejercido la opción individual de incorporación al REFCE; y los titulares de las plazas no escalafonadas, a extinguir, de matronas de la Dirección General de la Guardia Civil, tanto en la situación de actividad como cuando pasen a jubilación, salvo que hayan ejercido la opción individual de incorporarse al Régimen especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

Los reservistas voluntarios<sup>12</sup> que no pertenezcan a algún régimen público de Seguridad Social y los seleccionados para acceder a la condición de reservista voluntario mientras se encuentren en el periodo de formación serán afiliados al ISFAS durante los periodos de activación<sup>13</sup>; y en el caso

---

<sup>12</sup> La Audiencia Nacional ha interpretado que la condición de reservista no constituye un supuesto de deber inexcusable de carácter público y personal al ser voluntario (SAN 6-6-2008 [JUR\2008\243299]); y que existe incompatibilidad entre la situación de servicios especiales y la situación de reserva (SAN 2-10-13 [JUR\2013\329404]).

<sup>13</sup> Los reservistas voluntarios tendrán los derechos de seguridad social previstos en el art. 134 Ley 39/07. Dicho precepto establece que en los periodos de formación militar, básica y específica, y de formación continuada los aspirantes y los reservistas seguirán adscritos al régimen de seguridad social al que pertenecieran, compensando el Ministerio de Defensa de las cotizaciones correspondientes al empleador; y los que al incorporarse no estuvieren adscritos a ningún Régimen de la Seguridad Social, se adscribirán al REFAS. En el supuesto de que estuvieren percibiendo la prestación o el subsidio por desempleo en el momento de su incorporación para recibir la formación, seguirán percibiendo dicha prestación o subsidio, salvo que, por aplicación de la LGSS, proceda la suspensión del subsidio o de la prestación. En los periodos de activación para prestar servicios en unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa, los reservistas voluntarios se adscribirán al REFAS, siéndoles de aplicación el RCP en los mismos términos que a los militares

de que se encuentren adscritos a algún régimen de Seguridad Social continuarán incorporados al mismo, asumiendo el Ministerio de Defensa las cotizaciones correspondientes al empleador (art. 2.4 RGSSFAS).

Además, el personal integrado en el REFAS que pase a cualquier situación que no lleve consigo su baja definitiva en las Fuerzas Armadas y deje de percibir sus haberes básicos por el ministerio de procedencia continuará incluido en su ámbito de aplicación, salvo que le corresponda la adscripción obligatoria a cualquier otro régimen de la Seguridad Social; y si presta servicios en la Administración pública, el organismo donde estos se desempeñen practicará el descuento de la cotización que proceda y transferirá su importe junto con la aportación estatal al ISFAS (art. 5 RGSSFAS).

La obligatoriedad en la inclusión se mantendrá cualquiera que sea la situación administrativa en que se encuentre el personal enumerado, salvo en los casos de excedencia en que el tiempo de permanencia no sea computable a efectos de derechos pasivos, excepto el personal que pase a esa situación por prestar servicios en el sector público que mantendrá su afiliación obligatoria, salvo que les corresponda estar afiliados a otro régimen de Seguridad Social (arts. 3.1 TRLSSFAS, en la redacción de la Ley 2/08, y 2.2 RGSSFAS); y cuando una única prestación de servicios sea causa de inclusión obligatoria en este y otro régimen de la Seguridad Social, se podrá optar por una sola vez por pertenecer exclusivamente al de las Fuerzas Armadas, salvo que la doble alta afecte también a otro régimen especial de funcionarios, en cuyo caso podrá optarse a pertenecer a cualquiera de los dos (arts. 3.4 TRLSSFAS y 6 RGSSFAS).

Por otro lado, los viudos y huérfanos de las personas incluidas en el campo de aplicación del REFAS, o que hubieran podido estarlo por haber

---

profesionales que mantienen una relación de servicios de carácter temporal. La pensión de Clases Pasivas que, en su caso, se reconozca por el órgano competente será incompatible con otra que la misma persona hubiera causado o pudiera causar en otro régimen público de previsión social por los mismos hechos. En estos casos el interesado podrá ejercer el derecho de opción por el cobro de la prestación que estime más conveniente, sin que este derecho pueda ejercerse más de una vez; si bien, cuando por aplicación de disposiciones de carácter general resulte alterada la cuantía de alguna de las prestaciones incompatibles, podrá ejercerse de nuevo tal derecho de opción una sola vez para cada caso. Asimismo, durante los periodos de activación para prestar servicios en unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa, los reservistas voluntarios, salvo que sean funcionarios de carrera, quedarán incluidos en el ámbito de la protección por desempleo, debiendo cotizar por dicha contingencia tanto el reservista como el Ministerio de Defensa; y se encontrarán en situación legal de desempleo a efectos de la protección correspondiente cuando finalice su misión o concluya el tiempo máximo de permanencia en la situación de activado. A este respecto, la activación de los reservistas para prestar servicios en las Fuerzas Armadas se considerará causa de suspensión o extinción de la prestación o del subsidio por desempleo, conforme a lo establecido, respectivamente, en la LGSS.

sido titulares de una relación de servicios que hubiese llevado consigo la incorporación obligatoria al ISFAS y que no la obtuvieron por haber fallecido o ser pensionistas de clases pasivas a la fecha de entrada en vigor de la Ley 28/75, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, podrán continuar incorporados o incorporarse al citado régimen siempre que reúnan los requisitos y condiciones establecidas en el art. 21.2 RGSSFAS, en cuyo caso tendrán derecho a percibir las prestaciones que, en cada supuesto concreto, este les reconozca (art. 7 RGSSFAS).

Por último, estará excluido del REFAS el personal civil, no funcionario, que preste servicios en la Administración militar, y en el CNI, que seguirá rigiéndose por sus normas específicas (arts. 3.5 TRLSSFAS y 2.7 RGSSFAS).

## 2. LAS OBLIGACIONES NECESARIAS PARA LA PROTECCIÓN EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

### 2.1. Los actos de encuadramiento

La incorporación al REFAS será obligatoria para todas las personas incluidas en su campo de aplicación (arts. 6.1 TRLSSFAS y 21.1 RGSSFAS), y se producirá de oficio o a instancia de parte (art. 21.1 RGSSFAS).

La incorporación de los viudos y huérfanos tendrá lugar siempre que concurren en los interesados los siguientes requisitos (art. 21.2 RGSSFAS):

1) Percibir una pensión de Clases Pasivas del Estado de viudedad u orfandad, derivada de la relación de servicios que hubiera determinado o hubiese podido determinar la inclusión del causante del derecho en el RGSSFAS; con las particularidades previstas en el art. 21.3 y 4 RGSSFAS.

2) No percibir ingresos por rendimientos derivados del trabajo, incluidos los de naturaleza prestacional, y/o del capital mobiliario e inmobiliario superiores al doble del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM).

3) No tener derecho, por título distinto, a estar integrado en cualquiera de los Regímenes que conforman el sistema público de Seguridad Social.

Si bien no será obligatoria la incorporación para aquellos retirados o jubilados que, hallándose en situación de alta en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, renuncien expresamente al REFAS (art. 21.5 RGSSFAS).

La incorporación de oficio del personal profesional que se halle prestando servicios, incluso si está pendiente de destino, será promovida por los centros, unidades y organismos donde dichos servicios se desempeñen; salvo en el supuesto del personal que se encuentre en situación de servicios especiales (art. 22.1, 2, 3 y 4 RGSSFAS); la de los funcionarios y del personal estatutario del CNI en prácticas se promoverá por los organismos civiles a los que estén adscritos, que comunicarán, además, la baja de los interesados en el caso de que no llegasen a superar el correspondiente periodo de formación (arts. 22.5 y 25.4 RGSSFAS); y la de los alumnos de los centros docentes militares de formación, de los centros militares de formación y de los centros docentes de formación de la Guardia Civil será promovida por dichos centros, que también comunicarán al ISFAS las bajas que se produzcan cuando los alumnos no superen los periodos de formación (arts. 22.5 y 25.5 RGSSFAS).

Los titulares causantes del derecho podrán instar su incorporación al REFAS, solicitándolo directamente ante los órganos competentes del ISFAS (art. 23 RGSSFAS):

- 1) El personal cuya incorporación no hubiera sido promovida de oficio.
- 2) Los que se hallen en la situación de servicios especiales.
- 3) Los que se encuentren en la situación de excedencia voluntaria prevista en el artículo 83.1 Ley 42/99, de 25 de noviembre, de régimen del personal de la Guardia Civil<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Los guardias civiles pasarán a la situación de excedencia voluntaria cuando sean designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo o resultaran elegidos en las mismas; cuando sean nombrados ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, secretarios generales, secretarios generales técnicos, directores generales, así como delegados del Gobierno o miembros de los Consejos de Gobierno o cargos asimilados en rango administrativo a los anteriormente citados de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla; cuando se encuentren en situación de servicio activo en otro Cuerpo o Escala de cualesquiera de las Administraciones Públicas o de Justicia o pasen a prestar servicios en organismos, entidades o empresas del sector público; cuando lo soliciten por interés particular, quedando su concesión subordinada a las necesidades del servicio debidamente motivadas, y sin que pueda declararse cuando al guardia civil se le instruya expediente disciplinario por falta muy grave; cuando lo soliciten para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo, por un periodo no superior a tres años, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa (también tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años los que lo soliciten para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida), siendo el periodo de excedencia único por cada sujeto causante, de manera que cuando un nuevo sujeto causante diera origen a

4) Las personas incluidas en el ámbito de aplicación del título I de la Ley 37/84, de 22 de octubre.

5) Los viudos y huérfanos de titulares o de personas que hubieran podido serlo.

6) El personal militar retirado y los funcionarios civiles jubilados que perciban pensión de clases pasivas con motivo de los servicios prestados a las Fuerzas Armadas y que no hubieren ejercido en su momento el derecho de incorporación al REFAS.

El ISFAS facilitará a las personas que se incorporen al REFAS el correspondiente documento de afiliación, en el que figurarán los datos personales de los asegurados y su número de afiliación, que tiene carácter permanente y propio del REFAS (art. 24 RGSSFAS). Los centros, unidades y organismos remitirán al ISFAS, en el plazo de un mes, las altas que se produzcan, y comunicarán las variaciones que afecten a la situación administrativa de los interesados, siempre que no determinen su baja; y, en idéntico plazo, la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, la Dirección General de Recursos del CNI y la Subdirección General de Personal de la Guardia Civil facilitarán al ISFAS los datos informatizados correspondientes a las bajas de personal que se hayan producido por las causas legalmente previstas, indicando el motivo en que se funden (art. 25.1 y 2 RGSSFAS). Las variaciones de las circunstancias personales y familiares se comunicarán por los interesados directamente al ISFAS (art. 25.3 RGSSFAS).

Tomando como base sentencias de diferentes Tribunales Superiores de Justicia, la doctrina laboralista considera que debe afirmarse que la pérdida de la condición de militar de carrera conllevará la baja como afiliado al REFAS, al igual que el cese en el Cuerpo<sup>15</sup>.

---

una nueva excedencia, el inicio del periodo de la misma pondrá fin al que se viniera disfrutando, y estos derechos no podrán ser ejercidos simultáneamente por dos o más guardias civiles en relación con el mismo causante; cuando ingresen por acceso directo como alumnos de los centros docentes de formación de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil; cuando lo soliciten, por razón de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral; y cuando lo soliciten por agrupación familiar cuando su cónyuge resida en otro municipio por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario de carrera o como laboral fijo en cualquiera de las Administraciones públicas, organismos públicos y entidades de Derecho público dependiente o vinculados a ellas, en los órganos constitucionales o del poder judicial y órganos similares de las comunidades autónomas, así como en la Unión Europea o en organizaciones internacionales.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Reflexiones sobre el Mutualismo administrativo...», *op. cit.*, p. 120.

## **2.2. La cotización al Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas**

**Los sujetos obligados a cotizar.** La cotización al ISFAS es obligatoria para todos los asegurados incluidos en el REFAS, con las siguientes excepciones (arts. 7.1 TRLSSFAS y 26 RGSSFAS):

- 1) Quienes se encuentren en situación de excedencia voluntaria para atender al cuidado de hijos o familiares.
- 2) Los alumnos de los centros docentes militares y de la Guardia Civil, mientras no perciban retribuciones referidas, aun cuando sean en porcentaje, a uno de los grupos de sujetos incluidos.
- 3) Los sujetos incluidos en el REFAS que pasen a situación de retiro o jubilación (art. 7.5 TRLSSFAS).
- 4) El personal establecido en la disp. ad. 1.<sup>a</sup>.1 c) RGSSFAS.
- 5) Los oficiales generales en la situación a extinguir de segunda reserva.
- 6) Los viudos y huérfanos incluidos en el REFAS.

**El contenido de la cotización.** En el REFAS aparece clara la desconexión entre las retribuciones de activo y los haberes reguladores, en la medida que las retribuciones básicas del funcionario (sueldo, pagas extraordinarias y antigüedad) dejan de ser el parámetro sobre el cual calcular primero la cotización y después las prestaciones, creándose al efecto unas bases *tarifadas*, genéricas y no individuales<sup>16</sup>, al estilo de las bases *normalizadas* de cotización de otros Regímenes Especiales, como el de la Minería del Carbón o el de Trabajadores del Mar<sup>17</sup>.

Así, la base de cotización será la que en cada momento se establezca como haber regulador a efectos de cotización de derechos pasivos (arts. 7.2 TRLSSFAS y 27.1 RGSSFAS). Para los alumnos que perciban retribuciones referidas a un grupo de clasificación, la base de cotización será el haber regulador que corresponda a su grupo de clasificación (arts. 7.2 TRLSSFAS y 27 RGSSFAS).

El tipo de cotización será fijado anualmente en la Ley de presupuestos generales del Estado (arts. 7.3 TRLSSFAS y 27.3 RGSSFAS). Así, durante 2014 el porcentaje de cotización y de aportación del personal militar en activo y asimilado integrado en el ISFAS queda fijado en el 1,69% sobre

<sup>16</sup> CALVO RAMÍREZ, C., «Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado», *Revista de Seguridad Social* 37, 1988, p. 128.

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servicios públicos*, Pamplona, Aranzadi, 2008, p. 113.

los haberes reguladores establecidos para el año 2012 a efectos de cotización de derechos pasivos, incrementados en un 0,25% (art. 129.2.1 Ley 22/13, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2014); y la aportación del Estado será equivalente al 9,36% de los haberes establecidos para el año 2013 a efectos de cotización de derechos pasivos, incrementados en un 0,25%, correspondiendo el 4,10% la aportación por activo y el 5,26% la aportación por pensionista exento de cotización (art. 129.2.2 Ley 22/13).

<b>Cuotas mensuales de cotización al ISFAS</b>	
<b>Grupo/Subgrupo Ley 7/2007</b>	<b>Cuota mensual en euros</b>
A1	47,86
A2	37,67
B	32,98
C1	28,93
C2	22,89
E (Ley 30/1984) y Agrup. Profesionales (Ley 7/2007)	19,51

El personal militar profesional que no sea de carrera y el personal militar de las Escalas de Complemento y Reserva Naval abonarán las cuotas mensuales de derechos pasivos minoradas al 50% (art. 129.4 Ley 22/13).

La cuota mensual de cotización se obtendrá dividiendo por 14 la cantidad resultante de aplicar a la base de cotización anual el tipo porcentual establecido y se abonará doblemente en los meses de junio y diciembre (arts. 7.4 TRLSSFAS y 28.1 RGSSFAS); la cotización correspondiente a la paga extraordinaria se reducirá, cualquiera que sea la fecha de su devengo, en la misma proporción en que se minore dicha paga como consecuencia de abonarse la misma en cuantía proporcional al tiempo en que se haya permanecido en situación de servicio activo (arts. 7.4 TRLSSFAS y 28.2 RGSSFAS); y las cuotas correspondientes a los periodos de tiempo en que se disfruten licencias sin derecho a retribución no experimentarán reducción en su cuantía (arts. 7.4 TRLSSFAS y 28.3 RGSSFAS).

Las cuotas individuales se deducirán de forma automática en las correspondientes nóminas (art. 30.1 RGSSFAS); y cuando por cualquier circunstancia no sea posible, el personal deberá proceder directamente a su abono (art. 31 RGSSFAS).

Transcurrido el plazo reglamentario establecido para el pago de las cuotas, sin que el personal obligado a su ingreso directo las haya satisfecho, se devengarán automáticamente los siguientes recargos por mora

(art. 33.1 RGSSFAS): el 5% de la deuda, si se abonaran las cuotas adeudadas dentro de los 2 meses naturales siguientes al del vencimiento del plazo reglamentario; y el 20% si se abonaran las cuotas adeudadas después del vencimiento del plazo precedente y antes de iniciarse la recaudación en vía ejecutiva.

Por último, prescribirán a los 4 años los siguientes derechos y acciones (art. 36 RGSSFAS): el derecho de este Régimen especial para determinar las cantidades que se le adeudan, cuyo objeto esté constituido por cuotas, mediante las oportunas liquidaciones; y la acción para exigir el pago de dichas cantidades, una vez determinada la deuda.

### 3. LA ACCIÓN PROTECTORA DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

#### **3.1. Las contingencias protegidas y las prestaciones. Su régimen jurídico**

**Las contingencias protegidas.** La protección del REFAS se producirá como consecuencia de las siguientes contingencias (arts. 8 TRLSSFAS y 40 RGSSFAS):

1) Necesidad de asistencia sanitaria.

2) Incapacidad temporal, derivada de enfermedad común o profesional, accidente común o en acto de servicio, o como consecuencia de él<sup>18</sup>.

Los militares de complemento y los militares profesionales de tropa y marinería que en el momento de finalizar su relación de servicios con las Fuerzas Armadas se encontrasen en situación de incapacidad temporal por accidente o enfermedad derivada del servicio o en situación de embarazo, parto o posparto, y los alumnos aspirantes a la condición de militar profesional de tropa o marinería que se encuentren en situación de insuficiencia de condiciones psicofísicas por accidente o enfermedad derivada del servicio, no causarán baja en las Fuerzas Armadas y se les prorrogará el compromiso hasta finalizar dichas situaciones (disp. ad. 5.<sup>a</sup> 1 Ley 8/06 y art. 1 RD 1412/06, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento

---

<sup>18</sup> Para que una enfermedad común ajena al servicio agravada posteriormente pueda ser calificada de accidente en acto de servicio es necesario que se pruebe que esta enfermedad o su agravación se hayan producido con ocasión del cometido de la específica actividad militar, requisito de la mayor necesidad, para que sea considerada tal dolencia y padecimiento ocasionados en acto de servicio (SAN 25-6-98 [JUR\1998\2040]).

que establece el procedimiento para la aplicación de las medidas de protección social para los militares de complemento y de tropa y marinería). A efectos de esta situación, se entenderá como derivada del servicio toda aquella situación de incapacidad temporal que se padezca con ocasión o como consecuencia de enfermedad o accidente sufridos por el desempeño de las actividades propias de los cometidos profesionales o de la enseñanza militar de formación; incluida la situación de incapacidad temporal que se produzca al ir o al volver del lugar del destino o del centro de formación (art. 2.1 y 2 RD 1412/06). Además, se presumirá, salvo prueba en contrario, que son derivadas del servicio las lesiones por accidentes sufridos en el interior de los recintos militares (art. 2.3 RD 1412/06).

Se considera que el militar de complemento y el militar profesional de tropa y marinería se encuentran en situación de incapacidad temporal para el servicio cuando se les dictamine la baja temporal conforme a la normativa vigente sobre la determinación y el control de las bajas temporales para el servicio por causas psicofísicas del personal militar profesional (art. 4.1 RD 1412/06); y en el caso del alumno aspirante, se considera que se encuentra en situación de insuficiencia de condiciones psicofísicas cuando, como consecuencia de enfermedad o lesión, pierda un tercio de las horas lectivas destinadas a la fase de formación general militar, o que tal situación le impida realizar alguna de las pruebas para superar el programa de formación, debiendo, por tales motivos, causar baja en el centro (art. 4.2 RD 1412/06). Por su parte, las situaciones de embarazo, parto y posparto abarcarán el ámbito temporal comprendido entre la certificación facultativa del embarazo por la sanidad militar y la finalización de las 16 semanas posteriores al parto (art. 3 RD 1412/06).

Al militar de complemento o al militar profesional de tropa y marinería que se encuentre en la situación de baja temporal como consecuencia de accidente o enfermedad derivada del servicio y cuya curación no se prevea antes de la finalización del compromiso que tenga contraído, o cuando su situación sea la de embarazo, parto o posparto, se le prorrogará el compromiso vigente, salvo renuncia expresa, y, a tal efecto, el jefe de la unidad o autoridad de quien dependa informará de esta circunstancia al Mando o Jefatura de Personal de su Ejército, o al director general de Personal, en el caso de los militares de complemento de los Cuerpos Comunes, remitiendo la baja temporal del interesado y cuantos informes se estimen pertinentes; y si el militar de complemento o el militar profesional de tropa y marinería se encontrara cursando la fase de formación específica, no se le resolverá el compromiso hasta que cesen las causas o situaciones citadas (art. 5.1 RD 1412/06). El Mando o Jefatura de Personal de

cada Ejército o el director general de Personal, en el caso de los militares de complemento de los Cuerpos Comunes, mediante resolución publicada en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, concederá la prórroga de compromiso hasta que sea dado de alta o se resuelva, en su caso, el correspondiente expediente de insuficiencia de condiciones psicofísicas, y desde ese momento cesará en su destino y pasará a depender de la autoridad correspondiente; en la referida resolución deberá figurar igualmente la autoridad designada para el seguimiento y control de la situación de incapacidad temporal o de la situación de embarazo, parto y posparto, y si el militar de complemento o profesional de tropa y marinería se encontrara cursando la fase de formación específica, se le notificará la resolución de no causar baja en las Fuerzas Armadas de forma personal (art. 5.2 RD 1412/06). Para el seguimiento y control de la evolución de las bajas temporales, se realizarán tantos controles como la autoridad designada para el seguimiento estime necesarios, llevándose a cabo, en todo caso, como mínimo, con una periodicidad quincenal; y en el supuesto de embarazo, parto y posparto se estará a lo que determine el correspondiente informe facultativo (art. 5.3 RD 1412/06). La prórroga de compromiso o, en su caso, la fecha de resolución de compromiso, se ampliará hasta finalizar la situación de incapacidad temporal, acreditada por la correspondiente alta para el servicio emitida por la autoridad designada para el seguimiento y control de la baja, de acuerdo con lo establecido en la normativa reguladora de las bajas médicas temporales, y por parte de la autoridad designada, se informará, de forma inmediata, al Mando o Jefatura de Personal correspondiente o al director general de Personal, en el caso de los militares de complemento de los Cuerpos Comunes; y en las situaciones de embarazo, parto o posparto, la prórroga finalizará cuando transcurra el tiempo de posparto estipulado reglamentariamente (art. 5.4 RD 1412/06). Si la incapacidad temporal se prolonga en el tiempo y transcurre un año desde que fue apreciada, si se presume definitiva o de dudosa o incierta reversibilidad, o a iniciativa de la autoridad de quien dependa o del jefe de la unidad, se procederá a la solicitud de incoación de un expediente de insuficiencia de condiciones psicofísicas conforme a la normativa en vigor; y, ordenado el inicio del referido procedimiento por la autoridad competente, el afectado mantendrá la misma situación administrativa y continuará con la prórroga del compromiso suscrito hasta la conclusión del mencionado expediente (art. 5.5 RD 1412/06).

Por otro lado, el alumno aspirante a la condición de militar profesional de tropa y marinería que se encuentre en situación de insuficiencia de condiciones psicofísicas por accidente o enfermedad derivada del servi-

cio no causará baja en el centro de formación, salvo renuncia expresa, y a tal efecto el jefe del centro de formación informará de esta circunstancia a la Dirección de Enseñanza correspondiente, que procederá a autorizar la continuidad del alumno en el centro de formación hasta su alta médica; dicha resolución se notificará al interesado conforme a Derecho, y una vez superado el periodo de baja continuará en el régimen de alumnado (art. 6.1 RD 1412/06). En el supuesto de que la insuficiencia psicofísica, motivo de la baja, se presuma definitiva o de incierta o dudosa reversibilidad, se actuará conforme a lo dispuesto en el régimen de alumnado, procediendo a solicitar reconocimiento por la Junta médico-pericial correspondiente, y la baja como alumno, si procede (art. 6.2 RD 1412/06). Para el seguimiento y control de la evolución del alumno se realizarán tantos controles como el jefe del centro de formación estime necesarios, y, en todo caso, como mínimo, se llevarán a cabo con una periodicidad quincenal.

3) Inutilidad para el servicio, derivada de las mismas causas que la incapacidad temporal.

4) Cargas familiares.

Tal y como se indica, las contingencias de incapacidad temporal y de inutilidad pueden derivar enfermedad común o profesional, accidente común o en acto de servicio, o como consecuencia de él. Puesto que las normas específicas del REFAS no contemplan la expresa definición de dichas contingencias, asumiremos dichos conceptos tal y como lo hacen las normas del régimen especial aplicable a los funcionarios civiles del Estado.

Así, se entiende por accidente en acto de servicio aquel que se produzca con ocasión o como consecuencia de las actividades propias de la prestación del servicio a la Administración; y para la determinación de los supuestos que tendrán la consideración de accidente en acto de servicio o como consecuencia de él, y para las presunciones aplicables al respecto, se estará a lo dispuesto en el RGSS acerca del concepto de accidente de trabajo, sin perjuicio de las peculiaridades propias que resulten aplicables derivadas de la prestación del servicio público<sup>19</sup> (art. 59 Reglamento Ge-

---

<sup>19</sup> Para considerar un accidente de tráfico como accidente *in itinere*, supuesto en que se pueden considerar las secuelas como producidas en acto de servicio, es necesario determinados requisitos específicos: tecnológico, cronológico, topográfico y modal o mecánico; el primero, que hace referencia a la causa del desplazamiento, que, en todo caso, debe ser la de iniciar la prestación de servicios o, una vez finalizada la misma, regresar al domicilio, sin que quepan interrupciones o alteraciones en el *iter laboris*

neral del Mutualismo Administrativo, aprobado por RD 375/03, de 28 de marzo). Se considera enfermedad profesional la contraída por el mutualista a consecuencia de la prestación de sus servicios, en las actividades que se especifican en las normas reglamentarias del RGSS u otras normas que se dicten al efecto, siempre que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias determinados en dichas normas para cada enfermedad profesional (art. 60 Reglamento General del Mutualismo Administrativo). Por último, se consideran accidente y enfermedad comunes las lesiones y alteraciones de la salud que, con sujeción a los artículos anteriores, no puedan ser calificadas ni como accidente en acto de servicio ni como enfermedad profesional (art. 62 Reglamento General del Mutualismo Administrativo).

**Los caracteres de las prestaciones.** Las prestaciones y beneficios que integran la acción protectora del REFAS no podrán ser objeto de retención, cesión total o parcial, compensación o descuento<sup>20</sup>, salvo en los dos casos siguientes (art. 42.1 RGSSFAS):

- En orden al cumplimiento de las obligaciones alimenticias en favor del cónyuge e hijos.
- Cuando se trate de obligaciones contraídas por el asegurado dentro del REFAS.

En cualquier caso, las prestaciones derivadas de la acción protectora del REFAS estarán sujetas a tributación en los términos establecidos en las normas reguladoras de cada impuesto (art. 42.2 RGSSFAS).

---

por motivos o conveniencias personales extrañas al trabajo; el segundo se refiere a que el accidente debe ocurrir en tiempo inmediato o razonablemente próximo a las horas de entrada o salida del trabajo; el tercero consiste en que el trabajador debe utilizar el trayecto adecuado, entendiéndose por tal el normal, usual o habitual empleado para ir al trabajo o regresar del mismo; y, finalmente, el requisito mecánico, que hace referencia a que el medio de transporte utilizado ha de ser el racional y adecuado para salvar la distancia existente entre el centro de trabajo y el domicilio, o viceversa (SSAN 23-9-04 [JUR\2004\281822 y JUR\2004\281878]). Por ello, la Audiencia Nacional no considera la existencia de accidente *in itinere* cuando el lugar donde se produce el accidente no es en el trayecto del lugar de trabajo hasta el lugar diario de residencia en el propio acuartelamiento, sino que se produce una vez que el mutualista abandona dicho lugar diario de residencia en el acuartelamiento y se dirige al domicilio de su familia, sin que tampoco concorra el elemento teleológico, ya que la finalidad principal y directa no está determinada por el trabajo, sino que era la estancia con los familiares (SAN 23-9-04 [JUR\2004\281878]).

<sup>20</sup> En materia de embargo de prestaciones se estará a lo dispuesto en la Ley 1/00, 7-1, de enjuiciamiento civil.

Además, las prestaciones que, una vez reconocidas, exijan un pago económico al asegurado o a su beneficiario, serán abonadas únicamente en la cuenta corriente o libreta ordinaria abierta a su nombre (art. 9.2 TRLSSFAS, añadido por la Ley 39/10).

**Los requisitos generales para el derecho a las prestaciones.** Las personas incluidas en el campo de aplicación del REFAS causarán derecho a las prestaciones que forman parte de su ámbito de cobertura cuando además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliados a dicho Régimen al sobrevenir la contingencia o situación protegida<sup>21</sup> (art. 44 RGSSFAS).

Sobre los requisitos para el acceso a las prestaciones, la doctrina ha indicado que resulta excepcional imponer un periodo de carencia, y que, sin perjuicio de la exigencia ordinaria de afiliación en el momento del hecho causante, rige el principio de automaticidad, que permite causar prestaciones en supuestos de falta de afiliación y/o alta imputables a la Administración aunque la contingencia tenga un origen común, diferenciándose claramente de la regulación del RGSS<sup>22</sup>

De forma específica, en caso de separación judicial, divorcio o nulidad, el derecho a la percepción de las prestaciones económicas que reconoce el REFAS en favor de los hijos o descendientes menores o incapacitados que tengan la condición de beneficiarios o de las que puedan concederse al titular por razón de los mismos, corresponderá a aquel de los progenitores o adoptantes a quienes se haya conferido la guarda o custodia en el correspondiente procedimiento judicial; si bien, se respetarán los pactos expresos que ambos cónyuges adopten de común acuerdo, respecto a la designación del progenitor que haya de percibir el importe de las citadas prestaciones (art. 45 RGSSFAS).

**La prescripción y caducidad de las prestaciones.** El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los 4 años contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate (SAN de 6 de mayo de 2009 [JUR\2009\244835]), sin perjuicio de las excepciones que se determinen reglamentariamente (art. 46.1 RGSSFAS).

La prescripción se interrumpirá por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de re-

---

<sup>21</sup> Las infracciones y las sanciones aplicables a los asegurados y beneficiarios del REFAS se regulan en los arts. 125-129 RGSSFAS; y los recursos y el régimen jurisdiccional, en el art. 130 RGSSFAS.

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «Un supuesto especial de compatibilidad...», *op. cit.*, p. 1.

conocimiento de la deuda por el deudor (arts. 1973 Código Civil y 46.1 RGSSFAS).

Mientras que el derecho al percibo de las prestaciones a tanto alzado y por una sola vez, caducará al año a contar desde el día siguiente al de haber sido notificada en forma, al interesado, su concesión (art. 46.2 RGSSFAS).

**El reintegro de prestaciones indebidas.** Los asegurados, derechohabientes y demás personas que hayan percibido indebidamente prestaciones del ISFAS vendrán obligados a reintegrar su importe (art. 47.1 RGSSFAS); y quienes por acción u omisión hayan contribuido a hacer posible la percepción indebida de una prestación responderán, subsidiariamente con los perceptores, de la obligación de reintegrar (art. 47.2 RGSSFAS).

La obligación del reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los 4 años, contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable al ISFAS (art. 47.4 RGSSFAS).

Para el reintegro de las prestaciones indebidas se aplicará, en su caso, el procedimiento previsto para la recaudación en vía ejecutiva regulada en el artículo 35 RGSSFAS<sup>23</sup> (art. 47.3 RGSSFAS).

**La cuantía de las prestaciones.** La cuantía de las prestaciones integradas en la acción protectora del REFAS se determinará en la normativa de desarrollo de cada una de ellas y su financiación se llevará a efecto con cargo a los recursos económicos del ISFAS<sup>24</sup> (art. 48 RGSSFAS).

---

<sup>23</sup> El art. 35 RGSSFAS establece que las certificaciones de descubierto tramitadas por la gerencia del ISFAS, con motivo del impago de cuotas, tendrán la consideración de títulos ejecutivos; y que antes de expedir las certificaciones de descubierto, dicha gerencia requerirá al deudor para que, en el plazo de 15 días, proceda al abono de las cuotas no satisfechas y del correspondiente recargo por mora, y transcurrido este plazo sin que se verifique el pago se procederá a tramitar la citada certificación.

<sup>24</sup> Para el cumplimiento de sus fines, los recursos económicos del ISFAS estarán constituidos por (art. 111 RGSSFAS): las aportaciones del Estado; la cotización del personal afiliado; las subvenciones estatales y aquellos otros recursos públicos de naturaleza diversa que le correspondan con arreglo a la normativa vigente; los bienes, derechos y acciones de las Mutuas que constituyen el Fondo Especial del ISFAS; los frutos, rentas, intereses y cualquier otro producto de sus bienes patrimoniales; las rentas derivadas de inversiones efectuadas con fondos o disponible en efectivo que no hayan de destinarse de modo inmediato al cumplimiento de las obligaciones reglamentarias, de forma que se coordinen los fines de carácter social con la obtención de la mejor rentabilidad compatible con la seguridad en la inversión y una liquidez en grado adecuado a las finalidades que aquellos hayan de atender; y cualesquiera otros recursos privados que se obtengan para el cumplimiento de sus fines.

Cuando se trate de las pensiones reconocidas por el ISFAS, cualquiera que sea la contingencia que las haya determinado, podrán ser revalorizadas periódicamente, a propuesta del Ministerio de Defensa y a iniciativa del propio Instituto, teniendo en cuenta la evolución de los distintos factores de la economía nacional y las posibilidades financieras del ISFAS (art. 49 RGSSFAS).

**Las clases de prestaciones.** Con carácter general, se establece que los empleados públicos tienen derecho a las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes al régimen que les sea de aplicación (art. 14 o) Ley 7/07, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público [EBEP]). Así, en el REFAS, las prestaciones a que tienen derecho los asegurados o sus beneficiarios, cuando se encuentren en los supuestos de hecho legalmente establecidos, serán las siguientes<sup>25</sup> (arts. 30.1 LO 9/11, 9.1 TRLSSFAS, tras la Ley 39/10, y 41 RGSSFAS):

1) Asistencia sanitaria<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ CARDO destaca que la acción protectora del REFAS comprende prestaciones destinadas a los militares que aún no han pasado a retiro o jubilación, a salvo de algunas prestaciones económicas y en especie dirigidas principalmente a quienes han sufrido una incapacidad permanente para el servicio (o inutilidad en la expresión más ligada al contexto castrense) («El Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas...», *op. cit.*, pp. 48-49); y RODRÍGUEZ ESCANCIANO resalta como principal especialidad la ausencia de la prestación por desempleo, dada la estabilidad en el desempeño de la actividad garantizada por el incuestionado derecho al cargo, el cual queda directamente referido a dos tipos de inamovilidad: de una parte, la *relacional* (cargo en sentido subjetivo), protegiendo al funcionario de la libre separación, y de otra, la *funcional* (cargo en sentido objetivo), a proyectar sobre el puesto de trabajo de adscripción, para garantizar su permanencia en el mismo excluyendo la remoción sin causa y evitando cualesquiera amenaza en el libre ejercicio de sus labores («Reflexiones sobre el Mutualismo administrativo...», *op. cit.*, pp. 125-126).

<sup>26</sup> Las personas que ostentan la condición de mutualista o beneficiario del REFAS mantienen el régimen de cobertura obligatoria de la prestación sanitaria conforme a la normativa especial reguladora del ISFAS que, asimismo, determina su respectivo colectivo protegido, incluidos los funcionarios que hayan ingresado en cualquier administración pública con posterioridad a 1-1-11 en cuerpos que formen parte del campo de aplicación del mutualismo, manteniendo estos funcionarios la condición de mutualistas cuando pasen a la situación de pensionistas (disp. ad. 7.<sup>a</sup>.1 RD 1192/12, 3-8); y, en consecuencia, el reconocimiento y control de la condición de mutualista o beneficiario le corresponderá al ISFAS (disp. ad. 7.<sup>a</sup>.2 RD 1192/2012).

La disp. ad. 4.<sup>a</sup> Ley 16/03, 28-5, de cohesión y calidad del SNS, en la redacción llevada a cabo por la Ley 33/11, 4-10, general de salud pública, ha establecido que el ISFAS, como integrante del SNS en su calidad de entidad gestora del REFAS, tendrá que garantizar el contenido de la cartera de servicios del SNS, así como las garantías sobre accesibilidad, movilidad, calidad, seguridad, información y tiempo recogidas en la Ley 16/03, de acuerdo con lo dispuesto en su normativa específica. En materia de salud pública, se exceptúan de la cartera de servicios del SNS en el ámbito de dicha mutualidad las actuaciones de vigilancia

2) Subsidio por incapacidad temporal y por riesgo durante el embarazo, en el caso de funcionarios civiles<sup>27</sup>.

El artículo 132 Ley 17/99, en la redacción de la LO 3/07, establece que durante el periodo de embarazo y previo informe facultativo, podrá asignarse a la mujer militar profesional a un puesto orgánico o cometido distinto al que estuviera ocupando, que resulte adecuado a las circunstancias de su estado; sin que ello suponga pérdida del destino.

3) Prestaciones económicas y recuperadoras, en su caso, por inutilidad para el servicio y gran invalidez.

4) Indemnización por lesiones, mutilaciones o deformidades de carácter permanente no invalidantes.

5) Servicios sociales y asistencia social.

La acción protectora del REFAS puede incluir los servicios sociales del sistema de la Seguridad Social, siempre que las contingencias que atiendan no estén cubiertas por otras prestaciones y sin perjuicio de la acción social que corresponde desarrollar a las Fuerzas Armadas como actividad propia (arts. 25.1 TRLSSFAS y 104 RGSSFAS). Mientras que la asistencia social supone la dispensación por el ISFAS a los asegurados y a sus beneficiarios de los servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos, a fin de paliar los estados y situaciones de necesidad que pudieran afectarles (arts. 26.1 TRLSSFAS y 105 RGSSFAS).

Son beneficiarios de los servicios sociales y asistencia social todos los asegurados y los siguientes beneficiarios de su asistencia sanitaria (arts.

---

epidemiológica, protección y promoción de la seguridad alimentaria, protección y promoción de la sanidad ambiental, vigilancia y control de los riesgos derivados de la importación y tránsito de bienes y viajeros, y las acciones generales de protección y promoción de la salud relacionadas con la prevención y abordaje de las epidemias y catástrofes; y, en todo caso, los profesionales y centros sanitarios que prestan servicio al colectivo protegido por el ISFAS, en virtud de los conciertos suscritos por estas con las entidades de seguro libre, están obligados a colaborar con las autoridades competentes en las actuaciones emprendidas en materia de salud pública.

<sup>27</sup> El art. 112.4 Ley 17/99, 18-5, introducido por la LO 3/07, establece que a la mujer deberá darse especial protección en situaciones de embarazo, parto y posparto para cumplir las condiciones para el ascenso a todos los empleos de militar profesional; el art. 132 Ley 17/99, en la redacción de la LO 3/07, establece que en los supuestos de parto o adopción se tendrá derecho a los correspondientes permisos de la madre y del padre, de conformidad con la legislación vigente para el personal al servicio de las Administraciones públicas, sin que ello suponga pérdida del destino; el RD 295/09, 6-3, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, es de aplicación supletoria en el REFAS, en todo lo que no se oponga a lo preceptuado en la normativa general reguladora del dicho Régimen especial (art. 1.3); y el RD 293/09, 6-3, ha aprobado las medidas de protección de la maternidad en el ámbito de la enseñanza en las Fuerzas Armadas.

27 TRLSSFAS y 107 RGSSFAS): cónyuge; hijos menores de 21 años o, sin tal límite de edad, cuando padezcan una incapacidad permanente y absoluta que los inhabilite por completo para toda profesión u oficio; hermanos menores de 18 años y los mayores de esa edad que padezcan una incapacidad permanente y absoluta que los inhabilite por completo para toda profesión u oficio; ascendientes, tanto del asegurado como de su cónyuge, y los cónyuges de tales ascendientes por ulteriores nupcias; y los viudos y huérfanos que sean beneficiarios de asistencia sanitaria, siempre que estos últimos sean menores de 21 años o padezcan una incapacidad permanente y absoluta que los inhabilite por completo para toda profesión u oficio.

Las ayudas asistenciales comprenderán (art. 26.3 TRLSSFAS): las dispensadas por tratamiento o intervenciones especiales, en casos de carácter excepcional, por un determinado facultativo; las determinadas por inexistencia, pérdida o insuficiencia de prestaciones en supuestos concretos; las debidas a gastos de carácter urgente en casos de importancia extraordinaria debidamente justificados; y cualesquiera otras análogas cuya percepción no haya sido regulada en las normas aplicables del régimen especial.

Las prestaciones de asistencia social podrán extenderse, entre otros, a los siguientes estados o situaciones de necesidad (art. 106.1 RGSSFAS): los que puedan afectar a los asegurados mayores de 65 años, en atención a su situación sociofamiliar, al grado de discapacidad o a su avanzada edad; las intervenciones o tratamientos especiales que únicamente puedan ser realizadas por especialistas muy determinados, así como los que solo puedan facilitarse en centros asistenciales muy concretos; la adquisición de algún aparato relacionado con la salud que sea imprescindible para el desarrollo de la vida cotidiana, o la necesidad de someterse a determinadas técnicas o tratamientos de idéntica naturaleza, cuyo coste resulte, en ambos casos, extraordinario, a tenor del nivel de recursos acreditado, y siempre que los asegurados no tengan derecho a los mismos al amparo de ninguna otra prestación; y todos aquellos de la misma naturaleza excepcional que el órgano gestor del REFAS estime oportuno atender.

Las prestaciones por servicios sociales y por asistencia social otorgadas por el ISFAS serán incompatibles con otras prestaciones dispensadas o financiadas con fondos públicos en el tramo de su cuantía que resulte coincidente, siempre que estén destinadas a la misma finalidad y exista coincidencia en cuanto a sujetos y hechos causantes (art. 108 RGSSFAS).

En cualquier caso, durante el año 2014, se ha suspendido el reconocimiento o, en su caso, renovación de las siguientes ayudas (Instrucción

78/13, de 26 de diciembre, del ISFAS, por la que se suspenden determinadas ayudas sociales): las ayudas para la atención a la dependencia; la ayuda para tratamientos termales; la ayuda para adquisición de vivienda<sup>28</sup>; y las ayudas previstas en las disp. trans. de la Instrucción 4B0/19065/10.

6) Prestaciones familiares por hijo o menor acogido a cargo con discapacidad y ayudas económicas en los casos de parto o adopción múltiple.

Las prestaciones económicas de protección a la familia son las siguientes (arts. 24.1 TRLSSFAS y 85 RGSSFAS):

a) Las ayudas familiares por hijo menor acogido a cargo con discapacidad.

La prestación de protección por hijo o menor acogido a cargo consistirá en una asignación económica, por cada hijo o menor acogido menor de 18 años que padezca una discapacidad igual o superior al 33%, o mayor de dicha edad, afectado por una discapacidad igual o superior al 65%, siempre que se encuentren a cargo del beneficiario; y cuando los afectados padezcan una discapacidad de grado superior al 75%, y siempre que como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten del concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o cualquier otro análogo, la cuantía de dicha asignación se incrementará en la cuantía que se fije anualmente en la Ley de presupuestos generales del Estado (art. 88 RGSSFAS). A estos efectos, con carácter general tendrá la condición de hijo o menor acogido a cargo el que conviva y dependa económicamente del beneficiario; presumiéndose, salvo prueba en contrario, que existe dependencia económica cuando el hijo o menor acogido convive con el beneficiario; y considerándose que el hijo o menor acogido no está a cargo del beneficiario cuando trabaje por cuenta propia o ajena, siempre que los ingresos que perciba por cualquier concepto en cómputo anual sean superiores a los límites que se establezcan en el RGSS, o cuando sea perceptor de una pensión contributiva a cargo de un régimen público de protección social distinta de la de orfandad o a favor de familiares de nietos o hermanos (art. 89 RGSSFAS).

---

<sup>28</sup> Cuando estaban vigentes dichas ayudas, la Audiencia Nacional determinó que las ayudas económicas para el acceso a la propiedad de vivienda estaban condicionadas a un límite, de forma que en ningún caso el solicitante podía ser titular de otra vivienda en un porcentaje igual o superior al 50%, con el objetivo de dar prioridad a los militares que pretenden acceder a su primera vivienda, frente a quienes pudieran poseer otra (SSAN 30-6-10 [Tol 1896061], 21-9 [JUR\2011\351949] y 3-11-11 [JUR\2011\397945]).

Son beneficiarios de esta prestación las siguientes personas (art. 90.1 RGSSFAS):

- El personal incluido en el ámbito de aplicación del REFAS que tenga a su cargo algún hijo o menor acogido.
- Las viudas o viudos, cuando tengan a su cargo algún hijo o menor acogido del causante del derecho en el que concurren las citadas circunstancias.
- Los huérfanos de padre y madre menores de 18 años que padezcan un grado de discapacidad igual o superior al 33%, o aquellos que siendo mayores de dicha edad padezcan un grado de discapacidad igual o superior al 65%, siempre que alguno de sus progenitores o adoptantes hubiera estado incluido en el ámbito de aplicación del REFAS, o hubiese podido estarlo; y también los que hayan sido abandonados por sus progenitores o adoptantes, siempre que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar permanente o preadoptivo.
- Cumplidos los requisitos necesarios, serán beneficiarios de las asignaciones que, en razón de ellos, corresponderían a sus progenitores o adoptantes, los hijos con discapacidad mayores de 18 años que no hayan sido incapacitados judicialmente y conserven su capacidad de obrar, previa presentación de solicitud al efecto y con audiencia de aquellos.

La cuantía de las prestaciones familiares por hijo o menor acogido a cargo será la que se establezca anualmente en las correspondientes Ley de presupuestos generales del Estado, o en la normativa correspondiente del RGSS (art. 91 RGSSFAS).

Para el reconocimiento de la prestación será necesario que ni el padre ni la madre tengan derecho a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier régimen público de protección social; el derecho a percibir la prestación solamente podrá ser reconocido a favor de uno de ellos, determinado de común acuerdo; y si no hubiese acuerdo de los padres, lo que deberá notificarse de forma expresa, habrá de estarse a las reglas que, en cuanto a la patria potestad y guarda, establece el Código Civil (art. 92.1 RGSSFAS); y la percepción de las asignaciones económicas por hijo o menor acogido a cargo con discapacidad estará sujeta a las mismas incompatibilidades que las previstas para esta prestación en el RGSS (art. 92.2 RGSSFAS). La determinación del grado de discapacidad, así como la necesidad por parte de la persona con discapacidad de una tercera persona que le asista, correspon-

derá a los equipos de valoración y orientación del IMSERSO, o de los órganos competentes de las comunidades autónomas (art. 93.1 RGSSFAS); y la primera revisión del grado de discapacidad podrá instarse por parte del interesado, una vez que haya transcurrido el plazo de 2 años desde la fecha en que se le reconoció dicho grado, y las posteriores revisiones podrán instarse una vez transcurrido un año desde la fecha de la resolución en que se haya resuelto la petición de revisión anterior; no siendo los plazos precedentes de aplicación cuando se acrediten suficientemente las variaciones de los factores personales o sociales valorados (art. 93.2 RGSSFAS). El reconocimiento del derecho a la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo surtirá efectos a partir del día primero del trimestre natural siguiente al de presentación de la solicitud, incluso en el supuesto de modificaciones en el contenido del derecho que supongan un aumento en la cuantía de la asignación económica que se viniera percibiendo (art. 94.1 RGSSFAS); y cuando como consecuencia de variaciones familiares, o de otra índole, deba acordarse la extinción o reducción del derecho, dichas variaciones no surtirán efectos hasta el último día del trimestre natural en el que se hayan producido (art. 94.2 RGSSFAS). La cuantía anual de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo se devengará en función de las mensualidades a que, dentro de cada ejercicio económico, tenga derecho el beneficiario (art. 95.1 RGSSFAS); y el abono de la prestación se llevará a cabo directamente por el ISFAS, con carácter mensual (art. 95.2 RGSSFAS).

Por su parte, la prestación por hijo o menor acogido a cargo menor de 18 años sin discapacidad se regirá por lo dispuesto en el RGSS (art. 87 RGSSFAS).

b) Subsidio especial por maternidad en el supuesto de parto múltiple y prestación económica de pago único por la misma contingencia.

Las ayudas económicas en los supuestos de parto o adopción múltiples comprenden dos tipos de prestaciones (art. 79.1 RGSSFAS): un subsidio especial por cada hijo nacido o adoptado en el parto o adopción múltiples, a partir del 2.º; y una prestación económica de pago único, cuando el número de hijos nacidos o adoptados sea igual o superior a 2.

Podrán ser beneficiarios del subsidio por parto o adopción múltiples la madre cuando esté obligatoriamente incluida en el campo de aplicación del RGSSFAS y el padre en las mismas condiciones de afiliación, siempre y cuando la madre no tenga derecho al mismo por otro régimen de Seguridad Social o cuando teniendo derecho hubiera fallecido o hubiera optado por que sea el padre quien lo ejercite; y las viudas en caso de nacimiento de hijos póstumos habidos con el titular, o cuando este

fallezca tras el parto sin haber ejercido el derecho; los viudos, en caso de que la progenitora titular del derecho fallezca durante o después del parto (art. 98.1 RGSSFAS). Además, para tener derecho al subsidio se requiere haber cotizado al ISFAS durante 180 días naturales como mínimo durante los 5 años inmediatamente anteriores al parto (art. 99.1 RGSSFAS).

El subsidio por parto múltiple consistirá en un importe equivalente al 100% de la base de cotización al ISFAS durante las 6 semanas de descanso obligatorio posterior al parto (art. 100.1 RGSSFAS).

Podrán ser beneficiarios de la prestación económica de pago único las personas incluidas en el ámbito de aplicación del RESSFAS; y los viudos y viudas en los mismos términos previstos en la prestación anterior (art. 98.2 RGSSFAS). Cuando los hijos sujetos causantes de estas ayudas sean huérfanos de padre y madre o estén abandonados, será beneficiario de la respectiva prestación la persona que legalmente deba hacerse cargo de los mismos (art. 98.2 RGSSFAS).

Esta prestación económica de pago único no exige periodo de carencia (art. 99.2 RGSSFAS); y se calculará de la siguiente manera (art. 100.2 RGSSFAS):

Número de hijos nacidos	N.º de veces el importe mensual del SMI
2	4
3	8
4 y más	12

Por último, las prestaciones de protección a la familia son incompatibles con cualesquiera otras análogas fijadas en los restantes regímenes del sistema de la Seguridad Social (arts. 86 y 102 RGSSFAS); y compatibles entre sí y, en su caso, con la prestación económica por hijo o menor acogido a cargo (art. 101 RGSSFAS).

7) Los militares profesionales de tropa y marinería que mantienen una relación de servicios de carácter temporal se encontrarán en situación legal de desempleo cuando finalice el compromiso que tengan suscrito o se resuelva el mismo por causas independientes de su voluntad<sup>29</sup> (disp. ad. 4.<sup>a</sup>.1 Ley 8/2006).

<sup>29</sup> La prestación o el subsidio por desempleo serán compatibles con la asignación de reserva de especial disponibilidad; teniendo en cuenta que el importe de esta última asignación se computará como renta a efectos del subsidio por desempleo (disp. ad. 4.<sup>a</sup>.2 de la Ley 8/06).

8) Prestación económica por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave<sup>30</sup> (art. 49 e) EBEP, añadido por la Ley 39/10, de 22 de diciembre).

De forma específica, el art. 32.1 LO 11/07, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, establece expresamente que todos los miembros de la Guardia Civil tendrán derecho a disfrutar de un régimen de protección social que incluya la asistencia sanitaria y prestaciones en caso de enfermedad o incapacidad en los términos previstos por la ley.

El reconocimiento del derecho a las prestaciones enumeradas corresponderá a la Gerencia del ISFAS, cuyo procedimiento podrá iniciarse de oficio o a instancia del interesado, en cuyo caso este deberá aportar los documentos exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate y demás elementos de prueba en que funde su pretensión; y cuando se trata de prestaciones cuya concesión o cuantía esté subordinada al cumplimiento de determinados periodos de cotización, únicamente serán computables las cotizaciones efectivamente realizadas y aquellas cuyo ingreso se encuentre pendiente por haberse autorizado su aplazamiento (art. 43 RGSSFAS).

## II. LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA

Corresponde a la Sanidad Militar, con independencia de los derechos derivados de la protección social de los militares (art. 30.3 LO 9/11 y disp. ad. 5.ª Ley 39/07):

1) Prestar la asistencia sanitaria a los contingentes militares españoles destacados en misiones internacionales, formando parte de fuerzas expedi-

---

<sup>30</sup> El permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave supone el derecho del funcionario a una reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración de aquella, percibiendo las retribuciones íntegras, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad, por naturaleza o adopción, o en los supuestos de acogimiento preadoptivo o permanente del menor, afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años; estableciéndose reglamentariamente las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas. Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, las circunstancias necesarias para tener derecho a este permiso o, en su caso, puedan tener la condición de beneficiarios de la prestación establecida para este fin en el régimen de la Seguridad Social que les sea de aplicación, el derecho a su disfrute solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos.

cionarias, de dotaciones de buques y su personal embarcado o participando en ejercicios tácticos.

2) Prestar la atención sanitaria que se desarrolle en el ámbito logístico-operativo o en el destino.

3) Determinar la existencia de las condiciones psicofísicas precisas para el ingreso en los centros docentes militares de formación y para la pérdida de la condición de alumno.

4) Dictaminar sobre la insuficiencia temporal o definitiva de dichas condiciones a los fines de baja temporal en el servicio o de limitación para ocupar determinados destinos, pase a retiro por inutilidad permanente para el servicio o resolución del compromiso, según corresponda.

En el caso de que la baja temporal se prevea inferior a un mes, el órgano competente para acordarla podrá omitir el dictamen de la Sanidad Militar si existe informe del facultativo que corresponda en el ámbito de la protección social. A los efectos de dictaminar sobre la insuficiencia temporal o definitiva de condiciones psicofísicas, el Ministerio de Defensa podrá establecer convenios de colaboración de la Sanidad Militar con otras entidades públicas.

## 1. EL OBJETO Y CONTENIDO DE LA ASISTENCIA SANITARIA

Las contingencias cubiertas por la prestación de la asistencia sanitaria son las de enfermedad común o profesional y las lesiones ocasionadas por accidente común o en acto de servicio o como consecuencia de él, sea por accidente o riesgo específico del cargo, así como el embarazo, el parto y el puerperio<sup>31</sup> (arts. 11 TRLSSFAS y 51 RGSSFAS).

La asistencia sanitaria tiene por objeto la prestación de los servicios médicos, quirúrgicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud y la aptitud para el trabajo de los beneficiarios (arts. 10.1 TRLSSFAS y 50.1 RGSSFAS); y proporcionará los servicios convenientes para completar las prestaciones médicas farmacéuticas y atendiendo, de modo especial, a la rehabilitación física para la recuperación profesional de los inválidos con derecho a ella (arts. 10.2 TRLSSFAS y 50.2 RGSSFAS).

La reciente Resolución 4B0/38008/14, de 15 de enero, del ISFAS, ha aprobado la cartera de servicios de asistencia sanitaria del ISFAS, que se

---

<sup>31</sup> El RD 1314/01, 30-11, declaró extinguido el sistema específico de cobertura de la contingencia de asistencia sanitaria derivada de enfermedad común y accidente no laboral del personal civil no funcionario dependiente del Ministerio de Defensa, que pasó a ser dispensada en los términos y en la forma establecidos en el RGSS.

define como el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se harán efectivas las prestaciones sanitarias.

Dicha cartera tiene el siguiente contenido (arts. 13, redactado por la Ley 39/07, 14 y 15 TRLSSFAS y 56 RGSSFAS, y Resolución 4B0/38008/14):

- 1) Los servicios de atención primaria, incluida la atención primaria de urgencia en régimen ambulatorio o a domicilio, la atención especializada, en régimen ambulatorio u hospitalario, y los servicios de urgencia hospitalaria, incluidas en la cartera común básica de servicios asistenciales.
- 2) La prestación farmacéutica y con productos dietéticos.
- 3) La prestación por traslados de enfermos.
- 4) La prestación ortoprotésica.
- 5) Las prestaciones sanitarias complementarias.
- 6) Los servicios de información y documentación sanitaria.
- 7) La asistencia sanitaria consecuencia de accidente en acto de servicio o enfermedad profesional.
- 8) La asistencia sanitaria fuera del territorio nacional.

En cualquier caso, el ISFAS tendrá que garantizar el contenido de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud (SNS) en su ámbito de aplicación (disp. ad. 4.<sup>a</sup> Ley 16/03, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del SNS, y disp. ad. única.1 RD 1030/06, de 15 de septiembre, por el que se aprueba la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización); y podrá aprobar su propia cartera de servicios, que, en cualquier caso, deberá incluir, como mínimo, aquella cartera de servicios comunes (disp. ad. única.2 RD 1030/06).

La prestación de asistencia sanitaria a los asegurados del ISFAS se hará efectiva mediante los servicios facultativos, auxiliares, técnico-sanitarios y de hospitalización propios de este Régimen especial (art. 61.1 RGSSFAS).

El ISFAS concertará con la Sanidad Militar la adscripción a este Régimen de Seguridad Social de los servicios sanitarios que resulten precisos para facilitar a sus afiliados las prestaciones sanitarias; y por los órganos competentes del Ministerio de Defensa se establecerán las normas que regulen la colaboración concertada entre el ISFAS y la Sanidad Militar, para la prestación de asistencia sanitaria a las personas incluidas en el ámbito de aplicación del REFAS (art. 61.2 RGSSFAS).

No obstante, cuando sea preciso, el ISFAS podrá concertar con los órganos competentes de los Servicios Públicos de Salud o de otras institucio-

nes públicas o privadas la adscripción a tales fines, de medios o servicios sanitarios, pertenecientes a dichas instituciones, correspondiendo la opción al beneficiario<sup>32</sup>, y podrá contratar la prestación de servicios a título individual con personal facultativo, técnico y sanitario (art. 61.3 RGSFAS). Los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria o farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebre el ISFAS con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza administrativa de contratos de gestión de servicio público, regulándose por la normativa especial del ISFAS y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público<sup>33</sup> (disp. ad. 20.<sup>a</sup> 1 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por RDLeg 3/11, de 14 de noviembre, y Resolución 4B0/38144/13, de 23 de octubre, del ISFAS, por la que se convoca la presentación de solicitudes por entidades de seguro para suscribir concierto con el ISFAS para la asistencia sanitaria de beneficiarios del mismo durante el año 2014).

En relación con estos conciertos, la Audiencia Nacional ha interpretado que cuando el mutualista escoge una determinada forma de prestación de su asistencia sanitaria por el cauce de entidades de carácter privado, la Administración estará exonerada frente a los terceros por los daños sufridos por la conducta del contratista en la ejecución de la gestión del servicio público, salvo que se acredite que el daño es imputable a la Administración (SSAN 18-10-11 [RJ\2012\1207], 4-12-12 [RJ\2013\1508] y 27-2-13 [JUR\2013\92022]); y, por tanto, el daño no es imputable al funcionamiento de los servicios públicos, habida cuenta de que la actuación administrativa consiste en celebrar conciertos con entidades o sociedades para facilitar a los mutualistas y beneficiarios la prestación sanitaria de tal modo que, a tenor de lo dispuesto en los conciertos suscritos, la responsabilidad que puede surgir por la defectuosa asistencia no es susceptible de ser imputada más allá del círculo en que efectivamente se realiza la prestación<sup>34</sup> (SSAN 25-1-

---

<sup>32</sup> BLASCO LAHOZ, J. F., «Las prestaciones sanitarias del Mutualismo administrativo», *Actualidad Laboral* 43, 2002, p. 952.

<sup>33</sup> La Resolución 4B0/38172/13, 11-12, del ISFAS, ha publicado los conciertos suscritos con entidades de seguro para la asistencia sanitaria de beneficiarios durante el año 2014.

<sup>34</sup> La Audiencia Nacional insiste en que la prestación sanitaria a través de una entidad o sociedad concertada incumbe exclusivamente a esta a través de los profesionales y medios establecidos previamente y, dentro de ellos, de los elegidos por el mutualista y beneficiario, y, por tanto, el posible daño producido no es imputable al funcionamiento de los servicios públicos, habida cuenta de que la actuación administrativa consiste en celebrar conciertos con entidades o sociedades para facilitar a los mutualistas y beneficiarios

01 [Rec. 251/00], 25-7 [Rec. 754/00], 2-10 [Rec. 363/02] y 28-11-02 [Rec. 1226/2001], y 2-6-10 [Tol 1876046]), puesto que cuando la prestación de asistencia sanitaria, como servicio público al que tiene derecho el mutualista, se efectúa, por su exclusiva y libérrima voluntad, mediante la adscripción a una institución privada concertada con la Administración para la gestión del servicio público de la asistencia médica, no existe causa imputable alguna a aquella en la selección de la institución privada, como gestora del servicio público prestado (SSAN 26-9-02 [Rec. 814/01 y Rec. 944/01] y 18-3-05 [JUR\2005\221891]). También ha considerado que existe obligación de la entidad privada concertada de reintegrar al mutualista el gasto por tratamiento médico mediante la aplicación de una técnica novedosa, porque no se puede amparar la idea de que solo hasta que una nueva técnica no esté prestada por algunos de los centros de dicha entidad no será obligatoria para la misma, pues basta que aquella se haya implantado en cualesquiera centros públicos o concertados del ámbito del concierto, es decir, en toda la red sanitaria de la Seguridad Social cualquiera que sea la comunidad autónoma en que se solicita la prestación, entre otras razones, para garantizar la igualdad en la cobertura sanitaria en todo el ámbito del concierto, sin que existan diferencias de coberturas por razón de la comunidad autónoma en que se produce la solicitud (SAN 4-10-06 [JUR\2006\245441]).

Además, las garantías de tiempos máximos de acceso en las prestaciones sanitarias del SNS establecidas por el RD 1039/11, de 15 de julio, serán aplicables a las prestaciones facilitadas por el ISFAS (disp. ad. única RD 1039/11). En aplicación de lo previsto en la Ley 16/03, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del SNS (arts. 4, 23, 25 y 71), a través del RD 1039/11, se han establecido los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del SNS a los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria (arts. 1 y 2.1); con excepción de las siguientes prestaciones (art. 2.2): intervenciones quirúrgicas de trasplantes de órganos y tejidos, cuya realización dependerá de la disponibilidad de órganos, así como la atención sanitaria ante situaciones de catástrofe; intervenciones que puedan requerir una espera para reunir las condiciones adecuadas para su realización, como es el caso de las relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida; atención sanitaria de urgencia, incluyendo reimplantes de miembros y atención a quemados; y atención sanitaria no incluida en la cartera de servicios del SNS.

---

la prestación sanitaria, de tal modo que, a tenor de lo dispuesto en los conciertos suscritos, la responsabilidad que puede surgir por la defectuosa asistencia sanitaria no es susceptible de ser imputada más allá del círculo en que efectivamente se realiza la prestación (SSAN 24-5-07 [RJ\2007\5088] y 30-9-11 [RJ\2012\1020]).

A efectos de la aplicación de estos criterios se entenderá por *tiempo máximo de acceso* el plazo de tiempo, expresado en días naturales, que no podrá excederse para intervenir quirúrgicamente, atender en consultas externas o realizar una prueba diagnóstica o terapéutica a un usuario del SNS, que se computará desde el momento de la indicación de la atención por el facultativo, que corresponderá con la fecha de entrada en el registro de espera; por *garantía de tiempo máximo de acceso*, el compromiso adquirido por el servicio de salud de la correspondiente comunidad autónoma que supone atender al usuario con las adecuadas condiciones de calidad, dentro del tiempo máximo de acceso establecido en su ámbito, que en ningún caso excederá de lo previsto reglamentariamente; por *pérdida de la garantía*, la situación que genera que quede sin efecto, para un determinado usuario, la garantía del tiempo máximo de acceso por parte del correspondiente servicio de salud, y por *suspensión de la garantía*, la situación provisional en la que queda suspendida de manera transitoria y en tanto persistan las causas que motiven tal situación, la garantía del tiempo máximo de acceso por parte del correspondiente servicio de salud (art. 3 RD 1039/11).

Los tiempos máximos de acceso garantizados a todos los usuarios del SNS para la realización de determinadas intervenciones quirúrgicas serán los siguientes (art. 4 y anexo RD 1039/11):

<b>Intervenciones quirúrgicas</b>	<b>Tiempo máximo de acceso (días naturales)</b>
Cirugía cardíaca valvular	180
Cirugía cardíaca coronaria	180
Cataratas	180
Prótesis de cadera	180
Prótesis de rodilla	180

En cualquier caso, la garantía de tiempo máximo de acceso quedará sin efecto cuando el usuario deje de tener la indicación que justificaba la atención garantizada; renuncie voluntariamente a la atención garantizada; no hubiera optado, en el plazo establecido al efecto, por alguna de las alternativas ofertadas por el servicio de salud o hubiera rechazado el/los centro/s alternativo/s ofertado/s para la realización de la asistencia; no se presente, sin motivo justificado, a la citación correspondiente en el centro que le ofrezca el servicio de salud; retrase la atención sin causa justificada; o incumpla alguna de las obligaciones señaladas en el artículo 7 a), b) y d) RD 1039/11<sup>35</sup> (art. 6.1 RD 1039/11).

<sup>35</sup> En los supuestos 3.º, 5.º y 6.º, el usuario continuará en el registro de lista de espera, aunque pierda la garantía respecto a esa atención (art. 6.2 RD 1039/11). El art. 7 RD

Se producirá una suspensión de la garantía, que conllevará la interrupción del cómputo de los plazos máximos, cuando el usuario solicite un aplazamiento de la atención garantizada durante un tiempo determinado, sin renunciar a la misma, y siempre que alegue causas debidamente justificadas, tales como nacimiento o adopción de hijo, matrimonio, fallecimiento o enfermedad grave de un familiar o cumplimiento de un deber inexcusable de carácter personal durante los días que resulten indispensables para atenderlo; cuando concorra causa clínica que justifique el aplazamiento del proceso de atención; y en caso de acontecimientos catastróficos, epidemias, huelgas o disfunciones graves que afecten a uno o más centros o servicios sanitarios (art. 6.3 RD 1039/11).

Por último, cuando el beneficiario, por decisión propia o de sus familiares, utilice servicios médicos distintos de los que le hayan sido asignados, abonará, sin derecho a reintegro, los gastos que puedan ocasionarse, excepto en los casos de asistencia urgente, inmediata y de carácter vital; procederá el reintegro de los gastos, siempre que se constate que no pudieron utilizarse oportunamente los servicios sanitarios adscritos al REFAS, y que tal utilización no constituya una práctica desviada o abusiva de esta excepción<sup>36</sup>; y cuando la utilización de los centros o servicios ajenos esté motivada por una denegación injustificada de la asistencia sanitaria que este Régimen de Seguridad Social está obligado a prestar<sup>37</sup> (art. 62 RGSSFAS).

---

1039/11, 15-7, establece que para que pueda ser efectiva la garantía de tiempo máximo de acceso, los usuarios inscritos en el registro de espera están obligados a mantener actualizados los datos sobre su teléfono, domicilio o correo electrónico, a efectos de llamamiento, notificación o localización por parte del servicio de salud; justificar, cuando concurren motivos personales, y mediante el procedimiento que el servicio de salud a tal efecto determine, la solicitud de aplazamiento de la atención garantizada; comunicar con antelación suficiente, siempre que ello sea posible, la decisión de no presentarse a una citación; facilitar al servicio de salud la información necesaria que le sea requerida a efecto de poder asignarle la alternativa más adecuada para la realización de la atención garantizada; y poner en conocimiento de los responsables de las instituciones sanitarias las irregularidades que observe en el ejercicio del derecho de la garantía de tiempo máximo de acceso, mediante el procedimiento que el servicio de salud establezca a tal efecto.

<sup>36</sup> La SAN 30-5-12 [JUR\2012\202051] argumenta que, admitiendo que sería deseable que cualquier localidad cuente con la mayor gama de servicios asistenciales —o de cualquier otro tipo—, la realidad muestra que los fondos públicos no son ilimitados, debiendo fijarse por las Administraciones competentes las prioridades a las que han de aplicarse, lo que significa que la existencia de servicios sanitarios en sus distintos niveles depende de una pluralidad de factores, sin que pueda olvidarse la correspondiente planificación siguiendo los criterios del SNS, que no impone los mismos servicios en todos los hospitales, y que, en este sentido, no cabe exigir la existencia de la completa gama de servicios especializados en todos los centros.

<sup>37</sup> La SAN 6-7-11 [JUR\2011\264192] reconoce la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en el supuesto de retraso en la prestación de asistencia médica porque dicha demora supone una infracción de la *lex artis*, por cuanto esta impone que la

La Audiencia Nacional ratifica que cuando un beneficiario adscrito a la Sanidad Militar, por decisión propia o de sus familiares, utilice medios ajenos a la sanidad militar, deberá abonar sin derecho a reintegro los gastos que pudieran ocasionarse, excepto en los casos de denegación injustificada de asistencia o en los de urgencia de carácter vital, debiendo ser calificada la urgencia vital en cada supuesto concreto, al tratarse de una situación objetiva de riesgo, que se produce de modo súbito e imprevisible, caracterizada por la nota de perentoriedad, que implica la imposibilidad de utilizar los servicios asignados, cuando la tardanza en obtener la asistencia ponga en peligro la vida o la curación del enfermo<sup>38</sup> (SSAN 13-3 [RJCA\2000\736] y 13-4-00 [RJCA\2000\736]).

## 2. LOS SERVICIOS DE ATENCIÓN PRIMARIA

La cartera común básica de servicios comprende todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios, en el ámbito de la atención primaria, la atención especializada y la asistencia de urgencia, incluyendo el transporte sanitario urgente.

La atención primaria, la atención especializada y la asistencia de urgencia se prestarán por los correspondientes servicios asignados en función de la modalidad asistencial a la que haya quedado adscrito el titular, con un contenido análogo al que se recoge en el RD 1030/06, de 15 de septiembre, por el que se aprueba la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización, y con sujeción a los requisitos

---

asistencia sanitaria se preste en el momento y con la rapidez y urgencia que pueda exigir el estado del paciente, pues de nada sirve una asistencia correcta pero prestada con retraso o prestada con una determinada demora. Por el contrario, la SAN 17-12-08 [JUR\2009\3116] no admite la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en el supuesto de que no haya quedado acreditada la mala o deficiente actuación profesional, y ello aunque se hubieran producido consecuencias por nadie queridas, en las que ni ha intervenido conducta u omisión del personal facultativo, y que no son achacables a una falta de medios en la estructura hospitalaria; la SAN 25-3-09 [JUR\2009\178°94] no considera la existencia de responsabilidad patrimonial cuando el accidente tiene lugar en acto de servicio, pero no existe un daño antijurídico; y la SAN 4-5-12 [JUR\2012\185326] no entiende que se ha producido una atención tardía cuando, habiendo retraso en la presencia del facultativo, queda probado que existió, cuando menos, una asistencia telefónica con la intensidad suficiente, por cuanto el facultativo, aunque no se personara de inmediato, estuvo constantemente al tanto de la evolución y del tratamiento seguido.

<sup>38</sup> La Audiencia Nacional reconoce la existencia de urgencia vital en un supuesto de brote esquizofrénico en el que la demora del ingreso del enfermo en un centro especializado público suponía una peligrosidad añadida (SAN 13-3-00 [RJCA\2000\736]).

previstos en los conciertos suscritos por el ISFAS o en el marco regulador de la colaboración concertada con la sanidad militar, para el acceso a los servicios.

Con carácter general, la atención primaria comprenderá la asistencia sanitaria en las consultas y servicios ambulatorios; la asistencia sanitaria en el domicilio del enfermo; la indicación o prescripción y la realización, en su caso, por el médico de atención primaria, de las pruebas y medios diagnósticos básicos; las actividades preventivas programadas; la administración de tratamientos parenterales, curas y cirugía menor; las demás atenciones, prestaciones y servicios definidos en los programas de salud establecidos por el ISFAS; la atención de urgencia que se facilitará de forma continuada durante las 24 horas del día, mediante la prestación de los servicios médicos y de enfermería que resulten precisos, ya sea en régimen ambulatorio o en el domicilio del paciente en los casos en que su estado clínico así lo requiera; y otros servicios, atenciones y prestaciones de atención primaria, con un contenido análogo al establecido para los beneficiarios del SNS (art. 57 RGSSFAS).

La atención especializada, una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de la atención primaria, comprenderá la asistencia ambulatoria especializada en consulta, que podrá incluir la realización de procedimientos quirúrgicos menores; la asistencia ambulatoria especializada en «hospital de día», para aquellos pacientes que precisen cuidados médicos de enfermería especializados y continuados, incluida la cirugía mayor, siempre que no requiera estancia hospitalaria; la asistencia especializada en régimen de hospitalización, que comprende la asistencia médica, quirúrgica, obstétrica y pediátrica, o la realización de tratamientos o procedimientos diagnósticos que así lo aconsejen; la asistencia psiquiátrica en régimen ambulatorio, incluyendo la psicoterapia y la hospitalización<sup>39</sup> (art. 57 RGSSFAS).

La asistencia hospitalaria comprende, con carácter general, la realización de los exámenes y pruebas diagnósticas, incluido el examen neonatal, y la aplicación de los tratamientos o procedimientos terapéuticos que necesite el paciente, con independencia de que dicha necesidad tenga o no su origen en el proceso que determinó su admisión y hospitalización; el tratamiento o intervenciones quirúrgicas dirigidas a la conservación o mejora de la esperanza de vida, autovalimiento y eliminación o disminución del dolor

---

<sup>39</sup> Para mejorar las condiciones de acceso a servicios hospitalarios de psiquiatría y a tratamientos recuperadores mediante psicoterapia, el ISFAS podrá regular prestaciones o ayudas específicas (art. 57 RGSSFAS).

y el sufrimiento; el tratamiento de las posibles complicaciones que puedan presentarse durante el proceso asistencial; la rehabilitación; la implantación de prótesis y su oportuna renovación; la medicación, curas, gases medicinales, material fungible y cuantos productos sanitarios resulten precisos; la alimentación según la dieta prescrita; la nutrición parenteral y enteral; y la estancia hospitalaria que comprenderá los servicios hoteleros básicos directamente relacionados con la propia hospitalización (art. 58 RGSSFAS).

La atención de urgencia en los hospitales se prestará durante las 24 horas del día a pacientes no ingresados que sufran una situación clínica aguda que obligue a una atención inmediata de los servicios del hospital; los asegurados podrán acceder a los servicios de urgencia hospitalarios cuando sean remitidos por el médico de atención primaria o especializada, o cuando concurren circunstancias de urgencia o riesgo que exijan la adopción de medidas terapéuticas exclusivas del medio hospitalario; y comprenderá el diagnóstico y prestación de los primeros cuidados y tratamientos previos para atender la situación de necesidad inmediata que presente el paciente, evaluar sus circunstancias y el proceso patológico que pudiera afectarle, remitiéndole, en su caso, al nivel de atención primaria o especializada que se considere adecuado (art. 58 RGSSFAS).

Además, la oxigenoterapia y demás técnicas de terapia respiratoria a domicilio<sup>40</sup>, reguladas por la Orden 3-3-99, constituyen procedimientos terapéuticos incluidos en la cartera de servicios de la atención especializada y se facilitarán por los correspondientes servicios asignados; y, en determinados supuestos, podrán reconocerse las prestaciones suplementarias para asistencia primaria (prestación para gastos por asistencia primaria prestada por facultativo ajeno), para la atención a la salud mental (hospitalización psiquiátrica y ayudas para tratamientos de psicoterapia) y para la atención de pacientes diabéticos (ayudas para compra de jeringuillas de insulina, ayudas por la compra de bomba externa de infusión continua de insulina, ayudas para material fungible de bomba de infusión insulina y ayudas por compra de reflectómetro).

### 3. LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA Y CON PRODUCTOS DIETÉTICOS

La prestación farmacéutica comprende los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los

---

<sup>40</sup> Es preciso resaltar que el art. 59 RGSSFAS califica la oxigenoterapia a domicilio de prestación complementaria.

reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el periodo de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y para la comunidad, y se registrará por lo dispuesto en la Ley 29/06, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios<sup>41</sup>, y demás disposiciones aplicables, y el artículo 63 RGSSFAS.

Dicho precepto reglamentario establece que la prestación farmacéutica consiste en la dispensación a los beneficiarios de asistencia sanitaria, a través de los procedimientos previstos en este reglamento, de los medicamentos, fórmulas magistrales, efectos y accesorios farmacéuticos y otros productos sanitarios, reconocidos por la legislación vigente, y con la extensión determinada en el ámbito del SNS; quedando expresamente excluidos de la prestación farmacéutica los productos dietéticos, de régimen, aguas mineralo-medicinales, elixires bucodentales, dentífricos, cosméticos, artículos de confitería medicamentosa, jabones medicinales, medicamentos que sean objeto de publicidad y demás productos análogos, así como los que, según la normativa sanitaria vigente en cada momento, estén o sean excluidos de la financiación con cargo a fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la Sanidad<sup>42</sup>.

Los facultativos que tengan a su cargo la asistencia sanitaria podrán prescribir cualquiera de los medicamentos, fórmulas magistrales, efectos y accesorios farmacéuticos y otros productos sanitarios reconocidos por la legislación sanitaria vigente que sean convenientes para la recuperación de la salud de sus pacientes (art. 63.2 RGSSFAS). La prescripción se efectuará en el modelo de receta oficial establecido por el ISFAS, con sujeción a lo previsto en la normativa vigente en cada momento; de forma que las recetas médicas y las órdenes de dispensación de medicamentos se regularán conforme a lo previsto en el RD 1718/10, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, en la redacción del RD 81/14, de 7 de febrero (art. 2.1). La dispensación de medicamentos se efectuará a través de los establecimientos sanitarios a los que corresponda la prestación de la asistencia sanitaria, por otros medios de las entidades o establecimientos públicos o privados responsables de dicha asistencia o a través de las ofi-

---

<sup>41</sup> La disp. ad. 2.ª Ley 29/06 determina que la aplicación de los criterios y normas establecidos en la citada ley a los servicios sanitarios de las Fuerzas Armadas será determinada reglamentariamente a propuesta conjunta de los ministerios interesados.

<sup>42</sup> Además, los productos farmacéuticos elaborados por los servicios farmacéuticos de las Fuerzas Armadas quedarán excluidos de la protección farmacéutica del REFAS en los supuestos y con los requisitos que se establezcan en los conciertos suscritos por el ISFAS y los órganos competentes del Ministerio de Defensa (art. 63.1 RGSSFAS).

cinas de farmacia legalmente establecidas, pudiendo el ISFAS celebrar los oportunos conciertos, procurando contar con los servicios farmacéuticos de las Fuerzas Armadas, que establecerán la forma y condiciones de facturación y pago en que se efectuará la dispensación<sup>43</sup>.

La dispensación se efectuará con cargo al ISFAS y mediante la aportación económica de los propios beneficiarios que, en su caso, corresponda. Así, en la actualidad, los mutualistas y pensionistas del ISFAS aportarán el 30% del PVP con el límite que se fije para los usuarios, salvo para los productos pertenecientes a los subgrupos de aportación reducida y para los tratamientos derivados de accidente en acto de servicio o enfermedad profesional, estando estos últimos exentos de aportación<sup>44</sup> (art. 94 bis.9 Ley 29/06, en la redacción de la Ley 10/13, de 24 de julio, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/06, y art. 63.4 RGSSFAS).

La prestación con productos dietéticos comprende la dispensación de los tratamientos dietoterápicos a las personas que padezcan determinados trastornos metabólicos congénitos y la nutrición enteral domiciliaria para pacientes a los que no es posible cubrir sus necesidades nutricionales con alimentos de consumo ordinario, a causa de su situación clínica<sup>45</sup>; y el suministro de los productos dietéticos que se precisen para el tratamiento ambulatorio de los beneficiarios se realizará en oficinas de farmacia, a través de receta oficial.

Por último, el ISFAS abonará los productos dietéticos incluidos en la oferta al importe de facturación que corresponda, cuando son facturados por las oficinas de farmacia (art. 2.2 Orden SSI/2366/12, de 30 de octubre, por la que se establece el factor común de facturación de la prestación con productos dietéticos).

---

<sup>43</sup> La dispensación de los medicamentos extranjeros cuya importación haya sido autorizada por el Ministerio de Sanidad se efectuará a través del procedimiento que este establezca al efecto; y, en cualquier caso, la dispensación podrá someterse al cumplimiento de los requisitos previos que se establezcan por el ISFAS y se efectuará de acuerdo con lo establecido en la normativa sanitaria vigente (art. 63.3 RGSSFAS).

<sup>44</sup> El RD 2130/08, 26-12, ha regulado el procedimiento para aplicar las deducciones correspondientes a la dispensación de medicamentos de uso humano con cargo a las mutualidades de funcionarios.

<sup>45</sup> Es preciso resaltar que el art. 59 RGSSFAS califica también a la dietoterapia de prestación complementaria.

#### 4. LA PRESTACIÓN POR TRASLADO DE ENFERMOS

La prestación por traslado de enfermos tiene por objeto facilitar el transporte sanitario no urgente de titulares y beneficiarios del ISFAS para recibir asistencia sanitaria y, en determinados supuestos, atender la compensación de gastos de transporte, manutención y estancia del paciente y, en su caso, de un acompañante, mediante ayudas suplementarias, en las condiciones y con los límites establecidos<sup>46</sup>; quedando fuera de la misma los traslados de ámbito internacional y de repatriación de enfermos, los traslados que se realicen para recibir asistencia por servicios distintos a los asignados, salvo en situación de urgencia vital, y los traslados que se realicen en el ámbito de la asistencia sanitaria atribuida a la Sanidad militar en los supuestos establecidos en la disp. ad. 5.<sup>a</sup> Ley 39/07 y en el art. 96 Ley 42/99.

El transporte sanitario no urgente consiste en el desplazamiento de enfermos o accidentados que no se encuentran en situación de urgencia o emergencia, y que por causas exclusivamente clínicas están incapacitados para desplazarse en los medios ordinarios de transporte a un centro sanitario para recibir asistencia sanitaria o a su domicilio tras recibir la atención sanitaria correspondiente, y que pueden precisar o no atención sanitaria durante el trayecto; y puede ser traslado puntual del paciente desde su domicilio a un centro sanitario o desde un centro sanitario a su domicilio, traslado periódico del paciente desde su domicilio a un centro sanitario o desde un centro sanitario a su domicilio, y traslado de un paciente a su municipio de residencia, bien a su domicilio o a otro centro sanitario, cuando hubiera recibido asistencia urgente en otro municipio en el que se encontrara desplazado transitoriamente, siempre que su situación clínica haga necesaria la utilización de transporte sanitario.

La prestación incluye el pago de gastos por transporte en medios ordinarios, de ayudas económicas suplementarias, de ayudas para gastos de acompañante, y, en el caso de accidente en acto de servicio o enfer-

---

<sup>46</sup> Lo establecido en el RD 836/12, 25-5, por el que se establecen las características técnicas, el equipamiento sanitario y la dotación de personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera, no será de aplicación a los transportes oficiales sanitarios realizados por las Fuerzas Armadas (y los cuerpos de seguridad del Estado) cuando el transporte se realice dentro de su actividad específica, con ambulancias de sus dotaciones y conducidas por el personal de sus propias plantillas, los cuales se regirán por sus normas específicas, que se ajustarán, en cuanto sus peculiares características lo permitan, a las condiciones técnico-sanitarias establecidas con carácter general (disp. ad. 4.<sup>a</sup> RD 836/12, en la redacción del RD 22/14, 17-1).

medad profesional, de gastos para transporte de enfermos y para gastos de acompañante.

## 5. LA PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA

El contenido de la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica se recogerá en el catálogo común que se establecerá por orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del SNS, teniendo en cuenta la seguridad, eficacia, efectividad y eficiencia de los productos, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo, las necesidades sociales y su impacto económico y organizativo (art. 3.1 RD 1506/12, de 2 de noviembre, por el que se regula la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica del SNS y se fijan las bases para el establecimiento de los importes máximos de financiación en prestación ortoprotésica<sup>47</sup>), que constituirá la cartera común de servicios que, como mínimo, ha de ofrecer el ISFAS<sup>48</sup>, tomando como base para su elaboración lo previsto en el anexo VI RD 1030/06 (art. 3.2 RD 1506/12); y en dicho catálogo común se señalarán los casos de especial prescripción en los que los productos han de ser indicados por facultativos de unidades designadas al efecto por el ISFAS, siguiendo protocolos de indicación y, en su caso, de seguimiento de la ortoprotesis, indicándose

---

<sup>47</sup> El objeto del RD 1506/12 es determinar el contenido y aportación de la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica y establecer los importes máximos de financiación para cada tipo de producto incluido en la prestación ortoprotésica; y todo ello, con el fin de proporcionar una prestación más racional, equitativa y eficiente a los usuarios del SNS (art. 1); y no afectará a la utilización en el SNS de los productos sanitarios a los que la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios haya otorgado una autorización expresa e individualizada en interés de la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido en la reglamentación de productos sanitarios (disposición adicional primera). Asimismo, en tanto se establecen los importes máximos de financiación y los límites de aportación mediante orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, las comunidades autónomas, el INGESA, el ISM cuando proceda y las mutualidades de funcionarios podrán continuar aplicando su normativa específica sobre prestación ortoprotésica y seleccionando en sus catálogos los productos que consideren más convenientes, dentro del marco del RD 1030/06; y para dichos productos, la aportación de los usuarios continuará siendo la señalada en el anexo VI RD 1030/06 (disp. trans. única RD 1506/12).

<sup>48</sup> El RD 1506/2012 califica al ISFAS de «responsable de prestación ortoprotésica», en el caso de pacientes ambulatorios, así como los correspondientes hospitales en el caso de pacientes ingresados (BLASCO LAHOZ, J. F., «La prestación farmacéutica y la nueva cartera común de servicios», *Aranzadi Socia* 3, 2013, p. 154).

aquellos productos que se consideran elaborados íntegramente a medida (art. 3.3 RD 1506/12).

La prestación ortoprotésica comprende los implantes quirúrgicos, las prótesis externas, las sillas de ruedas, las ortesis y las ortoprotesis especiales, así como la renovación de estos materiales y su reparación, salvo que el motivo de las mismas sea una mala utilización por parte del beneficiario<sup>49</sup> (Res. 4B0/38008/14); quedando excluidos, con carácter general, los artículos que incorporan control por microprocesador, los efectos y accesorios, los artículos ortopédicos destinados a uso deportivo, los artículos elaborados esencialmente en neopreno y los productos publicitarios, y, de forma específica, las fajas preventivas, las ortesis de pie, las rodilleras elaboradas en tejido elástico sin flejes, los sujetadores postoperatorios, y las sillas de ruedas manuales con ruedas grandes delanteras maniobradas por los dos brazos y las sillas de ruedas propulsadas por el pie.

Las personas titulares o beneficiarias del ISFAS aportarán el 30% del PVP con el límite que se fije para los usuarios, salvo para los productos pertenecientes a los subgrupos de aportación reducida y para los tratamientos derivados de accidente en acto de servicio o enfermedad profesional, estando estos últimos exentos de aportación (art. 9.5 RD 1506/12); no obstante, cuando el beneficiario hubiera tenido que asumir algún coste, se atenderá su reintegro hasta el límite de la diferencia entre la prestación reconocida por el Servicio Público y la prestación fijada en el catálogo del ISFAS sobre material ortoprotésico incluido en el anexo 4 de la Resolución 4B0/38008/14).

Las comunidades autónomas determinarán los requisitos que han de reunir los establecimientos dispensadores de ortopedia para ser suministradores de la cartera suplementaria de prestación ortoprotésica y los grupos y/o subgrupos de productos que pueden proporcionar cada uno de ellos a los usuarios del SNS (art. 3.4 RD 1506/12); y las comunidades autónomas y las mutualidades de funcionarios podrán incluir en sus catálogos de prestación ortoprotésica productos o tipos de productos no contemplados en el catálogo común, siempre que establezcan para ello los recursos adicionales necesarios, tengan la garantía previa de suficiencia financiera en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria, y la correspondiente comunidad autónoma informe, de forma motivada y con anterioridad a su incorporación, al Consejo Interterritorial del SNS

---

<sup>49</sup> El art. 59 RGSSFAS califica la prestación ortoprotésica de prestación complementaria, indicando que incluye el suministro de prótesis quirúrgicas fijas y su oportuna renovación, de prótesis ortopédicas permanentes o temporales (prótesis externas) y su oportuna renovación, y de vehículos de inválidos.

(art. 3.5 RD 1506/12). Además, las comunidades autónomas y el INGESA deberán facilitar la prestación ortoprotésica a las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por las mutualidades de funcionarios que hubieran sido adscritas a sus correspondientes servicios de salud por el procedimiento establecido; y esta prestación estará sujeta a las mismas condiciones que los usuarios de la correspondiente comunidad o INGESA, excepto en lo relativo a la aportación (disp. ad. 2.ª RD 1506/12).

## 6. LAS PRESTACIONES SANITARIAS COMPLEMENTARIAS

Las prestaciones sanitarias complementarias consisten en ayudas económicas para prótesis y determinadas actuaciones bucodentales, ayudas oculares y otras ayudas técnicas que tradicionalmente han sido objeto de prestaciones sanitarias a cargo del ISFAS; y tendrán el límite máximo que se establece para cada una en el anexo V de la Resolución 4B0/38008/14, si bien en ningún caso superarán el importe abonado por el beneficiario.

## 7. LOS SERVICIOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN SANITARIA

Constituyen servicios en materia de información y documentación sanitaria y asistencial la información al paciente y a sus familiares o allegados, de sus derechos y obligaciones en los términos previstos en los artículos 10 y 11 Ley 14/86, de 25 de abril, general de sanidad; la información sobre los procedimientos administrativos previstos para garantizar la continuidad del proceso asistencial, y en su caso, tramitación de los mismos; la expedición de los informes de baja, confirmación, alta y demás informes o documentos clínicos dirigidos a la valoración de la incapacidad, o a otros efectos; el informe de alta, al finalizar la estancia en una institución hospitalaria, o el informe de consulta externa de atención especializada; la documentación médica en la que se certifiquen nacimientos, defunciones y demás datos de naturaleza análoga, necesarios para realizar las correspondientes inscripciones de tales contingencias en el Registro Civil; la comunicación o entrega, a petición del interesado, de un ejemplar de su historia clínica o de datos específicos que se contemplen en ella, sin perjuicio de la obligación de conservar el original de dicha documentación en el centro sanitario y de cumplir lo establecido, para el ejercicio de este derecho, en el

capítulo V Ley 42/02, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; y la expedición de los demás informes o certificados relativos al estado de salud de las personas que deriven de las prestaciones sanitarias reconocidas por el REFAS, o sean exigibles por disposición legal o reglamentaria (art. 60 RGSSFAS).

#### 8. LA ASISTENCIA SANITARIA CONSECUENCIA DE ACCIDENTE EN ACTO DE SERVICIO O ENFERMEDAD PROFESIONAL

En caso de accidente en acto de servicio o de enfermedad acaecida con ocasión del mismo, el ISFAS prestará asistencia sanitaria al personal militar y estatutario del CNI afectado por estas contingencias, conforme a la normativa vigente o los convenios que tenga establecidos, y que comprenderá los servicios de atención primaria, la atención especializada, ya sea en régimen ambulatorio u hospitalario a través de los que se completará el tratamiento médico-quirúrgico de las lesiones o dolencias sufridas, y todas las demás técnicas de diagnóstico y de tratamiento que se consideren precisas, así como las prácticas de rehabilitación que procedan y la cirugía plástica y reparadora adecuadas, cuando, una vez causadas las lesiones, se hubieran manifestado deformaciones o mutilaciones que produzcan alteración del aspecto físico o dificulten su recuperación; la prestación farmacéutica, que incluirá la dispensación y financiación de fórmulas magistrales y preparados oficinales, las especialidades y los efectos y accesorios farmacéuticos necesarios para el tratamiento de las lesiones originadas con motivo de accidente en acto de servicio o enfermedad profesional, sin aportación alguna a cargo del beneficiario; y el suministro y renovación de toda clase de prótesis o aparatos ortopédicos, sin aportación a cargo del beneficiario<sup>50</sup> (art. 65 RGSSFAS).

A este respecto, la Audiencia Nacional no admite la calificación como enfermedad profesional en el supuesto de un infarto o cardiopatía isquémica, aun cuando hubiera sobrevenido mientras se prestaba servicio, si no se acredita la relación causal entre la enfermedad coronaria que se presenta y las vicisitudes del servicio, es decir, que se hubiera producido como consecuencia de las vicisitudes del servicio, de forma que deben ser factores exógenos, fruto del medio laboral, y no endógenos, propios de la na-

---

<sup>50</sup> El resto de las prestaciones complementarias de asistencia sanitaria se facilitarán en las condiciones previstas en el RGSSFAS y en sus disposiciones de desarrollo.

turaleza física, los que han de motivar las dolencias cardíacas (SSAN 10 y 14-10-02 [Rec. 66/02 y Rec. 46/02], 1-2-06 [JUR\2006\265025], 18-6-08 [JUR\2008\204153], y 2-2 [Rec. 164/10] y 4-5-11 [JUR\1011\184926]), puesto que es necesario la existencia de un motivo real y directo incardinado en el servicio que actuase como causa eficiente de la patología<sup>51</sup> (SAN 4-3-05 [JUR\2006\265955]); ni en el supuesto de que la fecha de inicio de la patología psiquiátrica es anterior al nombramiento como militar profesional (SAN 9-9-09 [JUR\2009\399287]); ni en el supuesto de la psicovulnerabilidad consecuencia de un trauma que determina la existencia de un padecimiento crónico generador de una enfermedad invalidante, porque las enfermedades psíquicas —trastorno depresivo y de la personalidad, o síndrome fibromiálgico y trastorno ansioso depresivo—, al ser esencialmente disposicionales y endógenas del propio paciente, y en las que es irrelevante la fecha de su manifestación al ser un factor accidental (SSAN 7-11-02 [Rec. 96/02], 23-1 y 30-1-03 [Rec. 144/02 y 163/02], 4-4-04 [Rec. 365/03], 3-6 [JUR\2005\238696], 21-9 [JUR\2005\262784] y 30-11-05 [JUR\2006\8751], 4-6 [JUR\2009\456668] y 10-12-08 [JUR\2009\3186], 1-7-09 [JUR\2009\318456], y 6-10-10 [Tol 1972628]), no guardan relación con el servicio, y, en definitiva, se trata de una enfermedad de tipo endógeno anclada en radicales biológicos, que son indetectables con antelación e impredecibles respecto al desarrollo de la patología diagnosticada, cuya incidencia epidemiológica demuestra que se produce con independencia de las circunstancias del entorno del sujeto y se corresponde, pues, a un trastorno común, no profesional, que no guarda relación de causa-efecto con las vicisitudes del servicio (SSAN 11-5 [JUR\2011\206973] y 19-10-11 [JUR\2011\385740] y 15-2-12 [JUR\2012\93986]).

---

<sup>51</sup> La Audiencia Nacional ha interpretado que el infarto de miocardio, como patología de las personas, no tiene, necesariamente, su origen por la mera prestación de un servicio profesional sujeto a condiciones de estrés laboral, ya que esta patología goza de un alto y determinante componente endógeno del concreto paciente que lo padece, al necesitar la concurrencia de una patología de su sistema arterial, sin la cual la mera situación laboral no es *per se* determinante o desencadenante de su generación (SAN 18-4-02 [Rec. 174/01]); aunque matiza que aun cuando esta patología goza de un alto componente endógeno del concreto paciente que lo padece, la generación y aparición del mismo puede venir provocado de las especiales circunstancias concurrentes en determinada actividad profesional, tales como sobrecarga de trabajo, estrés, etc., que pueden incidir en la generación del mismo (SAN 22-2-01 [Rec. 117/00]).

## 9. LA ASISTENCIA SANITARIA FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL

El art. 66.1 y 2 RGSSFAS, y, en su desarrollo, la Resolución 4B0/38026/14, de 19 de febrero, del ISFAS, establecen que será objeto de cobertura la asistencia sanitaria en el extranjero que se precise en los supuestos de destino o comisión de servicio en el extranjero, desplazamientos temporales en el extranjero por razones particulares y de residencia habitual fuera del territorio nacional, por razones privadas<sup>52</sup>.

La asistencia sanitaria en caso de destino o comisión de servicio tendrá un contenido análogo a la asistencia prestada en territorio nacional; pero en el caso de desplazamientos temporales de titulares o beneficiarios por razones particulares, se atenderá la asistencia sanitaria, salvo que se estime que hubiera existido un propósito intencionado de eludir los medios concertados por el ISFAS, efectuando o aprovechando el desplazamiento para utilizar medios ajenos a los que correspondan de acuerdo con la normativa vigente, teniendo en cuenta la patología y las circunstancias de todo orden que concurren (art. 66.3 RGSSFAS). Por el contrario, queda excluida la cobertura de la asistencia sanitaria que se preste a contingentes militares españoles destacados en misiones internacionales, formando parte de fuerzas expedicionarias o participando en ejercicios tácticos, así como cualquier atención que se desarrolle en el ámbito logístico-operativo (art. 66.4 RGSSFAS), que corresponde a la Sanidad militar.

### **La asistencia sanitaria en caso de destino o comisión de servicio en el extranjero**

Los titulares y sus beneficiarios tendrán derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria que precisen —durante su estancia en el país de destino o en el que se desempeñe la comisión de servicio— por causa de enfermedad, accidente, embarazo o parto, con libertad de elección de servicios y, en general, por el procedimiento de reintegro de gastos.

La asistencia sanitaria tendrá un contenido similar al que se otorga en territorio nacional, delimitado por la cartera común de Servicios del SNS,

---

<sup>52</sup> Además, cuando, con carácter excepcional, en caso de enfermedad o accidente surtidos durante la estancia en el extranjero, que hagan necesaria una hospitalización prolongada, superior a 30 días, podrá atenderse la cobertura del traslado del beneficiario, en transporte sanitario, a servicios hospitalarios asignados en territorio nacional, siendo necesario que la solicitud se acompañe de un informe médico del centro hospitalario, en el que se hará constar que la situación del paciente es estable y permite el traslado.

prevista en el artículo 8 Ley 16/03, en su desarrollo reglamentario y en las disposiciones específicas aplicables en el REFAS, y comprenderá: los servicios de atención primaria y la atención especializada, en régimen ambulatorio y de hospitalización, incluidos los servicios de urgencia hospitalarios, con un contenido análogo al que se recoge en la cartera común básica de servicios asistenciales del SNS, incluyendo el transporte sanitario urgente; la dispensación de los medicamentos y demás productos farmacéuticos aplicados en régimen de internamiento hospitalario; el coste de los medicamentos y demás productos farmacéuticos que sean financiados por el SNS en España y dispensados en régimen ambulatorio, menos la cantidad que hubiera correspondido aportar al titular de acuerdo con el régimen de la prestación farmacéutica en el territorio nacional, que, con carácter general, es el 30% del importe abonado; la prestación con productos dietéticos para el tratamiento de pacientes en régimen ambulatorio, en los límites y condiciones establecidos en el ámbito del SNS, por lo que se atenderá el coste facturado por los productos que sean objeto de la prestación; el transporte sanitario no urgente, cuando se hubiera establecido la indicación por un médico y su finalidad sea la de recibir asistencia sanitaria en el centro más próximo donde pueda ser atendido el beneficiario, sin que en ningún caso sean objeto de cobertura los traslados de ámbito internacional ni gastos de acompañantes; las ayudas económicas que correspondan para prótesis, ortesis y otras prestaciones sanitarias complementarias, con el contenido y límites establecidos en su regulación específica; y las vacunaciones en todos los grupos de edad y, en su caso, grupos de riesgo, según el calendario de vacunación del SNS, quedando fuera de cobertura otras vacunaciones incluidas en los programas de prevención o salud pública en el país de estancia<sup>53</sup>. Para la asistencia sanitaria en España, los titulares destinados o en comisión de servicio en el extranjero mantendrán los servicios asignados que les corresponda, en función de la modalidad asistencial a la que estuvieran adscritos antes de su salida del territorio nacional.

Durante los primeros 5 años de estancia en países que no sean miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo ni Suiza, será aplicable el contenido arriba descrito, pero cuando el destino se prolongue más de esos 5 años, los titulares deberán suscribir un seguro de asistencia sanitaria para su protección y la de sus beneficiarios, con una extensión y contenido similares, en lo posible, a los del sistema de protección que

---

<sup>53</sup> Cuando el titular tuviera algún seguro o sistema de protección cuya cobertura alcance la asistencia sanitaria, únicamente se atenderá el reintegro de los gastos no atendidos por el mismo.

disfrute la población general del país de destino o, en su caso, el personal contratado al servicio de la Agregaduría de Defensa en ese país, limitándose, en este supuesto, las prestaciones a cargo del ISFAS por la asistencia del titular y sus beneficiarios en el país de destino al pago de las cuotas correspondientes a la póliza del seguro; si el titular no suscribe un seguro de asistencia sanitaria, a partir de la fecha en que concluya el plazo señalado al efecto, únicamente se atenderán los gastos que se deriven de las prestaciones, con un límite de 5.520 euros/año por persona, pasando a ser adscritos el titular y sus beneficiarios a la modalidad asistencial D0 *sin adscripción*<sup>54</sup>; y, no obstante, cuando algún beneficiario permanezca en España, por razones de estudios u otras circunstancias excepcionales, que habrán de acreditarse, a petición del titular, podrá autorizarse su adscripción a otra modalidad asistencial, durante un periodo de hasta 12 meses, prorrogable, dando lugar la solicitud a un procedimiento de cambio extraordinario de modalidad asistencial<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Cuando los titulares y beneficiarios que se encuentren en esta situación y adscritos a la modalidad D0 se desplacen temporalmente a territorio nacional, la asistencia que precisen se dispensará a través de los servicios de salud de las comunidades autónomas, y, a tal efecto, por la delegación del ISFAS correspondiente al lugar de estancia se facilitará un documento de desplazado que permitirá acreditar el derecho a la cobertura de la asistencia a cargo del ISFAS; y los titulares y beneficiarios tendrán acceso al resto de las prestaciones incluidas en la cartera de servicios del ISFAS por contingencias ocurridas durante la estancia en España.

<sup>55</sup> Cuando la estancia fuera del ámbito señalado supere los 5 años, el ISFAS notificará esta circunstancia al titular, al objeto de que en el plazo de 6 meses suscriba una póliza de seguro sanitario, advirtiéndole que, una vez concluido este plazo, solo se atenderán los gastos que pudieran producirse por su asistencia o la de sus beneficiarios hasta un límite de 5.520 euros por persona cada año natural, y que su modalidad asistencial en España pasará a ser D0 *sin adscripción*. El cómputo del periodo de estancia se valorará, teniendo en cuenta la fecha de la disposición por la que el titular hubiera sido destinado en un Estado fuera del ámbito de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o Suiza. Para la formalización del seguro podrá recabarse el apoyo de la agregaduría de Defensa o de la sección económico-administrativa (SEA) de la que dependa el titular. Una vez formalizado el seguro de asistencia sanitaria, se remitirá una copia del contrato a la subdirección de prestaciones del ISFAS. Si el contrato no estuviera redactado en español, inglés o francés, deberá acompañarse de la traducción simple de los apartados en los que se regulen las prestaciones cubiertas y las cuotas a abonar. El importe máximo que se atenderá por esta prestación será de 460 euros por persona y mes para Estados Unidos y de 350 euros por persona y mes para otros países. En el caso de que el titular tuviera algún beneficiario a su cargo, con una edad superior a los 65 años, el importe máximo de la prestación se incrementará en un 30%. El titular podrá solicitar el reembolso de las cuotas mensuales que previamente haya abonado por el seguro, mediante escrito formulario al que adjuntará las correspondientes facturas o recibos (documentos originales). En los supuestos de estancias prolongadas en que no se hubiera suscrito un seguro de asistencia sanitaria, el titular podrá solicitar la compensación de gastos asistenciales, en los límites fijados, conforme al procedimiento general establecido.

En caso de estancia en países miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega) y en Suiza, los titulares y sus beneficiarios podrán optar por acogerse al régimen de prestaciones previsto en la Resolución 4B0/38026/14 durante el tiempo que se prolongue el destino o la comisión de servicio, o bien solicitar la tarjeta sanitaria europea (TSE) y hacer uso de ella, y, en este último supuesto, cuando en el sistema de seguridad social del país de estancia se exijan copagos, podrá solicitarse su reembolso a cargo del ISFAS exclusivamente por asistencia primaria, atención especializada, servicios de urgencia, prestaciones ortoprotésicas y prestaciones complementarias amparadas en territorio nacional, en los límites y condiciones establecidos en su normativa reguladora.

La TSE es individual y certifica el derecho de su titular a recibir las prestaciones sanitarias que sean necesarias desde un punto de vista médico, durante una estancia en cualquiera de los países integrantes de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o en Suiza, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia; y que no será válida si el motivo del desplazamiento a otro Estado es recibir un tratamiento médico específico para una enfermedad o lesión que el paciente tenía antes de viajar, ni dará acceso a atención sanitaria privada.

La asistencia sanitaria a que da derecho la TSE incluye la atención sanitaria necesaria en el sistema de sanidad pública del país de estancia, cubriendo cualquier tratamiento médico relacionado con el embarazo, incluyendo el parto, que no dará derecho a repatriación o transporte al país de origen o residencia habitual.

En general, las instituciones del Estado miembro de estancia facilitarán las prestaciones de asistencia sanitaria, que se precisen, desde un punto de vista médico, para evitar que una persona asegurada se vea obligada a regresar antes del final de la estancia prevista, con el fin de someterse al tratamiento necesario, de conformidad con su legislación; que serán las mismas a que tienen derecho los ciudadanos del país donde el interesado se encuentre, debiendo tenerse en cuenta que cada país tiene sus propias normas de forma que, en algunos, la asistencia es gratuita, pero en otros podría requerirse una parte de los costes o atenderse las prestaciones por el sistema de reembolso, pudiendo, en este último caso, si el beneficiario hubiera sufragado efectivamente los costes de la asistencia, solicitar el reembolso a la institución del lugar de estancia o bien al ISFAS a su regreso a España.

Es importante recordar que la TSE solo podrá utilizarse mientras se esté en situación de alta en el ISFAS; lo que significa que aunque la validez

de la tarjeta fuera superior, si el interesado pasara a la situación de baja, deberá comunicarlo y dejar de hacer uso de dicha tarjeta, ya que de lo contrario habrá de abonar las facturas derivadas del tratamiento que reciba y podrán reclamársele las prestaciones indebidamente percibidas.

### **La asistencia sanitaria en caso de desplazamiento temporal en el extranjero por razones privadas**

En este supuesto, con carácter general, se atenderá la cobertura de la asistencia sanitaria urgente o de carácter inmediato durante desplazamientos en el extranjero, con libertad de elección de servicios, salvo cuando se estime que hubiera existido un propósito intencionado de eludir los medios concertados por el ISFAS, efectuando o aprovechando el desplazamiento para utilizar medios ajenos a los que correspondan de acuerdo con la normativa vigente, teniendo en cuenta la patología y las circunstancias que concurran, y cuando la asistencia esté cubierta por un seguro de cualquier tipo.

Serán objeto de cobertura las prestaciones de asistencia sanitaria que se precisen, desde un punto de vista médico, para evitar que una persona asegurada se vea obligada a regresar antes del final de la estancia prevista con el fin de someterse al tratamiento necesario, incluyendo la asistencia médica, hospitalizaciones quirúrgicas y no quirúrgicas y cualquier otro servicio de estancia y tratamiento en centro sanitario, con un contenido equivalente al que se prestaría en España, incluyendo el transporte sanitario urgente; el transporte sanitario no urgente; el coste total de los medicamentos y demás productos farmacéuticos aplicados en régimen de hospitalización; el 70% del coste de los medicamentos y demás productos farmacéuticos que sean objeto de la prestación farmacéutica del SNS en España, dispensados en régimen ambulatorio; y las ayudas económicas que correspondan por prestaciones ortoprotésicas y otras prestaciones sanitarias complementarias incluidas en la cartera de servicios del ISFAS, con el contenido y límites establecidos en su regulación específica.

Por último, el periodo de cobertura se extenderá a un máximo de 6 meses; aunque en caso de desplazamientos temporales para cursar estudios, a petición del titular, podrá autorizarse la extensión del periodo de cobertura, debiendo acreditarse documentalmente el motivo de la estancia en el momento de solicitar el reintegro de gastos.

En los específicos supuestos de desplazamientos a países miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o a Suiza, los ti-

tulares y sus beneficiarios podrán optar por el régimen de la prestación gestionada directamente por el ISFAS o hacer uso de la TSE, que les permitirá acceder a la asistencia sanitaria que precisen a través del sistema de sanidad pública del país de estancia<sup>56</sup>; de desplazamientos temporales fuera del ámbito de la Unión Europea, se atenderá el abono de los gastos que se facturen por la asistencia médica urgente o de carácter inmediato prestada al beneficiario siempre que su importe sea inferior a 30.000 euros, y cuando fuera superior se reconocerá una prestación por este importe o por el que resulte de aplicar las tarifas para reembolso recogidas en la Resolución 4B0/38026/14, si fuera mayor; de desplazamiento por agrupación, cuando un titular se desplace al país donde el cónyuge, o persona con la que mantenga relación de pareja estable, se encuentre destinado o en comisión de servicio, y siempre que este tenga a su vez la condición de titular del ISFAS, se asimilará su situación a la del titular destinado o en comisión de servicios.

### **La asistencia sanitaria en caso de residencia habitual en el extranjero**

Los asegurados que fijen su residencia habitual en el extranjero deberán comunicar, a la Delegación del ISFAS que corresponda, su nuevo domicilio, a fin de que se proceda a modificar su modalidad asistencial en España, que pasará a ser D0 *sin adscripción*, naciendo el derecho a las correspondientes prestaciones en la fecha en que se realice esta notificación; y cuando el titular o sus beneficiarios se desplacen temporalmente a territorio nacional, la asistencia sanitaria que precisen se dispensará a través de los servicios de salud de las comunidades autónomas, y por la Delegación del ISFAS correspondiente al lugar de estancia, se facilitará al interesado el documento que le permitirá acreditar su derecho a la cobertura de la asistencia a cargo del ISFAS, como beneficiario en situación de desplazado.

Cuando el titular y sus beneficiarios fijen su residencia en un país miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o en Suiza, se atenderá la asistencia sanitaria que precisen por enfermedad, accidente y maternidad en el país de residencia. Pero si los asegurados fijan su residencia fuera de dicho ámbito, tendrán derecho a percibir una ayuda económica

---

<sup>56</sup> Cuando en el sistema de seguridad social del país de estancia se exijan copagos, podrá solicitarse su reembolso a cargo del ISFAS, exclusivamente en caso de prestaciones por asistencia primaria, atención especializada y servicios de urgencia (Res. 4B0/38026/14).

para atender la cobertura de las prestaciones de asistencia sanitaria que puedan precisar mediante la suscripción de una póliza de seguro sanitario, sin que puedan atenderse otros gastos por prestaciones de cualquier tipo. El importe de dicha ayuda tendrá un límite equivalente al precio que por persona y año deba abonar el ISFAS a las entidades de seguro que hubieran suscrito concierto para la asistencia de titulares y beneficiarios del ISFAS en España. En aquellos casos en que, excepcionalmente, no fuera posible formalizar una póliza de seguro sanitario podrá reconocerse una ayuda económica para compensar los gastos derivados de cualquier prestación de asistencia sanitaria facilitada al titular o a sus beneficiarios, siempre que esté incluida en la cartera de servicios de asistencia sanitaria del ISFAS, no pudiendo el importe de la ayuda exceder el límite por persona indicado. El derecho a la prestación económica regulada en el presente apartado surgirá a partir del día primero del mes siguiente a la fecha en que el afiliado haya puesto en conocimiento de la correspondiente Delegación del ISFAS su nueva residencia en el extranjero y quede adscrito a la modalidad asistencial D0; y partir del 1 de enero de cada año, el titular podrá solicitar el abono de la ayuda correspondiente a los meses del año concluido el 31 de diciembre inmediatamente anterior.

### **La asistencia sanitaria transfronteriza**

La asistencia sanitaria transfronteriza es aquella que se recibe cuando el beneficiario decide acudir a servicios ubicados en otro Estado miembro de la Unión Europea. Por tanto, no incluye los supuestos de destino o estancia temporal en que, por razones médicas, el beneficiario haya recibido asistencia sanitaria; y cuando un beneficiario decida acudir a servicios ubicados en otro Estado miembro de la Unión Europea para recibir asistencia sanitaria transfronteriza, tendrá derecho al reembolso de los gastos ocasionados por esa asistencia.

Con esta modalidad de asistencia sanitaria se garantizará el reembolso de los gastos contraídos por un beneficiario que haya recibido asistencia sanitaria transfronteriza, siempre que dicha asistencia figure en la cartera común de servicios del SNS, con la extensión y requisitos establecidos para esa asistencia sanitaria u otra similar si se hubiese dispensado por los servicios asignados en España<sup>57</sup>; el beneficiario que solicite el reembol-

---

<sup>57</sup> En cualquier caso, están sujetas a autorización previa cualquier tipo de atención que implique que el paciente tenga que pernoctar en el hospital al menos una noche; aquellas

so de los gastos derivados de la asistencia sanitaria transfronteriza deberá cumplir las mismas condiciones aplicables para el acceso a la asistencia sanitaria prestada en territorio nacional a través de los correspondientes servicios asignados; y en el caso de que se reciba asistencia sanitaria en otro Estado miembro, cuando así sea requerido en el ámbito de la asistencia concertada del ISFAS o en el SNS, será necesaria una evaluación previa que justifique la indicación de la prestación sanitaria que se debe proporcionar al paciente.

En cualquier caso, se excluyen del derecho al reembolso por asistencia sanitaria transfronteriza los servicios en el ámbito de los cuidados de larga duración cuya finalidad sea ayudar a personas que requieren asistencia a la hora de realizar tareas rutinarias y diarias; la asignación de órganos y el acceso a los mismos con fines de trasplante de órganos; los programas de vacunación pública contra las enfermedades infecciosas, que tengan por finalidad exclusiva la protección de la salud de la población en el territorio de un Estado miembro y que estén sujetas a medidas específicas de planificación y ejecución; y los gastos conexos o prestaciones accesorias o complementarias, como el transporte sanitario y no sanitario y gastos de manutención y estancia de pacientes y acompañantes cuya ayuda pudiera precisarse.

El ISFAS será competente exclusivamente en los procedimientos relativos a asistencia transfronteriza de los titulares y beneficiarios adscritos a la modalidad de asistencia concertada con entidades de seguro o al

---

técnicas, tecnologías o procedimientos incluidos en la cartera común de servicios del SNS que han sido seleccionados en base a la exigencia del uso de procedimientos o equipos médicos sumamente especializados, a la necesidad de atención a pacientes con problemas complejos, o a su elevado coste económico (tomografía por emisión de positrones [PET], y combinada con el TC [PET/TC] y SPECT); reproducción humana asistida; diálisis; cirugía mayor ambulatoria que requiera la utilización de un implante quirúrgico; tratamientos con radioterapia; tratamientos farmacológicos o con productos biológicos, cuyo importe mensual sea superior a 1.500 euros; radiocirugía; análisis genéticos orientados a diagnósticos de casos complejos, incluidos el diagnóstico prenatal y el preimplantacional, análisis genéticos presintomáticos y de portadores, análisis de farmacogenética y farmacogenómica; tratamientos de discapacidades que requieran para su corrección o mejoría sillas de ruedas eléctricas, prótesis de miembro superior (excepto prótesis parciales de mano), prótesis de miembro inferior (excepto prótesis parciales de pie), audífonos y bitutores; tratamientos con fórmulas completas para nutrición enteral domiciliaria y con fórmulas y módulos nutricionales para trastornos congénitos del metabolismo de los hidratos de carbono, aminoácidos y lípidos; atención a patologías y realización de procedimientos para los cuales se han designado servicios de referencia, de acuerdo con el RD 1302/06, 10-11, por el que se establecen las bases del procedimiento para la designación y acreditación de los centros, servicios y unidades de referencia del SNS, incluidos en el anexo III RD 1207/06, 20-10, por el que se regula la gestión del Fondo de Cohesión Sanitaria, o se han establecido redes de referencia en Europa.

régimen de colaboración concertada con la Sanidad Militar<sup>58</sup>. Además, las comunidades autónomas y el INGESA serán las administraciones competentes en los procedimientos relativos a la asistencia sanitaria transfronteriza de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por las mutualidades de funcionarios que hubieran sido adscritas a sus correspondientes servicios de salud por el procedimiento establecido; y para las personas encuadradas en dichas mutualidades que hayan optado por recibir asistencia sanitaria a través de otras modalidades, la respectiva mutualidad, como administración competente, establecerá en los instrumentos jurídicos específicos la forma y el procedimiento de gestión para hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza, en los términos estipulados en el RD 81/14, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el RD 1718/10, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, así como las tarifas aplicables para el reembolso (disp. ad. 3.ª RD 81/14).

Por último, el reconocimiento de las prestaciones se llevará a cabo a través de la modalidad de reembolso o reintegro de gastos, o de las modalidades especiales de pago directo, pago a cuenta, acuerdos de colaboración o gastos bancarios.

## 10. LOS BENEFICIARIOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA

Tienen derecho a la prestación de asistencia sanitaria todos los asegurados y sus familiares a cargo<sup>59</sup> (art. 12.1 TRLSSFAS y Res. 4B0/38008/14); así como los viudos y huérfanos de los asegurados activos y retirados o jubilados, en la forma que reglamentariamente se determine (art. 12.3 TRLSSFAS).

---

<sup>58</sup> Conforme a lo dispuesto en la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 9-3-11, el Estado miembro de la Unión Europea en el que se realice la asistencia debe garantizar que se disponga de sistemas de seguro de responsabilidad profesional o garantías similares que sean equivalentes o esencialmente comparables en cuanto a su finalidad y adecuados a la naturaleza y el alcance del riesgo, para los tratamientos dispensados en su territorio, por lo que la responsabilidad derivada de la asistencia transfronteriza será atribuible a los servicios a través de los que se hubiera prestado, no siendo exigible ninguna responsabilidad al ISFAS ni a la correspondiente entidad a la que esté adscrito el asegurado.

<sup>59</sup> El personal perteneciente al Servicio de Asistencia Religiosa de las Fuerzas Armadas podrá optar por recibir la prestación de asistencia sanitaria a través del REFAS, de la forma que se establezca reglamentariamente (disp. ad. 8.ª.5 g) Ley 39/07).

Son beneficiarios de las prestaciones de asistencia sanitaria todos los asegurados incluidos del REFAS y los siguientes familiares o asimilados a cargo (arts. 12.2 TRLSSFAS, en la redacción de la Ley 39/07, y 52.2 y 53 RGSSFAS):

1) El cónyuge o la persona que, sin reunir esta condición, conviva maritalmente con el titular del derecho, siempre que, en este último caso, se acredite la convivencia ininterrumpida de los interesados durante, al menos, un año de antelación a la fecha de presentación de la solicitud de incorporación al REFAS.

2) Los descendientes por naturaleza o adopción, de ambos cónyuges o convivientes, o de cualquiera de ellos, y los hermanos.

3) Quienes se hallen en situación de acogimiento legal.

4) Los ascendientes, tanto del asegurado como de su cónyuge o conviviente, y los cónyuges o convivientes de tales ascendientes por ulteriores nupcias.

5) Los viudos y huérfanos de los asegurados, y a quienes lo fueran de aquellas personas que hayan sido titulares de una relación de servicios que habría llevado consigo la incorporación obligatoria al ISFAS, y que no la hubieran obtenido por haber fallecido.

Los familiares y asimilados deberán reunir estos requisitos siguientes (art. 52.2 RGSSFAS):

1) Convivir con el titular y a sus expensas.

2) No percibir ingresos por rendimientos derivados del trabajo, incluidos los de naturaleza prestacional, y/o del capital mobiliario e inmobiliario superiores al doble del IPREM.

3) No tener derecho, por título distinto, a recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social en cualquiera de sus regímenes.

## 11. EL DESARROLLO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

**La efectividad del derecho.** La efectividad del derecho a la asistencia sanitaria nace tanto para el titular como para sus familiares o beneficiarios a partir del mismo día de presentación del alta en el REFAS, salvo en el caso del recién nacido, que, con independencia de dicha fecha, tendrá derecho a la asistencia sanitaria que corresponda durante el primer mes desde el momento del parto (art. 54.1 RGSSFAS). A tales efectos,

se equiparan al recién nacido los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, computándose el primer mes, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción (art. 54.2 RGSSFAS).

Cuando por cualquier circunstancia no se hubiera producido la incorporación al ISFAS o, en su caso, esta no se hubiera mantenido, por quien por su situación conlleva la condición de afiliado obligatorio y se ocasionaran gastos de asistencia sanitaria a aquel o a sus beneficiarios durante el tiempo que transcurra entre la fecha de efectos de la incorporación y la de formalización de dicha incorporación, el beneficiario podrá solicitar el reintegro de dichos gastos (art. 54.3 RGSSFAS).

Por último, la condición de titular o beneficiario de asistencia sanitaria se acreditará mediante la exhibición de los documentos que se establezcan al efecto por la Gerencia del ISFAS (art. 54.4 RGSSFAS).

**La extinción del derecho.** El derecho a la asistencia sanitaria se extinguirá por las causas siguientes (art. 55 RGSSFAS):

- 1) Tratándose del titular, por perder dicha condición.
- 2) Los beneficiarios del titular perderán el derecho a la asistencia sanitaria cuando se extinga el derecho de su causante o cuando dejen de concurrir las circunstancias previstas en el artículo 52.3 RGSSFAS.
- 3) Los viudos y huérfanos perderán el derecho a la asistencia sanitaria cuando dejen de concurrir las circunstancias previstas en cada caso en el antes citado artículo 21 RGSSFAS.

### III. LA PROTECCIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL

#### 1. LAS SITUACIONES PROTEGIDAS

Tienen la consideración de estados o situaciones determinantes de incapacidad temporal para los funcionarios civiles y el personal estatutario del CNI (arts. 18.1, 2 y 3 TRLSSFAS y 67.1, 68, 69.1, 2 y 3, y 75 RGSSFAS):

- 1) Los funcionarios civiles que hubieran obtenido licencias por enfermedad común o profesional y accidente común o en acto de servicio, o como consecuencia de él, que impidan el normal desempeño de las funciones públicas.

A efectos de las prestaciones por maternidad y por paternidad, se considerarán situaciones protegidas la maternidad, la paternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a una año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los artículos 30.1 a) y 3 Ley 30/84 y 49 del EBEP (art. 133 bis LGSS, en la redacción de la LO 3/07); y no tendrán la consideración de incapacidad temporal los permisos por parto, adopción y acogimiento, y si al término del permiso de parto continuara la imposibilidad de incorporarse al trabajo, se iniciarán las licencias que dan lugar a la incapacidad temporal (art. 67.2 RGSSFAS).

2) Los funcionarios civiles que hubiesen obtenido licencia a consecuencia de encontrarse en periodo de observación médica en caso de enfermedades profesionales, cuando se prescriba la baja en el servicio durante los mismos.

3) La mujer funcionaria que haya obtenido licencia por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural de hijos menores de 9 meses.

## 2. EL CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL

Los funcionarios adscritos al REFAS en situación de incapacidad temporal percibirán las siguientes cantidades<sup>60</sup> (art. 9.3 RDL 20/12, 13-7, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad):

### 1) Incapacidad temporal consecuencia de contingencias comunes:

a) El 50% de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso, desde el 1.º al 3.er día de la situación de incapacidad temporal<sup>61</sup>, tomando como referencia aquellas

---

<sup>60</sup> PÉREZ ALONSO destaca dos diferencias con la regulación establecida para los empleados públicos incluidos en el RGSS: de un lado, se determina para la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes que los topes de complemento a percibir se aplicarán sobre las prestaciones básicas y complementarias; y, de otro lado, los complementos retributivos establecidos solo alcanzan hasta el día 90 de incapacidad, puesto que a partir del día 91 será de aplicación el subsidio establecido en el Régimen especial de Seguridad Social aplicable («Los complementos de incapacidad temporal en la Administración del Estado tras el RDL 20/2012», *Aranzadi Social* 4, 2013, BIB\2013\1511, p. 4).

<sup>61</sup> Las referencias a días se entenderán realizadas a días naturales (art. 9.6 RDL 20/12).

que percibían en el mes inmediato anterior al de causarse la situación de incapacidad temporal.

b) Desde el día 4.º al 20.º día, ambos inclusive, percibirán el 75% de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso.

c) A partir del día 21.º y hasta el 90.º, ambos inclusive, percibirán la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias.

Si bien, en ningún caso los funcionarios adscritos al REFAS podrán percibir una cantidad inferior en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes a la que corresponda a los funcionarios adscritos al RGSS, incluidos, en su caso, los complementos que les resulten de aplicación a estos últimos (art. 9.5 RDL 20/12). Es decir, el 60% desde el 4.º y el 20.º días de baja, y el 75% a partir del 21.º día de baja (artículo único del RD 53/80, 11-1, por el que se modifica el artículo segundo del Reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del RGSS, respecto a la prestación de incapacidad laboral transitoria).

2) Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales, la retribución a percibir podrá ser complementada, desde el 1.º día, hasta alcanzar como máximo el 100% de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad (art. 9.3 RDL 20/12).

3) A partir del día 91.º será de aplicación el subsidio establecido en el REFAS con su normativa (art. 9.3 RDL 20/12).

Así, desde el 4.º mes percibirá las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso) y la prestación por hijo a cargo de la Administración militar, y un subsidio de incapacidad temporal a cargo del ISFAS, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de (art. 71.1 RGSSFAS):

a) El 80% de las retribuciones básicas, incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al primer mes de licencia.

b) El 75% de las retribuciones complementarias devengadas en el primer mes de licencia.

c) En los supuestos previstos en el art. 58 LO 3/2007, se abonará a las posibles afectadas una prestación que garantice la percepción de unas retribuciones idénticas a las que percibían en situación de actividad siempre que no se perciba por otro concepto.

Además, sin perjuicio de su abono, con arreglo a su normativa reguladora, no se tendrán en cuenta para el cálculo del subsidio (art. 71.2 RGSSFAS): las gratificaciones por servicios extraordinarios; la indemnización por residencia regulada en el Decreto 361/71, 18-2, y en el RD 3393/81, 29-12; y las indemnizaciones por razón del servicio a que se refiere el RD 462/02, 24-5.

Debe añadirse que cada Administración pública podrá determinar, respecto a su personal, los supuestos en que con carácter excepcional y debidamente justificados se pueda establecer un complemento hasta alcanzar, como máximo, el 100% de las retribuciones que vinieran disfrutando en cada momento; y, a estos efectos, se considerarán en todo caso debidamente justificados los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica (art. 9.5 RDL 20/12).

De forma específica se establece que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil que padezcan insuficiencia temporal de condiciones psicofísicas para el servicio, percibirán el 50% de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso, desde el 1.º al 3.er día de la insuficiencia, tomando como referencia aquellas que percibían en el mes inmediato anterior al de causarse dicha insuficiencia; desde el día 4.º al 20.º día, ambos inclusive, percibirán el 75% de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso; y a partir del día 21.º percibirán la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias (disp. ad. 6.ª.2 RDL 20/12). Si la insuficiencia se hubiera producido en acto de servicio o como consecuencia de una hospitalización o intervención quirúrgica, la retribución a percibir podrá ser complementada, desde el 1.er día, hasta alcanzar, como máximo, el 100% de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la insuficiencia (disp. ad. 6.ª.2 RDL 20/12).

### 3. LA DURACIÓN Y EXTINCIÓN DEL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL

La duración de la primera y sucesivas licencias será del tiempo previsiblemente necesario para la curación y con el máximo de un mes cada una de ellas (arts. 18.6 TRLSSFAS y 69.6 RGSSFAS).

A efectos de cómputo de plazos, se considerará que existe una nueva enfermedad cuando el proceso patológico sea diferente y, en todo caso, cuando se hayan interrumpido las licencias durante un mínimo de un año (arts. 18.5 TRLSSFAS y 69.5 RGSSFAS).

En cualquier momento que se prevea que la enfermedad o lesión por accidente impedirá definitivamente el desempeño de las funciones públicas, se iniciará, por el órgano de jubilación competente, de oficio o a instancia del interesado, el procedimiento de jubilación por incapacidad permanente para el servicio (arts. 18.7 TRLSSFAS y 69.7 RGSSFAS).

La duración y extinción, así como la pérdida o suspensión, de esta situación de incapacidad temporal son las mismas que en el RGSS, con las siguientes peculiaridades (arts. 19 TRLSSFAS y 70, 73 y 74 RGSSFAS):

1) A efectos del periodo máximo de duración de la situación de incapacidad temporal y de su posible prórroga, se computarán los periodos de recaída y de observación.

2) Cuando la extinción se produjera por el transcurso del plazo máximo establecido se prorrogarán los efectos de la situación de incapacidad temporal hasta el momento de la declaración de la jubilación por incapacidad permanente.

3) En aquellos casos en que, continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la posible calificación del funcionario como incapacitado con carácter permanente para las funciones propias de su cuerpo o escala, la misma podrá retrasarse por el periodo preciso, sin que este, en ningún caso, pueda dar lugar a que la declaración de la jubilación tenga lugar una vez rebasados los 30 meses desde la fecha en que se hubiera iniciado la incapacidad temporal.

4) El derecho al subsidio económico se entenderá, en todo caso, extinguido por el transcurso del plazo de 30 meses previstos para la prórroga de la incapacidad temporal.

## IV. LA PROTECCIÓN POR INUTILIDAD PARA EL SERVICIO

### 1. LAS SITUACIONES PROTEGIDAS

En primer lugar, debe indicarse que la inutilidad física es la situación del militar o guardia civil que le incapacita totalmente para la prestación de los servicios propios de su función, debiendo tratarse de enfermedades o lesiones permanentes e irreversibles (SSAN 14 y 28-9 [Rec. 222/99 y 402/99 y Rec. 435/99] y 5-10-00 [Rec. 447/99] y 20-9-01 [Rec. 288/00]), es decir, cuando venga afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta re-

versibilidad, cuya lesión o proceso le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su cuerpo (SSAN 25-1 [Rec. 526/99], 17-5 [Rec. 665/99], 28-6 [Rec. 365/00] y 27-11-01 [Rec. 175/00]); y que las normas que deben tenerse en cuenta para reconocer la inutilidad física son, en cuanto militar profesional, las propias de estos funcionarios, no las generales de la Seguridad Social, sin perjuicio de tener presentes igualmente las referidas al RCP (SSAN 13-7 [Rec. 121/99] y 23-11-00 [Rec. 260/99]).

Para poder tener derecho al devengo de las prestaciones por inutilidad, el personal de las Fuerzas Armadas deberá encontrarse necesariamente en alguna de las siguientes situaciones (arts. 22.6 y 76.1 TRLSSFAS):

- 1) Situación administrativa de servicio activo o servicios especiales.
- 2) Situación administrativa de reserva, siempre que se ocupe destino asignado por el Ministerio de Defensa o de Interior, o en el CNI.

También se reconocerá el derecho cuando con anterioridad a la declaración de retiro hubieran cesado en el destino que ocupaba en la situación de reserva, siempre que dicho cese se hubiera producido con ocasión de inicio de un expediente de insuficiencia psicofísica que dé lugar a aquella declaración (art. 22.6 b) TRLSSFAS, en la redacción de la Ley 39/07, y SAN 18-1-01 [Rec. 36/00]). En tal sentido se manifiesta la Audiencia Nacional al concluir que aunque la situación de reserva transitoria sea irreversible y expresamente se disponga que en ella se permanecerá hasta cumplir la edad de pase a la de retiro produciendo, sustancialmente, los mismos efectos que este, nada impide, sino todo lo contrario, que con anterioridad al retiro por edad pueda acordarse el retiro forzoso por inutilidad física o, incluso, el retiro voluntario, en tanto en cuanto el retiro supone el cese de la relación de servicios profesionales con la Administración militar mientras que en la situación de reserva transitoria aquella relación permanece, aunque no se presten servicios, no siendo admisible obligar unilateralmente al mantenimiento de la relación cuando concurren causas determinantes de su extinción normativamente previstas (SSAN 3-6-99 [RJCA\1999\2673], 24-7 [Rec. 494/99] y 21 y 28-9-00 [Rec. 497/99 y Rec. 437/99] y 22-2 [Rec. 564/00], 29-3 [Rec. 186/00], 19-7 [Rec. 812/00], 27-9 [Rec. 433/00] y 29-11-01 [Rec. 891/00]).

La Audiencia Nacional ha advertido que el grado de minusvalía no constituye un elemento a tener en cuenta para determinar la aptitud psicofísica para el servicio, sino para concretar, en su caso, los derechos pasivos correspondientes, y que la circunstancia de que la normativa aplicable

obligue a fijar dicho grado responde exclusivamente a la conveniencia de economizar medios y de reducir trámites, evitando, por tanto, un nuevo dictamen en el posterior expediente de reconocimiento de aquellos derechos pasivos (SAN 18-1-12 [JUR\2012\44087]).

## 2. EL CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN POR INUTILIDAD PARA EL SERVICIO

Las prestaciones por inutilidad para el servicio consisten en:

1) Una pensión complementaria de inutilidad para el servicio en los supuestos en los que, como consecuencia de enfermedad o accidente, pasen a retiro o jubilación por inutilidad o incapacidad permanentes, siempre que la enfermedad o lesión que motivó aquellas situaciones les imposibilite de forma absoluta y permanente para todo el trabajo, oficio o profesión<sup>62</sup> (arts. 22.1 TRLSSFAS y 76.1 RGSSFAS).

A este respecto, la Audiencia Nacional ha dictaminado que el retiro no es una situación militar, sino una causa de extinción de la relación de servicios profesionales, y que al expediente de retiro forzoso por inutilidad física debe preceder necesariamente un expediente de inutilidad en que esta se declare definitivamente, esto es, aunque se solicite el retiro forzoso por inutilidad física, debe tramitarse primero un expediente en que se declare la inutilidad y, a sus resultas, tramitarse a continuación el expediente de retiro por dicha causa<sup>63</sup> (SAN 10-2-00 [RJCA\2000\121]); que para que proceda declarar la inutilidad permanente para el servicio que determine el pase a retiro es necesario que se padezca una enfermedad que la incapacite totalmente para la prestación de los servicios propios de la función pública<sup>64</sup> (SSAN 11-10-00 [Rec. 496/99],

---

<sup>62</sup> La Audiencia Nacional no admite la inutilidad en el supuesto de diabetes, dado que el mutualista puede desempeñar otro destino que le permita seguir el tratamiento dietético y farmacológico adecuado (SAN 4-11-04 [JUR\2004\297725]).

<sup>63</sup> Tampoco admite la declaración de la inutilidad física en un procedimiento iniciado con posterioridad a la separación del servicio del militar profesional o a la pérdida de la condición militar (SSAN 21-9-00 [Rec. 165/99] y 3-10-02 [Rec. 55/02]).

<sup>64</sup> La Audiencia Nacional resalta que no es suficiente que las secuelas que padece el militar le imposibiliten para el desempeño de las funciones propias del servicio, sino que es necesario que le incapaciten de forma absoluta para cualquier profesión u oficio (SAN 27-9-01 [Rec. 53/01]); y, en tal sentido, no admitió la existencia de inutilidad en el supuesto del militar limitado para realizar aquellas funciones que requieran flexión y rotaciones de columna vertebral de manera continuada (SAN 12-7-01 [Rec. 490/99]), en el de una patología lumbar que, si se evitaban las sobrecargas de la columna, no alcanzaba la incapacidad absoluta para toda profesión u oficio (SAN 23-11-05 [JUR\2006\9127]), ni en el de una pa-

18-10 [Rec. 616/00] y 29-11-01 [Rec. 901/00], 30-5 [Rec. 158/01], 13-6 [Rec. 221/01], 3-10 [Rec. 40/02 y Rec. 54/02] y 26-12-02 [Rec. 152/02], 24-7 [JUR 2006\281410], 27-11 [Rec. 246/03] y 4-12-03 [Rec. 266/03], y 4-10 [JUR\2004\284187] y 11-11-04 [JUR\2004\312665]), sin perjuicio de que si su estado evoluciona a peor pueda iniciarse otro expediente de insuficiencia de condiciones psicofísicas (SAN 21-10 [JUR\2004\297991] y 18-11-04 [JUR\2004\316873]), y, además, tenga carácter permanente e irreversible o de remota o incierta reversibilidad<sup>65</sup> (SSAN 11-10-00 [Rec. 496/99], 18-10 [Rec. 616/00] y 29-11-01 [Rec. 901/00], 13-6 [Rec. 221/01], 3-10 [Rec. 40/02 y Rec. 54/02], 28-11 [Rec. 113/02] y 26-12-02 [Rec. 152/02], 31-7 [JUR\2006\274130, JUR\2006\281369, JUR\2006\281370 y JUR\281384], 27-11 [Rec. 246/03 y Rec. 263/03] y 4-12-03 [Rec. 251/03 y Rec. 266/03]), 16 y 23-9 [JUR\2004\271159, JUR\2004\274416 y JUR\2004\274437, y JUR\2004\272543] y 11-11-04 [JUR\2004\316960], 4 y 18-3 [JUR\2005\226138 y JUR\2005\208495] y 27-4-05 [JUR\2006\265887], 7-2-07 [JUR\2007\59636], 6-2-08 [JUR\2008\131316], 25-11 [Tol 1776106] y 2-12-2009 [Tol 1776105] y 19-10-11 [JUR\2011\385735]), sin que se exija un determinado grado de minusvalía (SSAN 13-6 [Rec. 221/01] y 3-10-02 [Rec. 40/02], 27-11 [Rec. 246/03] y 4-12-03 [Rec. 266/03], 29-1 [JUR\2005\209012], 4-3 [JUR\2005\212937], 1-4 [JUR\2006\265928] 1-7 [JUR\2005\238269] y 14-9-05 [JUR\2005\263131], 22-3 [Rec. 170/05], 16-5 [JUR\2006\163408], 28-6 [JUR\2006\187189] y 29-11-06 [JUR\1006\292770], 24-1 [JUR\2007\44806], 28-3 [JUR\1007\104608], 23-5-07 [JUR\2007\136283] y 3-10-07 [JUR\2007\316032], 27-2 [JUR\2008\135308] y 2-4-08 [JUR\2008\150906], y 18-2 [JUR\2009\100861] 28-1-09 [JUR\2009\100987 y 2009\71463]).

tolología que impide determinadas actividades, marchas, deambulaci3n prolongada o cargar pesos, porque no impide la realizaci3n de otras funciones del servicio teniendo en cuenta las limitaciones descritas (SAN 29-11-06 [Rec. 36/06]).

<sup>65</sup> En aplicaci3n de dicha exigencia, la Audiencia Nacional no admite la existencia de inutilidad en el supuesto de un militar afectado de obesidad extrema, al no quedar acreditado el car3cter irreversible de la enfermedad, ya que la obesidad no puede calificarse de irreversible porque siempre se puede controlar y hacer que remita con el adecuado tratamiento diet3tico (SSAN 5-10 [Rec. 619/99] y 7-12-00 [Rec. 314/00] y 22-11 [Rec. 576/00] y 5-12-01 [Rec. 775/00]). Sin embargo, s3 admite la declaraci3n de inutilidad permanente, el supuesto en el que el tipo de trabajo profesional desarrollado por el mutualista durante toda su trayectoria militar implica una exposici3n continuada al padecimiento de traumas ac3sticos de gran intensidad, puesto que la generaci3n de la patolog3a se despliega como algo razonable y l3gico, seg3n el acontecer de los hechos, y la existencia de determinada fragilidad coclear no implica ni supone el car3cter exclusivamente end3geno del padecimiento, sino una mera predisposici3n del paciente, una menor resistencia o defensa som3tica frente a los mismos, sin que por lo dem3s fuera detectada (SAN 11-4-01 [Rec. 21/01]).

Además, incide en el hecho de que la situación jurídica, la inutilidad para el servicio, exige que se dé el nexo causal entre el accidente, la enfermedad o el riesgo y el acto militar<sup>66</sup>, su ocasión o consecuencia, es decir, que el militar debe inutilizarse en acto de servicio, o con ocasión y consecuencia del mismo<sup>67</sup>, y que el evento determinante del hecho debe ser accidente, enfermedad o riesgo específico del cargo<sup>68</sup> (SSAN 25-6-98 [RJCA\1998\2040], 14-9-00 [Rec. 52/00], 25-1 [Rec. 86/00], 15-2 [Rec. 110/00], 17-5 [Rec. 51/01], 7-6 [Rec. 28/01 y Rec. 52/01], 11-10 [Rec. 95/01] y 5-12-01 [Rec. 73/01], 30-4 [Rec. 188/01] y 7 y 21-11-02 [Rec. 96/02 y Rec. 108/02], 14 y 28-10-04 [JUR\2004\298215 y JUR\2004\299823], 27-1-05 [JUR\2005\226379], 1-1-06 [JUR\2006\265032], 17-5 [JUR\2006\174454 y JUR\2006\253694], 20-9 [Rec. 162/06], 28-11 [JUR\2006\292799] y 10-12-08 [JUR\2009\3187] y 6-7-11 [JUR\2011\264188]); y, así, concluye que no existe relación de causalidad entre el origen o causa material de la lesión padecida en el supuesto y las vicisitudes del servicio en el supuesto en el que las lesiones padecidas por un militar en virtud de la adopción por el mismo de una conducta voluntaria, al proceder a introducirse en una pe-

---

<sup>66</sup> La Audiencia Nacional precisa que debe darse de forma concluyente que los factores laborales han sido los que originaron la patología (SAN 14-2-07 [JUR\2007\74006]); y que, si bien no se requiere que la enfermedad se haya producido como consecuencia directa de las vicisitudes del servicio, sí que es necesario que exista un hecho ocurrido durante su realización que haya originado la enfermedad y sea su causa (SSAN 11-10-11 [Rec. 81/01], 24 y 31-7-03 [JUR\2006\281399 y JUR\2006\281379], 29-7 [JUR\2004\243320], 16-9 [JUR\2004\271163 y JUR\2004\274366], 4-10 [JUR\2004\284181], y 4 y 11-11-04 [JUR\2004\297732 y JUR\2004\312675] y 4-2 [JUR\2005\226312] y 11-3-05 [JUR\2005\221920]). Así, reconoce la existencia de inutilidad en el caso de trastornos depresivos o psíquicos de un militar consecuencia de los atentados terroristas sufridos, uno de los cuales costó la vida a un compañero y amigo y otro que afectó a sus hijas pequeñas, que fueron la causa desencadenante de los sucesivos síntomas de ansiedad y depresión que comenzó a padecer y que evolucionaron en un trastorno depresivo mayor irreversible que evidencia la relación de causalidad entre el inicio de los trastornos que derivaron en la enfermedad que determinó su inutilidad (SAN 25-7-02 [Rec. 47/02]); y en el supuesto de un militar que padece un trastorno de ansiedad, de proceso estabilizado e irreversible que se presume definitivo, que, aun siendo disposicional sin relación causa-efecto con el servicio, se ha manifestado durante el periodo en que existe una relación de servicios con las Fuerzas Armadas y le incapacita de forma permanente para las funciones propias del servicio (SAN 31-7-03 [JUR\2006\281367]).

<sup>67</sup> Por ello, no es admisible el inicio de un expediente de inutilidad una vez finalizado el compromiso de prestación de servicios en las Fuerzas Armadas (SAN 29-3-01 [Rec. 9/01]).

<sup>68</sup> También recuerda la Audiencia Nacional que en el supuesto de que el funcionario sufra diversas patologías que en su conjunción pudieran producir inutilidad, pero solo una de ellas tiene relación con el servicio y es insuficiente para derivar una declaración de incapacidad permanente, resultará improcedente un pronunciamiento sobre el acto de servicio y, en consecuencia, sobre la existencia de inutilidad para el servicio (SSAN 20-2 [JUR\2013\85436] y 18-9-13 [JUR\2013\311803]).

lea existente en una discoteca, en la que no se encontraba por razón u ocasión del servicio de armas, sino para su personal y particular divertimento, y tampoco su intervención en dicha pelea en defensa de un compañero, dimana de una actuación exigida o exigible en aras a las normas deontológicas que rigen el servicio de armas, que ostentaba como perteneciente a la tripulación de un buque de guerra español atracado en puerto extranjero (SAN 8-6-00 [Rec. 673/98]).

Además, reitera que no puede catalogarse como acto de servicio, a los efectos de declaración de la incapacidad permanente por insuficiencia de condiciones psicofísicas, los trastornos de orden psiquiátrico cuya causa estresante se residencia en las vicisitudes propias de la carrera militar a la que puede estar sujeto el funcionario militar, dentro de lo que se configura como acontecimientos propios y normales de su estatuto profesional, tales como cese en un destino, la realización de las tareas propias de su profesión, el ejercicio por parte de sus superiores de sus legítimas potestades en los nombramientos de destinos, ceses, servicios, libranzas, vacaciones, y demás actividades inherentes al ejercicio de la profesión de Guardia Civil, conceptos que entran en el marco de la más absoluta normalidad del desarrollo de los cometidos que le están asignados, sin que por ello se puedan calificar ni de acoso o presión alguna, por cuanto en estos supuestos son los usuales y normales en el desempeño de la actividad profesional del militar afectado (SAN 29-9-10 [Tol 1967409]). También concluye que en los supuestos de enfermedad invalidante no es suficiente la mera aparición de los síntomas externos de la enfermedad, cuando esta es de carácter congénito y endógena del propio paciente (SAN 1-4-05 [JUR\2005\225976]), se halla larvada en su propia persona y su manifestación de forma externa en un determinado momento temporal es una mera circunstancia accesoria y, además, aleatoria en el tiempo, de forma que no puede entenderse producida en acto de servicio cuando las lesiones principales padecidas son de carácter degenerativo (SAN 30-1-08 [JUR\2008\124110]); y que no puede deducirse que la enfermedad se ha producido en acto de servicio cuando la etiología de la misma es básicamente endógena, lo que quiere decir que tiene relación directa con la personalidad del propio sujeto (SAN 24-6-08 [JUR\2008\211729]), ni cuando los padecimientos psiquiátricos, aunque hubieran podido probarse, aparecen después de que el afectado hubiera dejado de prestar servicios en las Fuerzas Armadas (SAN 24-1-07 [JUR\2007\44807]).

Por ello, no admite dicha conexión en el supuesto de inutilidad permanente por insuficiencia de condiciones psicofísicas desde una situación de

excedencia voluntaria<sup>69</sup> (SAN 9-3-11 [JUR\2011\94828]) o tras la fecha en la que el mutualista pasa a situación de retiro por edad (SAN 8-11-05 [JUR\2005\268708]); dictamina que una cosa es el elemento externo desencadenante de la aparición de los síntomas externo de la enfermedad mental, que lógicamente ha de calificarse como elemento estresante, y otra distinta que dicho padecimiento derive por las especiales condiciones intrínsecas de la persona que sufre una actuación estresante, que dada su propia personalidad determina la generación de una patología invalidante, pues en estos supuestos, la generación de la enfermedad invalidante no deviene de esa concreta situación en el servicio, sino de la propia naturaleza endógena de la persona que lo sufre, de modo que es un trastorno común no profesional, aunque sus manifestaciones se hubieran producido con posterioridad a la incorporación a las Fuerzas Armadas, siendo su etiología básicamente disposicional, esto es, dependiente de rasgos constitucionales del sujeto, que dan lugar a patrones conductuales estables desde la adolescencia o primera juventud y cuya descompensación clínica frente a las exigencias del entorno es imprevisible, y dichas descompensaciones no están en relación directa con las exigencias del entorno, sino con el grado de tensión emocional que ante ellas genere el sujeto por sus propias características síquicas (SAN 27-5-09 [JUR\2009\287046]); afirma que un trastorno mixto de personalidad —dependiente, fóbico, evitativo— con manifestaciones ansioso-depresivas asociadas supone una enfermedad disposicional, que impide realizar funciones en las Fuerzas Armadas y presenta un factor de psicovulnerabilidad al entorno de disciplina y jerarquía propio de las Fuerzas Armadas, no tiene una relación causa-efecto con las vicisitudes específicas del servicio, puesto que se trata de un proceso básicamente disposicional, y se trata, pues, de un trastorno común, no profesional, aunque sus manifestaciones clínicas se hayan producido con posterioridad de la incorporación a las Fuerzas Armadas (SAN 7-10-09 [JUR\2009\436449]); y, también, valorando un supuesto de trastorno de la personalidad, concluye que dicha enfermedad psíquica no tiene su origen, directo e inmediato,

---

<sup>69</sup> Sin embargo, con anterioridad, la Audiencia Nacional matizó que el hecho de que el militar se halle en situación de excedencia voluntaria no impide que se realice la declaración de inutilidad, ya que desde la situación de excedencia voluntaria se puede pasar a retiro, que no es una situación administrativa, sino que es una causa de extinción de la relación de servicios profesionales (SAN 18-10-01 [Rec. 765/00]); o que una vez iniciado el expediente administrativo de insuficiencia de condiciones psicofísicas mientras el funcionario militar se encuentra en servicio activo, la declaración de excedencia voluntaria mientras perdura su tramitación, no enerva la necesidad de la Administración de pronunciarse en el mismo sobre la concurrencia o no de la inutilidad permanente para el Servicio (SAN 22-11-01 [Rec. 764/00]).

en la mera prestación del servicio en el ámbito de las Fuerzas Armadas porque su etiología es básicamente disposicional, esto es, dependiente de rasgos constitucionales del sujeto y cuya descompensación clínica frente a las exigencias del entorno es imprevisible, y estas descompensaciones no están en relación directa con las exigencias del entorno sino con el grado de tensión emocional que ante ellas genere el sujeto por sus propias características psíquicas, de modo y forma que es la propia naturaleza intrínseca del paciente la que determina el origen de la enfermedad, pues otras personas ante similares situaciones estresantes no les produce dicha enfermedad, y es la psicovulnerabilidad del paciente la que determina la existencia del padecimiento crónico generador de la enfermedad invalidante, lo que significa que en estos supuestos no es factible proyectar el concepto jurídico de acto de servicio<sup>70</sup> (SAN 26-10-11 [JUR\2011\385746]).

Asimismo, ha reiterado que no pueden catalogarse como acto de servicio, a los efectos de declaración de la incapacidad permanente por insuficiencia de condiciones psicofísicas, los trastornos de orden psiquiátrico cuya causa estresante se residencia en las vicisitudes propias de la carrera militar a la que puede estar sujeto el funcionario militar, dentro de lo que se configura como aconteceres propios y normales de su estatuto profesional, tales como cese en un destino, la realización de las tareas propias de su profesión o realizar destinos acordes a la categoría de útil con limitaciones y demás actividades inherentes al ejercicio de la profesión militar, conceptos que entran en el marco de la más absoluta normalidad del desarrollo de los cometidos que le están asignados<sup>71</sup> (SAN 27-6-12 [JUR\2012\255578]); y concluye que una cosa es el elemento externo desencadenante de la aparición de los síntomas de la enfermedad psíquica, que lógicamente ha de calificarse como elemento estresante, y otra distinta que este padecimiento devenga por las especiales condiciones intrínsecas de la persona que sufre esa actuación estresante, que, dada su propia personalidad, determina la

---

<sup>70</sup> En tal sentido, no admite la relación causa-efecto con el servicio en las Fuerzas Armadas en el supuesto de una esquizofrenia padecida con anterioridad a la incorporación a las Fuerzas Armadas, aun cuando no hubiera sido diagnosticada por la ausencia de manifestación sintomática de la misma (SSAN 11-11-04 [JUR\2004\312701], 1-4 [JUR\2005\225977], 24-6 [JUR\2005\238425] y 21-9-05 [JUR\2005\262759], y 25-10 [JUR\2006\277793] y 8-11-06 [JUR\2006\284852]); ni en el de trastorno de personalidad de inestabilidad emocional tipo impulsivo que tiene raíces causales de tipo biopsicosocial (constitucionales y psicológicas en la infancia y adolescencia) que se originan previamente a la entrada en el Ejército (SAN 3-10-06 [Rec. 58/06]).

<sup>71</sup> Por ejemplo, la Audiencia Nacional no considera que exista la relación causal en el supuesto de trastorno adaptativo, al no ser causa determinante del mismo la denegación de autorización de traslado y existir factores de vulnerabilidad individual sin los cuales no se hubiera producido la patología de tipo psíquico (SAN 1-4-05 [JUR\2010\65600]).

generación de una patología invalidante, pues, en estos supuestos, la generación de la enfermedad invalidante no resulta de esa concreta situación en el servicio, sino de la propia naturaleza endógena de la persona que lo sufre, esto es, dependiente de rasgos constitucionales del sujeto y cuya descompensación clínica frente a las exigencias del entorno es imprevisible, tratándose de descompensaciones que no están en relación directa con las exigencias del entorno, sino con el grado de tensión emocional que ante ellas genera el sujeto por sus propias características psíquicas, de modo y forma que es la propia naturaleza intrínseca del paciente la que determina el origen de la enfermedad, pues a otras personas, ante similares situaciones estresantes, no les causa dicha enfermedad, y, por ello, en estos supuestos, no es factible proyectar el concepto jurídico de acto de servicio<sup>72</sup> (SAN 16-1-13 [JUR\2013\40828]).

También se ha detenido la Audiencia Nacional en un supuesto frecuente en los últimos tiempos, el acoso laboral, sobre el que plantea que tanto la realización de las tareas propias de la profesión como la vigilancia por parte de sus superiores en el desarrollo de su trabajo, el cumplimiento de las órdenes impartidas, son conceptos que entran en el marco de la más absoluta normalidad del desarrollo de los cometidos que le están asignados a sus superiores, sin que se puedan calificar por ello ni de acoso o presión alguna, cosa bien diferente es la reacción que frente a ello asuma el propio funcionario, reacción subjetiva que por ende no puede derivar en que una conducta plenamente acorde a derecho sea el factor causante, o desencadenante, de una enfermedad psicológica (SSAN 10-10-07 [JUR\2007\315983], 25-3 [JUR\2009\178179] y 7 y 21-10-09 [JUR\2009\436451 y 2009\444372] y 24-11-10 [Tol 1994661]); siendo, pues, su postura, la de no reconocer que las lesiones sufridas consecuencia de aquel acoso están derivadas o traen causa en el servicio, y ello porque la patología sufrida por el funcionario, un trastorno ansioso-depresivo, no se adquiere directamente en un acto de servicio o como consecuencia

---

<sup>72</sup> Así, la Audiencia Nacional no admitió como patología producida durante la relación del paciente con las Fuerzas Armadas cuando el deterioro psíquico que presenta no es solo emocional, sino que también afecta al plano del conocimiento, hasta el punto de confundir a sus interlocutores con autoridades militares, siendo consecuencia de factores personales, como el fallecimiento de su padre y las circunstancias que han envuelto su separación matrimonial, lo que le ha sumido en una profunda depresión, por la que recibe tratamiento psiquiátrico (SAN 11-3-05 [JUR\2005\212878]); ni tampoco cuando se trata de un trastorno de estado de ánimo, presentando un cuadro depresivo donde aparecen cuadros psicóticos, cuyo hecho desencadenante es puramente circunstancial y la enfermedad psiquiátrica es de carácter endosituacional, lo que significa que tiene un marcado carácter endógeno y que encuentra sus raíces en las propias características del sujeto o psicovulnerabilidad (SAN 21-7-05 [JUR\2005\248898]).

directa del servicio desempeñado, sino de una actuación ilegítima de un tercero, que incluso alcanza la naturaleza de delictiva, al ser condenado su superior como autor responsable de un delito de extralimitación del ejercicio del mando, puesto que si hay algo totalmente ajeno al ejercicio de las labores o deberes que un militar debe desempeñar, son precisamente las conductas de acoso moral, y una cosa es el elemento externo desencadenante de la aparición de los síntomas de la enfermedad mental, que lógicamente ha de calificarse como elemento estresante, y otra que la enfermedad invalidante derive o traiga causa en el servicio, supuestos en los que no cabe efectuar una traspolación del concepto médico elemento estresante con el concepto jurídico de acto servicio en el sentido que dimana de la legislación aplicable (SAN 13-3-13 [JUR\2013\105956]). En tal sentido, dictamina que se trata de una enfermedad disposicional que no le permite realizar funciones en las Fuerzas Armadas al presentar un factor de psicovulnerabilidad al entorno de disciplina y jerarquía propio de las mismas, concluyendo que no existe relación causa-efecto con las vicisitudes específicas del servicio al tratarse de un trastorno común, no profesional, aunque sus manifestaciones clínicas se hayan producido con posterioridad a la incorporación del paciente a las Fuerzas Armadas, produciéndose la ausencia de relación causal aun cuando se considere hecho probado que existió trato vejatorio por parte de la unidad de destino (SAN 7-10-09 [Tol 1727182]).

2) En el supuesto de que acreditaran que la lesión o enfermedad que originó el retiro por incapacidad le ha producido pérdidas anatómicas o funcionales que requieran la asistencia de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida diaria, tales como vestirse, comer o análogos, causarán derecho a la prestación de gran invalidez (art. 22.2 TRLSSFAS).

Además, tendrán derecho a recibir tratamientos de recuperación funcional, fisiológica y mental, siempre que dichos tratamientos sean necesarios para la readaptación, recuperación o rehabilitación de los beneficiarios (art. 76.3 RGSSFAS).

La pensión de inutilidad para el servicio será equivalente a la diferencia entre la pensión de retiro o jubilación por inutilidad o incapacidad permanentes en el RCP, computada al año y en su cuantía inicial, y el 100% del haber regulador anual que haya servido de base para el cálculo de la indicada pensión, aun cuando esta se haya determinado por el 200% de dicho haber regulador por tener su causa en acto de servicio; siendo la cuantía mínima de la pensión el 7% del haber regulador al 100% (art. 23.1 TRLSSFAS).

La prestación de gran invalidez destinada a remunerar a la persona que atienda al gran inválido (que se abonará por meses vencidos y en 12 mensualidades) será equivalente al 50% de la pensión de retiro o jubilación de Clases Pasivas, computada al año y en su cuantía inicial, con el límite del 50% del importe máximo establecido para las pensiones públicas en la fecha de inicio de aquella; si bien, a petición del interesado o de su representante debidamente autorizado, es posible la sustitución por el alojamiento y cuidado del individuo a cargo y por cuenta del ISFAS, en régimen de internado en un centro asistencial adecuado, siempre y cuando dichos gastos no representen para el ISFAS un incremento superior al 10% de la prestación total (art. 23.2 TRLSSFAS).

Ambas pensiones se abonarán por meses vencidos y en 12 mensualidades; y no serán objeto de revalorización, aun cuando las primeras sí tienen el carácter de pensión pública, salvo que se estableciera en sentido contrario en la Ley de presupuestos generales del Estado (art. 23.3 y 4 TRLSSFAS). En tal sentido, la disp. ad. 29.<sup>a</sup> Ley 22/13 establece que las prestaciones de gran invalidez destinadas a remunerar a la persona encargada de la asistencia al gran inválido, causadas hasta el 31 de diciembre de 2013 experimentarán durante 2014 un incremento del 0,25%.

Por último, en el caso de que la suma de la pensión de retiro o jubilación de Clases Pasivas más la de inutilidad para el servicio superase el límite que con carácter anual se fija en la legislación sobre pensiones públicas, el ISFAS minorará o no abonará, según proceda, la pensión reconocida, y dejará en suspenso su devengo hasta que la pensión de inutilidad no esté afectada por el citado límite (arts. 23.5 TRLSSFAS y 78.1 RGSSFAS).

**La calificación y revisión de la incapacidad.** La calificación del grado inicial de incapacidad le corresponde a los tribunales médicos militares u órganos médicos civiles competentes (arts. 22.3 TRLSSFAS y 78.1 RGSSFAS).

Una vez transcurrido el plazo de 3 años contados a partir de la fecha de la declaración de retiro o jubilación, podrán solicitar la revisión de su grado de incapacidad aquellos que cumplan los siguientes requisitos<sup>73</sup> (arts. 22.4 TRLSSFAS y 78.2 RGSSFAS):

---

<sup>73</sup> La Audiencia Nacional ha resuelto que si con posterioridad a la fecha de la resolución que dictamina la inutilidad se ha agravado la situación del mutualista, ello no determina que deba anularse la resolución recaída —la cual fue dictada con arreglo a un dictamen médico que recogía el diagnóstico preciso de la enfermedad en el momento en que fue emitido—, sino que lo correcto es tramitar un nuevo expediente en el que se emi-

1) Ser personal retirado o jubilado por inutilidad o incapacidad permanente.

2) No alcanzar en el momento del retiro o jubilación el grado de incapacidad absoluta y permanente requerido para acceder a la pensión de inutilidad para el servicio, o que, teniéndolo, no sufra las pérdidas anatómicas o funcionales que originan la gran invalidez.

3) No haber alcanzado la edad fijada con carácter general para el retiro o jubilación forzosa.

### 3. EL RECONOCIMIENTO Y EL PAGO DE LAS PRESTACIONES POR INUTILIDAD PARA EL SERVICIO

El reconocimiento y pago de la pensión de inutilidad para el servicio y de la prestación de gran invalidez corresponde a la Gerencia del ISFAS (arts. 22.3 TRLSSFAS y 79 RGSSFAS).

El derecho a la pensión complementaria nace en el momento en que se produce el pase a retiro o jubilación de los beneficiarios, tras ser declarada su inutilidad o incapacidad permanentes para el servicio (art. 77.1 RGSSFAS); y el derecho a la pensión de inutilidad para el servicio y la prestación de gran invalidez puede ejercitarse en cualquier momento posterior al reconocimiento de la pensión de retiro o jubilación por inutilidad o incapacidad permanentes, con los siguientes efectos económicos (arts. 22.5 TRLSSFAS y 77.2 RGSSFAS):

1) Si la solicitud se efectúa dentro del plazo de 4 años contados a partir de la fecha de retiro o jubilación y el grado de incapacidad permanente y absoluta quedó acreditado entonces, los efectos económicos se retrotraerán al día primero del mes siguiente a dicha fecha.

2) En los restantes supuestos, los efectos económicos iniciales de la pensión de inutilidad y de la prestación de gran invalidez se producirán desde el día primero del mes siguiente al de la presentación de la oportuna petición debidamente documentada.

La atribución a los interesados de la condición de inutilidad para el servicio será definitiva, salvo en el caso de desaparición de las causas que originaron la inutilidad o incapacidad permanente apreciada por faculta-

---

ta nueva acta médica y se dicte resolución acorde con la nueva situación (SAN 1-4-05 [JUR\2005\208326]).

tivo competente, de oficio o tras revisión solicitada a instancia de parte (art. 82 RGSSFAS) y, así, cuando la enfermedad deja de ser determinante de inutilidad para el servicio, se dejará de percibir la prestación correspondiente a partir del momento que se produzca dicho supuesto de hecho (SAN 11-3-99 [RJCA\1999\3914]); y el beneficiario perderá el derecho a la pensión complementaria de inutilidad para el servicio y a la prestación de gran invalidez cuando haya actuado fraudulentamente para obtener o causar dichas prestaciones (art. 83 RGSSFAS).

#### 4. LA PROTECCIÓN POR LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES

Quienes hallándose en situación de servicio activo, expectativa de destino, servicios especiales o de reserva, ocupando destino y con motivo de enfermedad o accidente causados en acto de servicio o como consecuencia de él, sufran lesiones, mutilaciones o deformaciones con carácter definitivo, que, sin llegar a constituir incapacidad permanente, total o absoluta, ni gran invalidez, supongan una alteración o disminución de la integridad física del afectado, de las que aparecen reguladas en el baremo establecido al efecto en el RGSS, serán indemnizados por una sola y única vez con las cantidades alzadas que en el mismo se determinan (art. 84.1 RGSSFAS). Así, será de aplicación el baremo establecido en la Orden ESS/66/13, de 28 de enero, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes.

La Audiencia Nacional, valorando el hecho de que el pago de una indemnización consecuencia de una lesión permanente no invalidante implica un supuesto de no reparación integral, reconoce la posible compatibilidad de la misma con otra indemnización consecuencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, en la que se atiende a las circunstancias personales del lesionado, como son la edad, la profesión, el empleo militar, el tipo de daño padecido o la fecha en la que se originó la lesión (SAN 23-3-00 [RJCA\2000\458]).

El derecho a la prestación nace en el instante en que se atribuya a la lesión la condición de secuela permanente (art. 84.2 RGSSFAS); y corresponderá a los órganos médico-periciales de la Sanidad Militar, u órganos médicos civiles competentes en el caso de funcionarios civiles, la calificación como secuelas de las lesiones, mutilaciones o deformidades padecidas, así como que las mismas no llegan a constituir una incapacidad permanente en ninguno de sus grados (art. 84.3 RGSSFAS).

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALARCÓN CARACUEL, M. R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1991, 4.<sup>a</sup> ed.
- ALMANSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1991, 7.<sup>a</sup> ed; «Regímenes Especiales Agrario, de Empleados de Hogar, Trabajadores del Mar y Minería del Carbón, Estudiantes y Funcionarios Públicos», AA. VV. (coord. A. MONTOYA), *Curso de Seguridad Social*, Madrid, Universidad Complutense, 2000, 2.<sup>a</sup> ed.
- BLASCO LAHOZ, J. F., «Las prestaciones sanitarias del Mutualismo administrativo», *Actualidad Laboral* 43, 2002; *Los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos. Una protección mutualista*, Albacete, Bomarzo, 2006.
- CALVO RAMÍREZ, C., «Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado», *Revista de Seguridad Social* 37, 1988.
- GARCÍA NINET, J. I., y DOLZ LAGO, M. J., «Regímenes especiales de funcionarios públicos», AA. VV. (dir. L. E. VILLA GIL), *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, 5.<sup>a</sup> ed.
- ORDEIG FOS, J. M., *El sistema español de Seguridad Social (y el de la Comunidad Europea)*, Madrid, Edersa, Madrid, 1993, 5.<sup>a</sup> ed.
- PÉREZ ALONSO, M. A., «Los complementos de incapacidad temporal en la Administración del Estado tras el RDL 20/2012», *Aranzadi Social* 4, 2013, BIB\2013\1511.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «El Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas: Una visión panorámica del mutualismo militar», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 74, 2007; *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servicios públicos*, Pamplona, Aranzadi, 2008; «Un supuesto especial de compatibilidad de prestaciones: desempleo y pensión de inutilidad para el personal militar», *Aranzadi Social*, paraf. núm. 73/2011120/2011
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Reflexiones sobre el Mutualismo administrativo en un contexto de simplificación de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social», AA. VV. (dir. J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y M.<sup>a</sup> R. MARTÍNEZ BARROSO), *Las vías de integración y racionalización de los Regímenes Especiales*, 2.<sup>o</sup> Premio del Fondo para el Fomento de la Investigación de la Protección Social (FI-PROS), Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaría de Estado de Seguridad Social, 2009.

- RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., «Los Regímenes especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos», AA. VV., *Sistema de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 7.<sup>a</sup> ed.
- TORTUERO PLAZA, J. L., «Comentario al artículo 7», AA. VV. (dir. J. L. MONEREO y M. N. MORENO), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Tomo I, Granada, Comares, 1999.



# NOTAS



# LA RESPUESTA DE ESPAÑA ANTE EL DESAFÍO DE LA PIRATERÍA EN EL OCÉANO ÍNDICO: EL EJEMPLO DEL BUQUE PATIÑO

Alfonso J. Iglesias Velasco  
*Profesor titular de Derecho Internacional Público*  
*Universidad Autónoma de Madrid*

## SUMARIO

1. Introducción. 2. Caracterización de la piratería como crimen internacional. 3. Los esfuerzos de la sociedad internacional para combatir las actividades piratas en el océano Índico. 4. La respuesta española: el ejemplo del buque militar Patiño. 5. A modo de conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la Armada española está participando desde hace tiempo en los esfuerzos internacionales de prevención y represión de las actividades de piratería cometidas en el océano Índico, particularmente frente a las costas de Somalia, pues estos delitos se han incrementado durante la última década y ponen en peligro la seguridad en vías marítimas internacionales de gran importancia estratégica y económica, perjudicando de este modo las transacciones comerciales y las actividades marítimas lícitas.

En este contexto, vamos a explicar en primer lugar cuál es la tipificación del crimen de piratería en Derecho internacional, un ilícito que ha sido perseguido continuamente por los Estados desde tiempos ancestrales. Segui-

damente, pasaremos a indicar cómo la comunidad internacional está enfrentándose a ese problema en la región geográfica del océano Índico occidental. Más adelante, vamos a centrar nuestra atención en un caso concreto, relativo al ataque pirata sufrido por el barco militar Patiño, su diligente reacción ante el mismo con la posterior captura de los piratas, así como el procesamiento judicial de los mismos por parte de la Audiencia Nacional española. Por último, cerraremos este trabajo con unas conclusiones sucintas.

## 2. CARACTERIZACIÓN DE LA PIRATERÍA COMO CRIMEN INTERNACIONAL

En términos jurídico-internacionales, la piratería ha sido definida como un acto de robo, violencia o depredación en el mar cometidos por un buque o aeronave privado a otro —fuera del contexto de una guerra—, y con finalidad de lucro personal<sup>1</sup>. El Derecho internacional y los diversos Estados siempre han estado concienciados de la gravedad de esta lacra y la necesidad de combatirla sin denuedo a escala universal; por ello, no es de extrañar que la piratería se convirtiera en el primer ejemplo de actividad tipificada como crimen contra el Derecho internacional y, en consecuencia, se encuentra sometida a jurisdicción universal<sup>2</sup>. El concepto de piratería que hemos expuesto exige la existencia de dos buques, uno que ataca a otro, y este rasgo excluye que puedan definirse como piratas los actos ilícitos cometidos por personas ya presentes a bordo del barco atacado. Otra característica esencial es que debe ser privada la nave desde la que se realiza el asalto pirata<sup>3</sup>.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, instrumento convencional vigente que codifica esta materia con recono-

---

<sup>1</sup> Vid. el artículo 101 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar —o Convención de Jamaica de 1982—, así como la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) de 7 de septiembre de 1927 en el asunto del Lotus (Francia c. Turquía), PCIJ, Serie A, n.º 10, parágrafo 70. En la doctrina véase, entre muchos otros, Ivan SHEARER, «Piracy», en Rüdiger WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, edición en línea, p. 1.

<sup>2</sup> Opinión individual del presidente Gilbert Guillaume en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 14 de febrero de 2002 en el asunto de la Orden de Arresto de 11 de abril de 2000 (RD del Congo c. Bélgica), C.I.J. Recueil 2002, pp. 38 y 42, donde este jurista indica que la piratería es el único caso verdadero de jurisdicción universal reconocido por el Derecho internacional.

<sup>3</sup> A estos efectos, también se califica como «pirata» un buque o aeronave de Estado cuya tripulación se ha amotinado y apoderado de la misma (art. 102 de la Convención de Jamaica de 1982).

cimiento general —incluyendo en el Derecho internacional consuetudinario—, aplica a la piratería el principio de jurisdicción penal universal, indicando que «todo Estado puede apresarse, en la alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata o [...] que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo»<sup>4</sup>; es decir, que está legitimado a emplear la fuerza con el objeto exclusivo de apresarse el buque pirata<sup>5</sup>. Y tal legitimación se extiende al plano jurisdiccional, toda vez que «los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes»<sup>6</sup>. En este marco, el artículo 110 de la citada Convención indica que, salvo acuerdo en contrario, «un buque de guerra que encuentre en la alta mar un buque extranjero [...] no tendrá derecho de visita», salvo que haya motivo razonable para sospechar que el buque se dedica a determinadas actividades, como la piratería.

Asimismo, en los últimos años el proceso de reducción de las fuerzas militares estatales ha derivado a confiar labores de seguridad de modo creciente a empresas militares y de seguridad privada. En el ámbito de nuestro estudio, tales empresas han sido contratadas por compañías marítimas privadas o por los propios Estados para prestar sus servicios contra la piratería marítima, incluyendo el uso de la fuerza armada, lo que plantea un grave problema, dado el vacío jurídico existente<sup>7</sup>. A este respecto, ante los ataques sufridos por barcos pesqueros españoles en aguas internacionales cercanas a las costas de Somalia, el Gobierno español ha re-

---

<sup>4</sup> Artículo 105 de la Convención de Jamaica; eso sí, los Estados tienen derecho a apresarse naves/aeronaves piratas solamente si lo hacen con sus buques/aeronaves militares o identificables como naves de Estado y autorizados a tal fin (art. 107).

<sup>5</sup> De hecho, ninguna cláusula del Convenio de Jamaica de 1982 autoriza expresamente el recurso general a la fuerza para apresarse buques, y ha de ser evitado en lo posible, pero eso no significa que esté completamente prohibido, pues puede ser empleada la fuerza en actividades de aplicación del derecho mientras se trate de un uso inevitable, razonable y necesario. A este respecto, véanse tanto la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 4 de diciembre de 1998 (competencia) en el asunto de la Competencia en materia de pesquerías (España c. Canadá), I.C.J. Reports 1998, p. 432, parágrafo 84; como el laudo de la Corte Permanente de Arbitraje de 17 de septiembre de 2007 en el asunto *Guyana c. Surinam*, pará. 445; y el artículo 22.1.f. del Acuerdo de 1995 sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios. Vid. José Manuel SÁNCHEZ PATRÓN, «Piratería marítima, fuerza armada y seguridad privada», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 23, junio de 2012, p. 4, en <reei.org/index.php/revista/num23/notas/pirateria-maritima-fuerza-armada-seguridad-privada>.

<sup>6</sup> Artículo 105 de la Convención de Jamaica.

<sup>7</sup> Véase José Manuel SÁNCHEZ PATRÓN, *loc. cit.*, p. 2.

formado la normativa nacional para permitir que estas empresas militares y de seguridad privadas puedan usar armas de guerra para la prestación de servicios de protección de personas y bienes en «buques mercantes y buques pesqueros que naveguen bajo bandera española en aguas en las que exista grave riesgo para la seguridad de las personas o de los bienes, o para ambos»<sup>8</sup>.

De las disposiciones convencionales indicadas, se colige que un barco de guerra puede apresar una nave pirata en la alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, incluyendo a estos efectos la zona económica exclusiva, como reconoce la citada Convención de Jamaica de 1982 en su artículo 58.2. Recordaremos, a efectos del caso de referencia, que el intento de asalto pirata contra el buque *Patiño* se produjo a 47 millas de la costa de Somalia, es decir, en su zona económica exclusiva, por lo que se deduce que el posterior y rápido apresamiento del esquiife pirata se produjo en esa misma zona.

Los ordenamientos penales internos de los Estados también han venido tipificando la piratería como delito, con alguna discordancia en cuanto al alcance del mismo. Las cuestiones jurídicas más polémicas a lo largo de los años se han centrado sobre todo en dos puntos relevantes: 1) determinar la legislación aplicable en las zonas marítimas más allá de los mares territoriales de los Estados, y 2) el modo de ejercicio de la jurisdicción en alta mar para arrestar, procesar y sancionar a los responsables de piratería. Debemos recordar que los barcos piratas no reconocían lealtad a país alguno, situándose así fuera del Derecho internacional, lo que permite distinguirlos de los buques corsarios, que portaban patentes de corso emitidas por Estados reconocidos.

Aunque se encuentran cada vez más conectados, tampoco debe confundirse la piratería con los actos de terrorismo cometidos a bordo de un barco o atentatorios contra la seguridad marítima, comportamientos estos últimos que el Derecho internacional persigue a través de un tratado internacional específicamente dedicado a ellos<sup>9</sup>. Lo cierto es que las convenciones internacionales sobre terrorismo han sido negociadas de modo fragmentario, sin haber adoptado una auténtica base de jurisdicción universal.

Es sabido que en los últimos tiempos han rebrotado los ataques de la piratería marítima, muy en especial frente a las costas de los denominados

---

<sup>8</sup> Artículos 1.1, 1.2 y 2.1 del Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Seguridad Privada y del Reglamento de Armas (BOE 263, de 31 de octubre de 2009, p. 90892).

<sup>9</sup> Nos referimos al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, o «Convenio SUA» (Roma, 1988).

Estados «fallidos», con débiles instituciones lastradas por la corrupción y escasa capacidad de vigilancia marítima<sup>10</sup>. El ámbito geográfico donde la piratería ha crecido más exponencialmente —a la par que se ha profesionalizado— ha sido el océano Índico, en concreto frente a las costas de Somalia; allí se han consolidado bandas criminales muy organizadas con amplias estructuras jerarquizadas, que cuentan con financiadores, proveedores de servicios y de recursos, grupos de asalto, negociadores y campamentos en tierra, así como coordinadores de todas esas funciones. Como es lógico, se ha producido una retroalimentación evidente entre los crecientes pagos de los rescates y el aumento pujante de la piratería en la zona<sup>11</sup>. Todo ello ha provocado una gran preocupación internacional ante esta actividad delictiva, toda vez que amenaza las vías comerciales más transitadas del mundo, incluyendo las entregas de ayuda humanitaria a Somalia —en concreto, los suministros del Programa Mundial de Alimentos transportados a ese país por vía marítima—.

### 3. LOS ESFUERZOS DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL PARA COMBATIR LAS ACTIVIDADES PIRATAS EN EL OCÉANO ÍNDICO

Por desgracia, la aplicación a la piratería de la jurisdicción del Estado ribereño resulta ineficaz en los Estados «fallidos». Por ello, resulta necesario que los esfuerzos para luchar contra las actividades piratas sean colectivos, en el sentido de ser acometidos por la comunidad internacional. De ahí que el Consejo de Seguridad adopte resoluciones —a partir de su resolución 1816 (2008)— que, tras constatar la incapacidad del gobierno somalí para interceptar a los piratas y patrullar y proteger sus aguas territoriales y las rutas marítimas internacionales frente a sus costas, estiman que la piratería en dicha zona constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. En consecuencia, el Consejo de Seguridad ha estado autorizando a los terceros Estados y organizaciones regionales cooperantes con el gobierno de Somalia a que puedan penetrar en el mar territorial somalí

---

<sup>10</sup> Vid. Louis LE HARDY DE BEAULIEU, «La piraterie maritime à l'aube du XXIème siècle», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 115, 3, 2011, pp. 653-674; y Peter LEHR (ed.), *Violence at Sea: Piracy in the Age of Global Terrorism*, Routledge, Nueva York, 2007.

<sup>11</sup> En este sentido pueden leerse, *inter alia*, Carlos JIMÉNEZ PIERNAS, «Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalia: análisis desde el Derecho internacional», *ARI* 168/2008, Real Instituto Elcano; y Mario SILVA, «Somalia: State Failure, Piracy, and the Challenge to International Law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, 3, 2009-2010, pp. 553-578.

con el objeto de reprimir y perseguir dichas actividades piratas —advirtiendo en los párrafos 7 y 9 de la citada resolución 1816 que se cuenta con el consentimiento del gobierno de Somalia, que esa autorización no se extiende a las aguas territoriales de ningún otro Estado, y que tal permiso no constituye precedente jurídico alguno en Derecho internacional consuetudinario—<sup>12</sup>.

De este modo, diversos Estados poderosos iniciaron actividades de vigilancia marítima, algunos individualmente —como Rusia—, pero sobre todo a través de coaliciones internacionales —como la denominada Fuerzas Marítimas Combinadas, compuesta por 25 países bajo la dirección de Estados Unidos— o de operaciones de protección marítima desarrolladas por organizaciones regionales, tanto por la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) —las sucesivas operaciones Proveedor Aliado, Protector Aliado y Escudo del Océano— como por la Unión Europea —operación Atalanta—<sup>13</sup>. Evidentemente, resulta fundamental que todos estos esfuerzos internacionales se coordinen entre sí para garantizar que las actividades comerciales en el mar puedan realizarse con seguridad.

Llegados a este punto, ¿qué esfuerzos está realizando la comunidad internacional para combatir esa lacra? De modo general, hay que destacar, por un lado, a diversas organizaciones y entidades internacionales involucradas en esta cuestión, como la Organización Marítima Internacional, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito —particularmente mediante su Programa Contra la Piratería, con base en Nairobi (Kenia)— y la Cámara de Comercio Internacional —a través de su Oficina Marítima Internacional—, y, por otro lado, algunos Estados de las regiones afectadas han celebrado acuerdos de cooperación y establecido programas nacionales de investigación y adiestramiento.

También la Unión Europea (UE) decidió participar, y así estableció por vez primera una operación de fuerza naval en diciembre de 2008, apoyando de este modo las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre esta cuestión para proteger los barcos con cargamentos humanitarios dirigidos a Somalia de la Misión de la Unión Africana en So-

---

<sup>12</sup> Vid. José Manuel SOBRINO HEREDIA, «El uso de la fuerza en la prevención y persecución de la piratería marítima frente a las costas de Somalia», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 15, 2011, pp. 237-262; y Tullio TREVES, «Piracy, Law of the Sea and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia», *European Journal of International Law*, vol. 20, 2, 2009, pp. 399-414.

<sup>13</sup> Véase Robin GEISS y Anna PETRIG, *Piracy and Armed Robbery at Sea. The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 17 y ss.

malia (AMISOM) y del Programa Mundial de Alimentos, así como vigilar la pesca en ese litoral<sup>14</sup>. Años después, fue ampliado en 2012 el alcance del mandato de la citada operación de la UE a las zonas costeras de Somalia y sus aguas interiores para coordinar con su Gobierno los esfuerzos encaminados a disuadir, prevenir y reprimir los actos de piratería y el robo a mano armada, como se denomina a tales actividades cuando son cometidas en las aguas territoriales del Estado somalí<sup>15</sup>. El tamaño de dicha operación ha variado entre cuatro y siete buques, acompañados por dos o tres aeronaves de patrulla aérea.

Asimismo, la UE ha establecido la misión EUCAP Nestor desde julio de 2012 para fortalecer las capacidades marítimas en el Cuerno de África. De este modo, su mandato consiste en reforzar las funciones de guardacostas, apoyar el Estado de derecho y la judicatura y, en el caso particular de Somalia, ayudar a ese país a desarrollar una policía costera.

No obstante, decenas de buques y cientos de tripulantes han estado cautivos de los piratas somalíes. De ahí que los esfuerzos internacionales hayan continuado de diversas formas:

a) En enero de 2009 fue establecido el Grupo de Contacto sobre la Piratería frente a las costas de Somalia, creado en virtud de la resolución 1851 (2008) del Consejo de Seguridad, con el objeto de facilitar la coordinación de acciones entre Estados y organizaciones internacionales para suprimir dicha piratería. Se trata de un foro internacional que reúne a más de setenta países, organizaciones y conglomerados industriales con el interés compartido de acabar con la piratería en esa región y llevar ante la justicia a los piratas, sus colaboradores y financiadores.

b) También en enero de 2009 fue adoptado en Yibuti, bajo los auspicios de la Organización Marítima Internacional, el Código de Conducta relativo a la represión de la piratería y el robo a mano armada contra buques en el océano Índico occidental y el golfo de Adén.

c) El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, mediante su resolución 1851 (2008), de 16 de diciembre de 2008 (párrafo 6), decidió exten-

---

<sup>14</sup> Véase la Acción Común 2008/851/PESC del Consejo, de 10 de noviembre de 2008 (DO L 301, de 12 de noviembre de 2008, p. 33); y la Decisión 2008/918/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, artículo 2 (DO L 330, de 9 de diciembre de 2008, p. 19).

<sup>15</sup> En este sentido pueden leerse, *inter alia*, Esther SALAMANCA AGUADO, «La represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar frente a las costas de Somalia: la acción de la Unión Europea en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa», *Revista de Estudios Europeos* 55, 2010, pp. 57-86; y Carlos ESPALIÚ BERDUD, «La operación Atalanta de la Unión Europea en el marco de la lucha contra la piratería marítima», *Revista de las Cortes Generales* 79, 2010, pp. 103-159.

der la autorización otorgada a los Estados y las organizaciones regionales capacitadas que cooperan en la lucha contra la piratería y el robo a mano armada en el mar frente a las costas de Somalia para que pudieran adoptar «todas las medidas necesarias que sean apropiadas en Somalia», con el propósito de reprimir dichos actos en el mar, en respuesta a la solicitud del gobierno de Somalia, lo que implica que autorizaba concretamente a sus buques de guerra y aeronaves militares a entrar en caso necesario incluso en el territorio somalí.

Otra cuestión problemática supone cómo aplicar la ley penal más adecuada a los numerosos piratas que han sido capturados por las fuerzas navales de una veintena de Estados distintos. No parece muy conveniente transferirlos a los territorios de los Estados apresadores, por lo que en la práctica algunos de ellos han sido devueltos a la costa somalí y allí liberados, mientras otros han sido entregados a las autoridades del vecino Estado de Kenia, donde los procesamientos han tenido lugar bajo su propio Derecho nacional, con arreglo a los acuerdos celebrados por ese país con la Unión Europea, Estados Unidos y Reino Unido. En este sentido, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas venía a reconocer que el Convenio de 1988 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Convenio SUA) concedía un fundamento legal válido de jurisdicción a Kenia, pues su texto «dispone que las partes podrán tipificar delitos penales, establecer su jurisdicción y aceptar la entrega de personas responsables o sospechosas de haberse apoderado o haber ejercido control de un buque por la fuerza o mediante amenaza del uso de la fuerza o cualquier otra forma de intimidación» —resolución 1846 (2008), de 2 de diciembre de 2008, párrafo 15—, a diferencia del tenor literal más restrictivo del artículo 105 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Pero también Kenia se encuentra con dificultades prácticas para ser capaz de someter a enjuiciamiento a tantos acusados. Por ese motivo, la comunidad internacional ha prestado apoyo logístico creciente, ha reforzado la capacidad de respuesta de los Estados de la región (Kenia, Tanzania, Seychelles y Mauricio), y se ha pensado en articular un entramado judicial provisional apropiado —hasta que Somalia disponga de instituciones y recursos que le permitan cumplir con su deber de reprimir la piratería—, ya sea un tribunal especial somalí, un tribunal regional bajo los auspicios de Naciones Unidas y la Unión Africana, o la creación por el Consejo de Seguridad de un tribunal *ad hoc* para la persecución de crímenes de piratería en esa región.

#### 4. LA RESPUESTA ESPAÑOLA: EL EJEMPLO DEL BUQUE MILITAR PATIÑO

Para examinar cómo el Estado español se está enfrentando al renacido problema de la piratería en el océano Índico, vamos a centrar nuestra atención en el caso singular del ataque pirata a un barco militar español, su brillante y diligente reacción y el procedimiento judicial incoado en la Audiencia Nacional con ocasión del incidente, que ha dado lugar a su sentencia de octubre de 2013<sup>16</sup>: los hechos se remontan a enero de 2012, cuando varias personas desde un esquife intentaron abordar el buque militar español Patiño, probablemente porque lo confundieron con un barco mercante. Fueron descubiertos por el personal de guardia a bordo del barco español, abrieron fuego y fueron repelidos, ante lo cual abortaron ese intento y huyeron. Desde ese momento se activó un procedimiento de búsqueda, y se les localizó, tras lo cual fueron detenidos y trasladados a España. Tales personas se encontraban desde enero de 2012 en nuestro país en situación de prisión provisional, pues el fiscal les acusaba de sendos delitos de piratería —del artículo 616 ter del Código Penal español—, los tipos penales de tenencia y depósito de armas de guerra<sup>17</sup> y un delito de pertenencia a organización criminal<sup>18</sup>. Asimismo, el Ministerio Público solicitaba que los acusados indemnizaran conjunta y solidariamente a la Armada española por los daños causados al buque Patiño, en concepto de responsabilidad civil.

Fijémonos ahora en los hechos acaecidos, siquiera sea brevemente: el buque militar Patiño se encontraba en la mañana del 12 de enero de 2012 navegando a 47 millas de la costa de Somalia, formando parte del dispositivo Atalanta para dar cobertura a barcos mercantes. De hecho, acababa de escoltar un barco de ayuda humanitaria del Programa Mundial de Alimentos con destino a la capital somalí, Mogadiscio. Según la mencionada sentencia de la Audiencia Nacional de octubre de 2013 —que vamos a tomar como referencia de aquí en adelante—, el tribunal declara probado que los seis acusados fueron quienes intentaron abordar el buque Patiño, al colocar su barca a su costado de babor con una escala preparada, a primera hora de la mañana del 12 de enero de 2012. Pero fueron avistados en ese momento por el personal militar del barco, que dio la voz de alarma, decretándose entonces «zafarrancho de combate», por lo cual el buque aumentó su velo-

<sup>16</sup> Véase la sentencia de 30 de octubre de 2013 de la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cuyo ponente fue Fernando Grande-Marlaska Gómez.

<sup>17</sup> En virtud de los artículos 566.1.1ª, 567.1 y 2, y 570 de nuestro Código Penal.

<sup>18</sup> De conformidad con los artículos 570 bis 1, 2.b y 3 del Código Penal.

cidad de navegación e intentó separarse del esquiife. Ante esa maniobra, los ocupantes de la barquilla dispararon con fusiles AK-47 contra la estructura del buque Patiño, siendo respondidos desde el mismo.

Tras ese intercambio de disparos, los piratas abortaron el intento de abordaje, el esquiife se dio a la fuga y se activó la operación militar para su búsqueda, siendo avistado por un helicóptero español poco después. Cuando el Patiño se acercó al esquiife, los acusados arrojaron al mar escalas, lanzagranadas y fusiles, pretendiendo con ello desembarazarse de las pruebas de su conducta delictiva. Hicieron caso omiso a la primera orden de parada, razón por la que se procedió a disparar al aire, logrando así que el esquiife de los acusados finalmente se detuviera<sup>19</sup>. De inmediato, se arrestó a los tripulantes del esquiife, se asistió a los heridos (pues casi todos los ocupantes de la citada barca sufrieron lesiones por enfrentarse a los marineros del Patiño en su intento de abordaje) y se realizó el registro de la lancha, encontrándose entre otros efectos varios teléfonos móviles y tarjetas SIM, así como la vaina de un cartucho del calibre de la munición empleada por fusiles AK-47, que son considerados armas de guerra conforme al Reglamento de Armas vigente en el ordenamiento español —el cual prohíbe su adquisición, tenencia y uso por particulares—. Los acusados declararon que un séptimo ocupante del esquiife había resultado muerto en el intercambio de disparos inicial, y que su cuerpo había caído al mar.

Estas personas detenidas fueron enviadas a España para su procesamiento por los tribunales domésticos españoles. En concreto, el juez de instrucción de la Audiencia Nacional encargado de este caso ordenó su traslado a España para tomarles declaración, al imputarles la comisión de delitos de piratería en grado de tentativa, depósito de armas de guerra, daños a buque y atentado contra agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones; asimismo, dicho juez afirmaba la competencia de los tribunales españoles en este caso porque el asalto se realizó contra nacionales españoles y no existía tratado internacional vigente con un tercer Estado que pudiera servir para juzgarles fuera de territorio español (auto de 13 de enero de 2012). A este respecto, conviene recordar que la Unión Europea y Kenia ya habían acordado en 2009 que ese país enjuiciaría cualquier acto de piratería cometido en el océano Índico<sup>20</sup>, pero un alto tribunal keniat

---

<sup>19</sup> Al actuar de ese modo, la tripulación militar española del buque Patiño siguió el protocolo habitual para detener un buque en el mar, tal y como ha indicado por ejemplo el Tribunal Internacional de Derecho del Mar en su sentencia de 1 de julio de 1999 en el asunto del buque Saiga (n.º 2) (San Vicente y las Granadinas c. Guinea), parágrafo 156.

<sup>20</sup> Véase el *Canje de Notas entre la Unión Europea y Kenia sobre las condiciones y modalidades de entrega de personas sospechosas de haber cometido actos de piratería*

decidió en 2010 que su judicatura solo podría procesar a las personas capturadas en sus aguas territoriales; y si bien su Tribunal de Apelación revocó después esa decisión en octubre de 2012, el ataque al buque *Patiño* y la orden de la Audiencia Nacional de procesar a los culpables se produjeron en el intervalo de tiempo anterior a esta última decisión judicial keniana.

Por otro lado, es sabido que el principio de jurisdicción universal no requiere elemento o conexión nacional alguna con el Estado cuyos tribunales procesan a los responsables de un delito especialmente grave, que perjudica a la comunidad internacional en su conjunto, como el de piratería. De hecho, el artículo 23.4.c de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) recoge el principio de jurisdicción penal universal para el delito de piratería, atribuyendo la competencia a la jurisdicción española, y en concreto a la Audiencia Nacional, al tratarse de un delito cometido en el extranjero, según indica el artículo 65.1.e LOPJ<sup>21</sup>. Ahora bien, el Parlamento español ha limitado el alcance de nuestra jurisdicción *ex* artículo 23.4 LOPJ desde su reforma en 2009, en el sentido de que ahora se exige algún vínculo de conexión relevante con España —como que existan víctimas de nacionalidad española (principio de personalidad pasiva), situación que sí se produce en este caso—<sup>22</sup>. Pero también ahí se indica que tal restricción se realiza «sin

---

(DO L 79, de 25 de marzo de 2009, pp. 49-59). El Consejo de la UE autorizó ese acuerdo internacional y dispuso su aplicación provisional desde la fecha de su firma (Decisión 2009/293/PESC, de 26 de febrero de 2009). En cualquier caso, estamos ante un acuerdo que ha celebrado la Unión Europea sobre materias que no le han transferido sus Estados miembros, y cuya tramitación interna en España seguiría el cauce del artículo 94.1 de la Constitución española, como así expresó el Gobierno español, en el sentido de que la formalización de ese acuerdo por España requería la autorización previa de las Cortes, lo que hicieron el 18 de noviembre de 2009 tras remisión del citado acuerdo por el Consejo de Ministros.

<sup>21</sup> Vid. Ángel JUANES PECES, «Competencia de la Audiencia Nacional en los delitos de piratería», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* 799/2010, comentario.

<sup>22</sup> Véase la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE 266, de 4 de noviembre de 2009, pp. 92089-92102); José Elías ESTEVE MOLTÓ, «La aplicación por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de los nuevos límites a la jurisdicción universal: un paso hacia la impunidad», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII, 2, 2010, pp. 320-324; María Dolores BOLLO AROCENA, «La reforma del art. 23.4.º de la LOPJ: ¿el ocaso del principio de justicia universal?», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* 9, 2009, pp. 641-650; Jacobo RÍOS RODRÍGUEZ, «La restricción de la compétence universelle des juridictions nationales: les exemples belge et espagnol», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 114, 3, 2010, pp. 563-595; Antonio REMIRO BROTONS *et al.*, *Derecho Internacional: Curso General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 825-831; María Teresa COMELLAS AGUIRREZÁBAL, «La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009: ¿racionalización del principio o un paso atrás en la lucha contra la impunidad?», *Anuario Español de Derecho Internacional* 26, 2010, pp. 61-110; Bernardo J. FEJOO SÁNCHEZ, «El principio de justicia universal en el Derecho penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009: Comentario crítico al Auto del

perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España», como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, cuyo artículo 105 permite a todo Estado apresarse un barco pirata, detener a sus responsables e incautarse de los bienes a bordo si se hace «en zonas marinas no sujetas a jurisdicción estatal alguna»; asimismo, sus tribunales pueden decidir las penas que deban imponerse y las medidas a tomar.

Por consiguiente, tanto el personal militar del buque Patiño como la Audiencia Nacional tenían la legitimidad jurídica doméstica e internacional exigida para arrestar, enviar a España y enjuiciar a las personas sospechosas del mencionado asalto pirata intentado frente a las costas de Somalia. No obstante, también contaban con la opción de entregarlas a las autoridades competentes keniatas para su procesamiento por sus tribunales internos, confiando en que estas hubieran actuado según las normas internacionales sobre derechos humanos y con arreglo a las garantías establecidas en el citado Acuerdo entre la UE y Kenia.

En un procedimiento judicial penal como el de referencia, tiene una importancia decisiva cómo el tribunal valore las pruebas incriminatorias presentadas por la parte acusatoria, que aquí era el fiscal. A este respecto, la sentencia de la Audiencia Nacional dedica una gran parte de sus fundamentos jurídicos al análisis del resultado de los medios de prueba aportados, concretados sobre todo en las declaraciones de los acusados, los testimonios de los tripulantes del buque Patiño, inspecciones oculares, la prueba documental presentada —incluyendo reportajes fotográficos y videográficos exhibidos en el juicio oral—, imágenes de grabación relativa a los hechos, informes periciales de los terminales telefónicos hallados en el esquife y del resto de efectos incautados, así como de correspondencia genética, judicialmente acordados y con consentimiento de los acusados a presencia letrada, información esta compartida con las autoridades europeas y aportada conforme al Convenio de Asistencia Judicial Penal en el marco de la UE, de 29 de mayo de 2000.

En ese contexto, el tribunal decide resaltar algunos datos de interés relativos a los teléfonos móviles y las tarjetas SIM incautadas en el esquife:

---

Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de octubre de 2010 (caso Tibet) y al voto particular que formulan tres magistrados», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* 1, 2011, pp. 1 y ss.; FRANCISCO MARTÍNEZ RIVAS, «Notas de urgencia sobre el principio de justicia universal y la reforma del art. 23.4 de la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, 1, 2010, pp. 359-375; Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «La reforma del Principio de Justicia Universal», *Revista de Derecho Penal* 31, 2010, pp. 11-42.

tras su estudio, se deduce que solo han sido operados los días inmediatamente anteriores, que su usuario —líder de una conocida organización criminal de la zona— ha recibido diversas transferencias de dinero que sumaban 19.000 dólares, y que varias de las tarjetas SIM tenían almacenados números de teléfono completamente coincidentes con los encontrados en otras tarjetas SIM pertenecientes a teléfonos cuyos usuarios habían participado en distintos secuestros en la zona y habían sido apresados entre noviembre de 2011 y abril de 2012.

Durante el proceso de recolección de pruebas incriminatorias, se procedió a cotejar los perfiles de ADN de los acusados con las bases de Interpol y Europol, constatándose que el de uno de los acusados coincidía con un perfil genético anónimo recogido en la escena de un delito previo, el asalto y secuestro de un buque alemán y su tripulación, cometido en esa misma zona marítima entre abril y agosto de 2009. Otro indicio que destaca el tribunal es que, en el momento de su detención, ese mismo acusado solicitó poner su arresto en conocimiento de su padre en un número de teléfono básicamente coincidente con el número telefónico que había recibido varias llamadas desde el buque alemán indicado mientras había permanecido secuestrado en 2009, y que también aparecía implicado en los secuestros de otros buques en esas aguas.

Como ya indica la sentencia desde su fundamento jurídico 1.1, el tribunal decide acoger en lo sustancial —aunque no totalmente— la tesis de la parte acusatoria sobre el resultado de las pruebas de cargo. Llegados a este punto, la Sala estima fijarse en diversos aspectos determinantes, como la prueba indiciaria y la presunción de inocencia, remitiéndose para ello a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional. De este modo, la sentencia de octubre de 2013 recuerda cómo la presunción de inocencia implica que «toda condena debe ir precedida de actividad probatoria válida e incriminatoria impidiendo que se produzca la condena sin pruebas, en base a inferencias, sospechas o suposiciones que se aparten de las reglas de la lógica»<sup>23</sup>. Es decir, que el derecho fundamental a la presunción de inocencia tiene naturaleza reaccional, en el sentido de que no precisa de un comportamiento activo de su titular<sup>24</sup>, como han estipulado los instrumentos internacionales<sup>25</sup>, por lo

---

<sup>23</sup> Fundamento jurídico 1.2 de la sentencia de 30 de octubre de 2013 de la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

<sup>24</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) de 11 de julio de 1996.

<sup>25</sup> Así se han pronunciado, entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2), y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6.2).

que es la parte acusatoria quien corre con la carga de probar la culpabilidad del acusado<sup>26</sup>.

Por añadidura, solamente puede considerarse como prueba de cargo válida aquella obtenida sin violación de derechos o libertades fundamentales<sup>27</sup> y que se practique en el juicio oral o, si es prueba anticipada, en la fase de instrucción porque sea imposible su reproducción en el plenario, y garantizando el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción<sup>28</sup>. Las pruebas inculcatorias pueden ser indiciarias, indirectas o circunstanciales —pues no siempre es posible obtener pruebas directas—, y servir para lograr una convicción judicial de culpabilidad en un proceso penal, pero en estos casos el juez ha de proceder con cautela y mesura acentuada. Por consiguiente, la jurisprudencia española viene exigiendo ciertos requisitos a la prueba indiciaria para poder enervar la presunción de inocencia: la demostración suficiente en la causa de los hechos integrantes de los indicios mediante una prueba legítima y directa; la existencia de una pluralidad de indicios consistentes, con una conexión o afinidad significativa entre ellos, y que guarden una relación directa y material con la acción delictiva y el sujeto; y que el juez explique el razonamiento que le lleva a una conclusión de culpabilidad a partir de los indicios probados.

En el caso que nos ocupa, la Audiencia Nacional consideró, con certeza jurídica, que son plurales las fuentes de conocimiento sustentadoras del relato del intento de abordaje armado del buque *Patiño* por un esquife, ocupado precisamente por los acusados que portaban armas de guerra en estado plenamente operativo: las manifestaciones en el juicio oral de diversos militares miembros de la tripulación del *Patiño*, del personal del helicóptero militar que localizó el esquife, de la patrulla de abordaje y de los funcionarios policiales que ratificaron el informe pericial de los impactos de bala de armas de guerra en el *Patiño*, diversos informes periciales elaborados por militares —y ratificados en el juicio oral—, sobre comprobación de imágenes grabadas y de la vaina de cartucho incautada en el esquife, visionado en el juicio oral del vídeo grabado desde el *Patiño* antes de la detención del esquife, la no constancia de ningún otro esquife en esa zona, el lanzamiento a la mar de escalas, fusiles y lanzagranadas por los acusados —testificado y grabado—, las heridas de armas de fuego en varios de los

---

<sup>26</sup> Vid. en este sentido numerosas sentencias del Tribunal Constitucional (como las SSTC 31/1981, 107/1983, 17/1984, 138/1992 y 34/1996) y del Tribunal Supremo (verbi-gracia la STS 473/1996, de 20 de mayo).

<sup>27</sup> Artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>28</sup> Véanse en este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, 102/1994 y 34/1996.

acusados, y el reconocimiento por los propios acusados en el juicio oral de que eran los tripulantes del esquiife que se acercó al Patiño. Por todo ello, la Sala juzgadora determina la intervención de cada uno de los acusados en los hechos enjuiciados.

En definitiva, los jueces de la Audiencia llegan aquí a la conclusión de que en la planificación y desarrollo de los hechos intervino una organización dedicada de forma estable a la comisión de delitos de piratería, pues la incautación de los teléfonos y de las tarjetas SIM permite comprobar la existencia de mensajes con referencias a actos preparatorios y la recepción de fondos, que serían invertidos en pertrechar a la «célula de asalto» aquí enjuiciada. Según el tribunal, el conjunto de elementos de prueba, formalizados en el juicio oral —armas empleadas, datos de los teléfonos y tarjetas móviles, mensajes localizados en los terminales—, demuestra la presencia de una organización criminal estable para la comisión de actos de piratería en esa zona. No tiene lógica que los acusados, sin más medios que los que portaban, fueran capaces de implementar, de forma autónoma y espontánea, todo el operativo necesario en un secuestro.

La Audiencia Nacional se fija al final en los tres delitos concretos de los que se acusa a los procesados, piratería, pertenencia a organización criminal y tenencia y depósito de armas de guerra, precisando el grado de su responsabilidad criminal. Veámoslo:

1) En primer lugar, el tribunal ha considerado que los hechos declarados como probados son constitutivos de un *delito de piratería* en virtud del artículo 616 ter del Código Penal español, cuyo tenor literal dispone que quien «con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años». En este supuesto del ataque al buque Patiño, los jueces consideraron que su comisión fue en grado de tentativa, pues se inició el *iter* criminal pero este se vio afectado y no se materializó de modo íntegro<sup>29</sup>.

Seguidamente la Sala resalta que la tipificación penal de piratería como delito contra la comunidad internacional tiene como objeto intentar preservar la seguridad del tráfico marítimo y aéreo, bien jurídico supraindividual distinto de los bienes individuales tutelados en otros tipos penales. Tipi-

---

<sup>29</sup> Fundamento jurídico 3.1.1.1 de la citada sentencia de 30 de octubre de 2013 de la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

ficada la piratería en España desde 2010<sup>30</sup>, fue precisamente la carencia anterior de este tipo penal específico la que había obligado a la Audiencia Nacional, en el caso del secuestro del barco atunero Alakrana en octubre de 2009, a condenar a los piratas entonces detenidos por el delito de asociación ilícita —asimismo se les condenaría por detención ilegal, robo con violencia, y por delitos contra la integridad moral—<sup>31</sup>.

2) En segundo lugar, la Sala también ha estimado que los hechos declarados probados —tipo de armas que portaban los acusados, que exigen un uso profesionalizado; identificación del ADN de uno de los acusados; estudio de los teléfonos y tarjetas SIM intervenidas y de sus mensajes, que constatan la relación con personas implicadas en otros ataques de piratería y las transferencias de dinero inmediatamente anteriores al asalto del buque Patiño— son constitutivos de un *delito de pertenencia a organización criminal* (art. 570 bis del Código Penal), pues en este caso hay un conjunto de personas que, de modo estable, integran un entramado dedicado a actividades criminales con distribución de funciones y necesaria jerarquización. Ahora bien, que un acusado participe en un delito programado por una organización criminal no le convierte automáticamente en miembro

---

<sup>30</sup> El tipo penal de la piratería fue incorporado al Código Penal español vigente en una fecha bastante reciente, por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. De hecho, el Código Penal de 1995 no tipificó durante muchos años el delito de piratería, aunque sí lo había hecho el Código Penal anterior, de 1973, en su artículo 138. Véanse José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «La represión del crimen internacional de piratería; una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional», *ARI* 73/2009, Real Instituto Elcano; y Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA y Pilar TRINIDAD NÚÑEZ, «El asunto Alakrana y la inadecuación del Derecho español al Derecho internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXI, 2, 2009, p. 538, para quienes esa falta de tipificación de la piratería constituía un error imperdonable sin justificación. Es verdad que las normas internacionales, tanto convencionales (la Convención de Jamaica de 1982 o el Convenio SUA) como consuetudinarias, combaten la piratería como un delito universal, contra el Derecho de Gentes, frente al cual cabe la jurisdicción universal, y que el propio artículo 100 del Convenio de Jamaica impone a los Estados la obligación de cooperar en la represión de la piratería. Pero el artículo 105 de ese mismo instrumento convencional indica que los Estados *podrán apresar* los barcos piratas, pero no les impone la obligación de ejercer la jurisdicción, pues una correcta observancia del principio de legalidad exigiría la previa tipificación del delito de piratería en el ordenamiento penal del Estado que apresa y la atribución expresa de jurisdicción a sus tribunales nacionales. Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA y Pilar TRINIDAD NÚÑEZ, *loc. cit.*, p. 539.

<sup>31</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 3 de mayo de 2011, parcialmente casada y anulada en lo relativo a los delitos contra la integridad moral por la sentencia del Tribunal Supremo 1387/2011, de 12 de diciembre. Vid. José Manuel SOBRINO HEREDIA, «La piratería marítima: Un crimen internacional y un galimatías nacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 17, junio de 2009, en <[www.reei.org/index.php/revista/num17/agora/pirateria-maritima-crimen-internacional-galimatias-nacional](http://www.reei.org/index.php/revista/num17/agora/pirateria-maritima-crimen-internacional-galimatias-nacional)>; y Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA y Pilar TRINIDAD NÚÑEZ, *op. cit.*, pp. 533-540.

de la misma, pues para eso se requiere que el culpable pertenezca a ella con relación jerárquica y vocación de permanencia<sup>32</sup>. En este sentido, el tribunal considera que solo ha quedado probado que uno de los acusados formara parte de una organización dedicada a la obtención de beneficios económicos ilícitos del asalto y abordaje de buques navegantes del océano Índico, pero no consta que los demás acusados integraran esa misma organización.

3) En tercer y último lugar, la Audiencia Nacional determina que los hechos probados constituyen también un *delito de tenencia y depósito de armas de guerra*, tipificado en los artículos 566.1.1.<sup>a</sup>, 567.1 y 2, y 570 del Código Penal. A estos efectos, se considera depósito de armas de guerra la fabricación, comercialización o tenencia de cualquiera de dichas armas, como se producía en este caso, pues los acusados tenían distintos fusiles y dos lanzagranadas en estado de funcionamiento normal, que esgrimieron y emplearon en su intento de asalto al buque Patiño<sup>33</sup>. Ese tipo de armamento es considerado de guerra por el Reglamento español de Armas<sup>34</sup>. Aunque las mismas no pudieron ser incautadas ni peritadas porque los acusados se habían desembarazado de ellas lanzándolas al mar, la Sala sentenciadora se apoya en una sentencia previa del Tribunal Supremo sobre droga para indicar que, aunque las armas/sustancia estupefaciente no hayan podido ser decomisadas, el razonamiento deductivo de los jueces puede ser plenamente convincente si se apoya en pruebas sólidas: en este caso, la conclusión judicial de que se trataba de armas de guerra se ha basado en la certeza de que la vaina incautada en el esquiife pertenecía a armamento de guerra —con documento gráfico y visionado de vídeo al respecto—, y en los informes periciales antes citados, con sus explicaciones durante el juicio oral<sup>35</sup>.

En resumen, la Audiencia Nacional decidió que todos los acusados son autores de los delitos de piratería —este en grado de tentativa— y de tenencia y depósito de armas de guerra, pero que solo uno de ellos —el

---

<sup>32</sup> Fundamento jurídico 3.1.2 de la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013, que hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo 207/2012, de 12 de marzo.

<sup>33</sup> Fundamento jurídico 3.1.3 de la susodicha sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013.

<sup>34</sup> Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, artículo 6.1 (BOE 55, de 5 de marzo de 1993, pp. 7016-7051).

<sup>35</sup> Fundamento jurídico 3.1.3 *in fine* de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013 en el caso del Patiño, que alude a la sentencia del Tribunal Supremo 679/2013, de 25 de julio, fundamento jurídico 9.º.

que refiere un número de teléfono que se relaciona con otros actos de piratería y al que la prueba de ADN sitúa su perfil genético en otro de los buques asaltados— puede ser condenado por el delito de integración en organización criminal, pues los hechos probados y los elementos incriminatorios existentes no permiten concluir que los demás cinco acusados formaran parte de organización criminal alguna, y por ello son absueltos de ese delito. Esto significa que a todos se les impuso penas de ocho años de cárcel por delitos de piratería y tenencia y depósito de armas de guerra, y a uno de ellos se le elevó la condena a 12 años y medio por pertenencia a organización criminal. Asimismo, y en concepto de responsabilidad civil, se condenó a los procesados a indemnizar a la Armada española por los daños sufridos como consecuencia de los impactos de bala registrados en el buque *Patiño*.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Ciertamente se ha producido en tiempos recientes un descenso significativo de los ataques de la piratería en el océano Índico occidental gracias a los esfuerzos militares internacionales, pero, en todo caso, Somalia y los demás Estados ribereños se encuentran obligados a fortalecer sus estructuras estatales para lograr una gobernanza eficiente. En concreto, es muy importante que desarrollen las capacidades necesarias de guardia marítima en orden a poder prevenir y perseguir cualesquiera actividades ilegales.

La piratería ha sido perseguida desde tiempos remotos como un crimen grave, sujeto a jurisdicción universal, y caracterizada como un delito que merece persecución judicial nacional e internacional de modo sistemático e incansable. Por fortuna, los esfuerzos continuados de los Estados y de la comunidad internacional se están concertando y coordinando de modo apropiado, y el avance imparable de los medios tecnológicos de detección facilita sobremanera las labores emprendidas de vigilancia y control. De este modo, puede garantizarse en buena medida la seguridad de las vías marítimas y la libre y segura navegación por el mar. La globalización de las comunicaciones, del transporte y de la libertad de comercio requiere un orden legal, justo y resguardado de flagrantes conductas delictivas como la piratería.

En el caso concreto del ataque pirata sufrido por el buque militar *Patiño* nos hemos encontrado con el primer procedimiento penal de la judicatura española que ha sido culminado con sentencia condenatoria por delito

de piratería<sup>36</sup>, tipo penal introducido por una reforma del Código Penal en 2010<sup>37</sup>. No obstante, en cuanto a la sentencia de la Audiencia Nacional, debe indicarse que resulta reiterativa en ocasiones, su estructura carece de nitidez y su redacción es mejorable, por lo que el lector se ve abocado a la confusión en diversos apartados. Conviene recordar aquí que las decisiones judiciales han de tener la claridad y precisión necesarias para preservar la seguridad jurídica exigible en un Estado de derecho.

---

<sup>36</sup> Sentencia de 30 de octubre de 2013 de la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

<sup>37</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.



## ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL TESTAMENTO MILITAR

Agustín Romero Pareja  
*Brigada ESB Infantería*  
*Doctor en Derecho*

### SUMARIO

Introducción. A) Derecho romano. I) El *testamentum militis*. II) Régimen del testamento militar Romano. B) Derecho visigodo, el Fuero Juzgo, las Partidas. C) Siglos XVIII y XIX .I) Evolución legal. II) Codificación.

### INTRODUCCIÓN

Nuestro Código Civil regula entre los testamentos especiales aquellos que han sido otorgados en tiempo de guerra. En base a ello, nuestra curiosidad y el afán investigador han estimulado la incursión en esta forma de disponer en última voluntad, que no por ser poco conocida y eventual deja de aportar sentido y seguridad jurídica al Estado de derecho. Así, sumergidos e inmersos en el tema, tras la apropiada confrontación documental y teórica, consideramos de interés comentar las vicisitudes y peculiaridades históricas de esta institución jurídica; partiendo del *Testamentum Militis* romano, hasta llegar a su mayoría de edad en el siglo XIX. Fiel reflejo, en suma, de lo que hoy es para nuestro centenario Código Civil el llamado «testamento militar». Adjetivación esta que en ocasiones mantenemos, por seguir el hilo conceptual de los principales autores y del propio Código, pero que en ocasiones denominaremos «testamento en tiempo de guerra»,

al ser esta circunstancia su especialidad y el fundamento de dichos otorgamientos.

## A) DERECHO ROMANO

### I) El *testamentum militis*<sup>1</sup>

El *testamentum* era la forma mediante la cual el ciudadano romano nombraba un *heres* o sucesor *mortis causa*<sup>2</sup>. En cuanto a las formas de testamento, en la época romana antigua existieron dos formas públicas de testamento: el *testamentum in calitis comitiis* y el *testamentum in procinctu*. El primero constituyó la forma común de testar en tiempo de paz, el

<sup>1</sup> «El *testamentum militis*, contemplado en el proceso evolutivo del Derecho, sirve para poner de relieve que las normas reguladoras de la sucesión de los militares fueron los jalones que, a modo de avanzadilla, marcaron la transformación del Derecho sucesorio; y así, disposiciones establecidas con carácter excepcional para los militares se convirtieron, con el transcurso del tiempo, en normas del Derecho común. De ordinario se considera que el *testamentum militis* no pasó de ser una clase de testamento aligerada de determinados requisitos formales; mas lo cierto es que, detrás de esa estricta y modesta denominación, lo que propiamente existe es un verdadero sistema hereditario militar romano, constituido, de un lado, por la derogación de una serie de principios del Derecho común; y de otro, por la admisión de instituciones desconocidas por este, al menos en la época en que fueron introducidas. Este régimen sucesorio no parece que constituya, en contra de lo que frecuentemente se ha sostenido, un puro beneficio, un privilegio dispensado a la clase de los militares, sin más razones que el deseo de favorecimiento; ni tampoco parece que obedezca, tan solo, a las circunstancias peculiares de la vida militar en campaña. Otras causas de más profundo carácter histórico, político y jurídico explican y justifican el establecimiento de este conjunto de normas sucesorias, constitutivas de un Derecho especial (*ius proprium*) y singular (*ius singulare*), conceptos estos que, con el de privilegio, también suscitan interesantes problemas para la investigación». HERNÁNDEZ-GIL, *El testamento militar (en torno a un sistema hereditario militar romano)*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946, introducción.

<sup>2</sup> Para FUENTESECA (*Derecho Privado Romano*, E. Sánchez A. Gráficas S. L., Madrid, 1978, p. 461), el *testamentum* tiene caracteres específicos que lo distinguen de los demás actos jurídicos:

a) Es un acto estrictamente personal. No cabe realizarlo mediante intermediario, si bien se admite la intervención de otras personas en la redacción escrita del mismo;

b) Es un acto unilateral; la voluntad del testador no necesita ser completada por otra;

c) Es un típico acto *mortis causa*, en el sentido de que sus efectos jurídicos se realizan necesariamente *post mortem testatoris*. Antes de este momento el testamento no produce ningún efecto;

d) El testamento es un acto esencialmente revocable y puede ser anulado o cambiado por el testador en cualquier momento;

e) Es un acto formal. Solamente se puede hacer testamento conforme a determinadas formalidades y requisitos.

segundo era la forma de otorgamiento en tiempo de guerra. En esta situación bastaba al testador con declarar su última voluntad ante testigos. Esta forma es la primera manifestación histórica del testamento en tiempo de guerra, sustituida en la época romana clásica por el *testamentum militis*. No obstante, pese a la opinión de algunos tratadistas, como Mucius Scaévol, Manresa y O'Callaghan, que ven el origen del *testamentum militis* en el testamento *in procinctu*, la doctrina dominante entiende que no puede considerarse el testamento *in procinctu* como antecedente del testamento militar<sup>3</sup>, sino que se trata de dos formas testamentarias que tuvieron un mero paralelismo externo.

A nuestro parecer, el hecho de que tanto el testamento *in procinctu* como el *militis* estén determinados por la guerra y sea en estas circunstancias cuando se faculte el otorgamiento de ambos tipos de testamento, son coincidencias que por sí solas no pueden llevarnos a apreciar identidad o continuidad entre dichas instituciones<sup>4</sup>. En nombre de este criterio solo podría sostenerse un parecido externo; pero en el orden histórico no se

---

<sup>3</sup> «O sea, que de esta forma el *testamentum in procinctu* sería un acto menos solemne que el testamento militar de la época clásica, pero se exagera; estimamos que el *testamentum in procinctu*, más que una excepción con respecto del *in calatis comitiis*, viene a ser como una sustitución de este determinada por circunstancias anormales, aunque tampoco debe formarse con ambos una sola institución testamentaria. Un aspecto también discutido es el de que si el *testamentum in procinctu* perdía su validez en el caso de que el testador no pereciese en la batalla, y si, aun muriendo en ella, precisaba de la confirmación de los comicios para su total eficacia». PEÑAS VÁZQUEZ, *Del testamento militar*, Talleres Ceres, Valladolid, 1975, pp. 34-35.

<sup>4</sup> Siguiendo a HERNÁNDEZ-GIL (**op. cit.**, pp. 23 y ss.), el *testamentum militis* no parece tener punto alguno de contacto con el *testamentum in procinctu*, a saber:

1.º Si el testamento *in procinctu* fuese antecedente del *testamentum militis*, no se explicaría la primitiva concesión de Julio César, que libera a sus soldados de las formalidades testamentarias;

2.º La conexión funcional es ínfima entre ambos modos de testar: Mientras el testamento *in procinctu* es propio de los ciudadanos romanos, que en la época a que se contrae eran los únicos que integran el ejército de Roma, el *testamentum militis* (surgido cuando los elementos provinciales engrosaban las filas del ejército, formando una milicia mercenaria que ya no se identificaba con el pueblo romano; pues los integrantes de las *Legiones romanas* procedían de países lejanos cuyo sistema sucesorio contrastaba o se oponía al romano) es propio de militares y extranjeros;

3.º Por lo que respecta al potencial jurídico, muchas de las normas relativas al *testamentum militis* tienen el carácter de un derecho nuevo; casi todas entrañan una derogación del Derecho común, con el cual coexisten en pugna de principios. El germen de modernidad que en él se encierra y la imperiosa necesidad a que responde le imprimen tan fuerte consistencia que no solo ha de influir decisivamente en la evolución posterior del sistema hereditario romano, sino que, aparte de perdurar hoy como un instituto específico, se identifica en muchos principios con el sistema hereditario actual. Frente a esta vitalidad del *testamentum militis*, el testamento *in procinctu* nace y se extingue en un periodo relativamente breve y primitivo de la historia de Roma, sin existir ya en el Derecho clásico; y, como para probar

produce una supervivencia de uno en otro, y en el campo jurídico ambos tipos de testamento surgen en la más completa autonomía<sup>5</sup>.

mejor su carácter circunstancial y limitado, desaparece por desuso: notas de este son la romanidad y la temporalidad; notas de aquel, la universalidad y la atemporalidad;

4.º En cuanto a la forma, el testamento *in procinctu* reviste una sola forma: la oral; el *testamentum militis* presenta dos formas: una oral y otra escrita, pero con notable predominio de la escrita sobre la oral; lo que marca una nueva diferencia entre ambos modos de testar;

5.º Fijándonos en los requisitos para la validez de una y otra forma de testar, si cabe hablar de novedad en el *testamentum in procinctu* cuando se sule, a efectos de prueba y verificación pública, la intervención de los Comicios por la del Ejército, la única novedad que se advierte en él es la relativa al acto, al lugar y al modo de otorgamiento; y aun por lo que a esto se refiere no llega a perder totalmente su carácter de negocio jurídico formal. En cambio, en el *testamentum militis*, la forma casi no existe; basta con la posibilidad de reconocer la manifestación de una voluntad seria y consciente. Y, además, sus notas distintivas con relación al testamento común se extienden a la *testamentifacio* activa y pasiva (capacidad para otorgar testamento y para suceder) y al contenido de la institución, traspasando incluso, como se verá, los límites de la sucesión testamentaria; por lo que bien puede decirse que bajo el nombre de testamento militar lo que se contiene es todo un sistema hereditario.

<sup>5</sup> FÉRNÁNDEZ-VICTORIO Y CAMPS (*El testamento militar y su proceso histórico*, Huecograbado Arte S. A., Bilbao, 1957, pp. 24-26) comparte esta opinión sobre la diferencia entre el testamento militar y el *in procinctu*: «Vamos a entrar en otra materia muy interesante, sobre todo para los estudiantes, porque cuando ante los propios juristas, en la mayoría de los casos, claro es, se habla del testamento militar, se confunde este con el testamento *in procinctu*. Y nosotros podemos afirmar terminantemente, después de un estudio creemos que profundo —quizás nos hayamos equivocado— que hemos hecho sobre la materia, que el testamento *in procinctu* no tiene en absoluto nada que ver con el testamento militar. El testamento *in procinctu* es una fase y el testamento militar es otra, de un proceso evolutivo, y entre ambos existe una barrera, un valladar que es el Derecho común, con los tres testamentos que hemos hablado, el *per aes et libram*, el *quiritario* y el *tripartito*. Vamos a señalar las diferencias que hay entre ambos testamentos. Testamento *in procinctu*: el testamento *in procinctu* es una excepción o una sustitución del Derecho común por causas excepcionales; necesita un testigo de calidad que es primeramente el Comicio Calado y luego fue el Ejército preparado y armado para la batalla. Era necesaria la confirmación por los Comicios de los primitivos testamentos *in procinctu*. En cuanto a la adveración de estos testamentos no se ha determinado el número de los que habían de intervenir; Plutarco dice: “será oído y entendido por muchos, pero en el orden de la prueba es suficiente con que algunos lo atestigüen”. Zocco-Rosa sostiene que debía otorgarse ante una Compañía, si bien en el orden de la prueba es bastante con el testimonio de unos cuantos. Tampoco se ha fijado aún doctrinalmente si eran testamentos que solo valían para el momento del combate y que luego quedaban derogados. Gayo habla de él como una institución remota y Cicerón como una institución que en su tiempo se hubiera derogado totalmente. Conceptualmente todavía los rasgos diferenciales se acusan con mayor relieve: el testamento *in procinctu* está hecho para los ciudadanos romanos y solo se aplica el Derecho común, porque no se conocía otro entonces. Es una desviación de la norma, pero sin apartarse nunca de los principios generales informadores del sistema. Es un testamento que nace, se desarrolla y muere en un tiempo relativamente corto, y no llega a alcanzar la cima del Derecho clásico. Es un testamento eminente y esencialmente oral, y no tiene otra novedad que la que se refiere al acto y al modo del otorgamiento, no perdiendo nunca su carácter de negocio público solemne. Menéndez Pidal, en *La España del Cid*, cita el testamento del conde Gonzalo Salvadórez

En cuanto a la evolución del testamento en tiempo de guerra, Julio César<sup>6</sup> —con concesiones temporales—, y posteriormente Tito, Domiciano, Nerva y Trajano<sup>7</sup> —estos dos últimos con una disposición definitiva—, concedieron a los soldados la facultad de expresar de cualquier forma y en cualquier momento la voluntad testamentaria. Así, Trajano empieza reconociendo para los soldados en guerra una situación de hecho, en atención a la cual resuelve «que fueran válidas sus disposiciones cualquiera que fuera la forma de sus testamentos»<sup>8</sup>. En efecto, se presentaban frecuentemente testamentos otorgados por militares cuya validez, de ser sometidos a las normas del Derecho común, podría discutirse o negarse<sup>9</sup>. Mas, aunque no se sometían a las reglas generales del Derecho Ci-

---

otorgado el 5 de septiembre del año 1082 con motivo de la expedición a Rueda de Jalón, donde su alcaide, Abufalá, se había sublevado contra Mutamín de Zaragoza, aliado del Cid, y comienza el testamento diciendo: “*Ego commes Gundisalvus possitus in procinctu cum Domine meus contra mauros*”, y aunque el término *in procinctu* pudiera conducir a error pareciendo que en esta época todavía se usaba esta clase de testamentos, la frase es tan solo una degeneración o un énfasis, porque el testamento está perfectamente acomodado al Derecho existente y no tiene nada que ver con el desusado *in procinctu*. En cambio, si nos fijamos en el testamento militar propiamente dicho, podemos fijar en él las particularidades siguientes: libertad, ya hemos visto que Julio César se la concede, y universalidad, el *miles* romano ya es mercenario, ya no es un testamento para los romanos, es un testamento para los militares y para los extranjeros. Es un derecho nuevo que coexiste con la norma y aun la deroga; es un derecho aparte, y moderno, que perdura todavía en todas las instituciones de los Códigos en lo que se refiere a sucesión testamentaria; su forma es esencialmente escrita (Servio Tulio lo dice terminantemente y Trajano tiene que dictar un mandato a Stilio Severo para decir que se admiten también los testamentos orales dentro del testamento militar). Es un testamento con contenido, delación de herencia y “*testamentifatio*” activa y pasiva, es decir, más que una sucesión testamentaria, es un sistema hereditario. No coexiste con el *in procinctu* y no tiene que ver con él, más que lo que pueda tener con otra clase de testamentos».

<sup>6</sup> «Fue Julio César el primero que concedió a sus tropas libertad de acción para declarar sus últimas voluntades, librándolas de los estrechos requisitos del *testamentum paganorum*» (PEÑAS, *op. cit.*, p. 34).

<sup>7</sup> «Aunque hay algún autor que sostiene que este testamento fue un privilegio concedido por Trajano a los *milites* (soldados) por la victoria contra los partos, existen testimonios de su existencia en tiempos de Julio César. Al reclutarse la tropa entre la plebe campesina, inculta y ruda, se les permite disponer de su peculio castrense *post mortem* (para después de su muerte) en cualquier tiempo y forma, sin que se apliquen las máximas romanas “*semel heres, semper heres*”, “*nemo pro parte*” y otras» BALLESTER GINER, *Derecho de sucesiones, aspecto civil y fiscal*, EDERSA, Madrid, 1988, p. 44.

<sup>8</sup> El emperador quiere eludir las dificultades en honor de sus *optimos fidelissimosque commilitones* («fiel a mis constantes sentimientos para con mis excelentes y leales compañeros de armas»). Esto, unido a la *simplicitas eorum* (la sencillez de los militares), constituye el fundamento que se alegaba en pro del testamento militar.

<sup>9</sup> Las controversias y dudas surgían de manera continuada y sistemática, desde el momento en que la imperfección de los testamentos militares obedecía a un conjunto de circunstancias, algunas objetivas, que se daban de ordinario en todos los casos: otorgamientos orales de última voluntad efectuados por posteriores fallecidos o desaparecidos

vil<sup>10</sup>, no son eficaces los testamentos sin los mínimos requisitos legales; pues la facilidad formal concedida para disponer conforme al testamento militar no es plena ni absoluta<sup>11</sup>. Esto es; el testador no está fuera del Derecho, libre de toda norma<sup>12</sup>, sino que se somete a un Derecho distinto, más benigno, acomodado a otras situaciones e intereses<sup>13</sup>. Al respecto, Iglesias opina que «esta amplia libertad para testar es otorgada a los soldados de mar y tierra, y por el tiempo que va desde el enrolamiento hasta la salida de filas [...] El propio trato privilegiado se dispensa a los civiles

---

en combate; disposiciones *mortis causa* de supervivientes a las acciones bélicas como dementes irreversibles, etc.

<sup>10</sup> Para GARCÍA GARRIDO (*Derecho Privado Romano*, Dykinson, Madrid, 5.<sup>a</sup> ed., 1991, p. 816), la formación de un régimen testamentario particular a favor de los militares representa no solo la derogación de las formas requeridas por el Derecho civil, sino también innovaciones fundamentales que motivan la prevalencia de la voluntad del testador sobre sus palabras.

<sup>11</sup> No obstante, la discrecionalidad para testar se percibe con desmesura en el mandato del emperador Trajano: «*Faciant igitur testamenta quomodo volent, faciant quomodo poterint*» (Hagan sus testamentos como quieran y como puedan). En otros fragmentos del *Digesto* encontramos recogida la misma idea; así, el jurista Paulo dice: «*Respondi militibus, quoquo modo velint, et quo modo possunt, testamentum facere concessum esse*» (Respondí que está permitido a los militares testar como quieran y como puedan, D.29.I.40). Al militar, pues, le está permitido otorgar testamento, no ya dentro de lo que sus posibilidades, determinadas por circunstancias personales, le permitieran (*poterint*), sino en la medida de sus deseos (*volent*).

<sup>12</sup> Si, por una parte, el testador no tiene que someterse, por ejemplo, a las exigencias de la regla («*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest*»), por otra, en cambio, se declara la nulidad de las instituciones captatorias; si, de un lado, el *miles* puede instituir heredero en un codicilo, de otro, son nulas las declaraciones de voluntad no serias o de mera palabrería, etc.

<sup>13</sup> «Justiniano en el tiempo que media entre la terminación de la Instituta y el comienzo de las Novelas, deroga muchos de estos principios, según dice, por ser atentatorios a Constituciones anteriores como las de Constantino y Antonino el Piadoso, señalando que tales concesiones tuvieron su causa principal (*propter nimiam imperitiam, propter ignorantiam*) y por la *eorum simplicitas* de los *miles*. En las instituciones [...] se ordena expresamente que el testamento del militar solo es válido hasta un año después de salir el militar del ejército, o en el acto si fuera por causa ignominiosa, o también en el acto pero referida tan solo al peculio castrense, si la *capitis diminutio* fuera por un delito militar. También se limita al tiempo de campaña la facultad de testar del *miles*, confirmando constituciones anteriores. Los *lecti tirones* o personas que siguen al ejército no tienen derecho a hacer testamento militar más que cuando ingresen como tales números de ese ejército, y si no, es inválido el testamento. Los voluntarios, solo en el momento de la batalla, y si no muriesen en ella, es nulo el testamento; y son nulos también los legados a título de pena; [...] los que nombren tutores a personas que no están sometidas a su patria potestad; los que deshereden en lo que se refiere al peculio castrense; los testamentos hechos a favor de personas inciertas; los testamentos que tengan cláusulas imposibles, inciertas o ilícitas. Y, por último, prohíbe al militar intervenir a favor de alguien que haya testado de palabra (y lo condenaría por falsedad si tal hiciera), teniendo testamento escrito formalmente» (FERNÁNDEZ-VICTORIO Y CAMPS, *op. cit.*, p. 17).

que siguen al ejército y mueren en territorio enemigo»<sup>14</sup>. Y esta interpretación es de interés para nuestro estudio, pues deja entrever que estamos ante el otorgamiento de un testamento al que se reduce de formalidades no porque el otorgante sea militar, sino porque está bajo los acontecimientos de la guerra.

Por otra parte, el testamento militar romano podía revestir dos formas: una oral y otra escrita. La forma escrita era la más frecuente<sup>15</sup>. A la forma oral de testamento militar se refiere el *Digesto* diciendo que puede otorgarse «*quod et sine scriptura*» (sin ser escrito)<sup>16</sup>. Pero en la época de Justiniano el testador gozaba de esta facultad de otorgamiento solo mientras se halla-

---

<sup>14</sup> IGLESIAS, *Derecho Romano, historia e instituciones*, Ariel, Barcelona, 11.ª ed., 1994, p. 562.

<sup>15</sup> Vale como testamento, si consta su voluntad en ese sentido, lo anotado por el testador en la vaina o en el escudo con su sangre o lo escrito sobre la tierra con la espada. En este sentido, Paulo responde que por aplicación del principio «*quomodo poterint, quomodo volent*», es válido el testamento que el militar dicta y se redacta en el lenguaje de signos, aunque el testador muera antes de resolverlos. Lo único necesario es que se demuestre con legítimas pruebas que así se hizo y que esa era su voluntad. La prueba no ha de ser necesariamente testifical; es válida cualquier otra (D.29.I.40).

<sup>16</sup> El emperador Trajano contestó por rescripto a Estalio Severo en los siguientes términos: «El privilegio concedido a los militares de que valgan sus testamentos, los hagan como los hagan, ha de entenderse en el sentido de que debe constar, ante todo, que se ha hecho un testamento, que puede hacerse sin escritura incluso por los que no son militares. Así, pues, si el militar acerca de cuyos bienes hay planteada cuestión ante ti, habiendo reunido a varias personas como testigos, manifiestase quién quería que fuese su heredero y a quién quería manumitir, puede estimarse que de este modo hizo testamento, sin haberlo escrito, y ha de tenerse por válida su voluntad. Pero si, como algunos suelen decir en estas declaraciones, dijo a uno: “te hago mi heredero” o “te dejo mis bienes”, no hay que respetar esto como testamento. A nadie interesa más que no se admita tal precedente que a quienes se concede el privilegio del testamento militar; porque en otro caso, no sería difícil, después de la muerte de un militar, que hubiera testigos que afirmasen haberle oído decir que dejaba sus bienes a quienes quisieran, y de este modo se alterarían las verdaderas voluntades» (D.29.I.24). Sobre el fragmento 24 del *Digesto* conviene hacer un comentario. Trajano, dirigiéndose a Statilio Severo, aclara su anterior mandato del fragmento 1 en el sentido de que también puede hacerse testamento militar sin necesidad de la forma escrita, al igual que sucede en el testamento ordinario. Seguidamente expone cuándo se produce un testamento *nuncupativo* (oral y espontáneo), y cita el caso del militar que expresa oralmente su última voluntad, habiendo convocado varias personas como testigos (*convocatis ad hoc hominibus*). Estima, en cambio, dicho emperador, que no se perfecciona un testamento militar válido si alguien en el curso de una conversación ordinaria dijo a otro que le instituía heredero; y ello en beneficio de los propios militares, pues de lo contrario sería fácil que a su muerte se suplantara su voluntad. En este sentido, la expresión «*convocatis hominibus*» indica que el soldado, para testar oralmente, debía reunir a su alrededor algunas personas y solicitar de las mismas que prestasen atención a su otorgamiento. Es, pues, necesario comunicar a los testigos (al menos dos) que se va a realizar un negocio jurídico que han de atestiguar luego. Estos deben saber que actúan como tales testigos, de lo contrario no sería válido el testamento; ya que se iría, entre otras, contra la prohibición expresa de testar oralmente durante una conversación. Por lo demás, en esta forma de testar no es preciso que los testigos reúnan las condiciones

se ocupado en alguna expedición o campaña de guerra (*in expeditione*)<sup>17</sup>; los testamentos que se otorgasen fuera de campaña (*extra expeditionem*), forzoso era adaptarlos a las formas del Derecho común. Dentro de las personas implicadas en la guerra, el Derecho distingue a su vez entre los que declaran su última voluntad ante el peligro inminente del combate y aquellos que lo hacen en campaña, pero lejos del campo de batalla. Así, las constituciones imperiales romanas reglamentaron dos formas o supuestos en los que se podía otorgar testamento militar: 1) estando en campaña, pero alejado de los peligros de la batalla; y 2) en campaña y frente al enemigo o inmerso en acción de guerra<sup>18</sup>.

## II) Régimen del testamento militar romano

El instituto del *testamentum militis* es aplicable a todos los militares, tanto de mar como de tierra, y también, como vimos, a los que, no siendo militares, siguen al Ejército o permanecen en territorio hostil. Esto marca la transformación de la institución, que comienza siendo un privilegio militar y se convierte en una forma especial de testamento, ya que la exigencia de que el testador se encontrase en campaña justifica, como en las legislaciones modernas, que se suavicen los requisitos formales. Pues bien, la institución del *testamentum militis*, que nace con estos fundamentos, se dilata por la interpretación jurisprudencial hasta convertirse en un régimen testamentario aparte. Así, partiendo del principio fijado en las concesiones imperiales, por el cual basta la simple *voluntas testatoris* para atribuir eficacia al acto dispositivo, la jurisprudencia romana admite que la voluntad del otorgante pueda moverse en una esfera más amplia que la permitida por el Derecho común.

En efecto, gradualmente van introduciéndose en el testamento militar algunas desviaciones del régimen común, pero nunca se llega a la anár-

---

exigidas por el Derecho común; pueden serlo las mujeres. No es tampoco necesario que concorra el número legal de estos ni se requiere la *unitas actus* (unidad de acto).

<sup>17</sup> Justiniano incluye una innovación al no reconocer el testamento militar más que si es otorgado por quienes están en campaña, «*qui in expeditionibus sunt occupati*».

<sup>18</sup> En el primero de dichos supuestos se permitía al militar testar de forma oral ante dos testigos (en los que no es preciso que concurren los requisitos de idoneidad vigentes para el Derecho común), no por vía de solemnidad, sino de prueba, bastando con lo indispensable para acreditar la existencia de una declaración de voluntad; en el segundo caso se podía otorgar testamento del modo que se quisiere o pudiese, de palabra o por escrito, y aun escribiéndolo el soldado con su sangre en su escudo o armas o en la tierra o arena con su espada.

quica consecuencia de que la *voluntas* en tiempo de guerra pueda anular totalmente las disposiciones del ordenamiento jurídico romano, ya que permanecen algunos principios del Derecho común como inderogables para el testamento militar. Consecuentes con esta interpretación, los juristas romanos mantenían que no podía suponerse eficaz el otorgamiento efectuado en tiempo de guerra *sine observatione legum* (sin cumplir la ley). No obstante, sí se dispensa a dicho otorgamiento de algunos de los principios de la antigua concepción de la *hereditas*. El testamento militar es, en tal sentido, el campo en el que surgen preceptos e instituciones que, contrarios al régimen del *ius civile*, dan una nueva orientación al sistema hereditario romano; hasta el punto de que algunos principios que se hacen generales para el testamento común derivan precisamente del testamento militar. Pero la justificación del testamento militar romano debe encontrarse en otro punto: el amplio alcance práctico que este privilegio logra en la jurisprudencia es un buen indicador de la decadencia de los principios sucesorios tradicionales. Realmente no es explicable que la jurisprudencia de la época hubiera procedido con unos criterios interpretativos tan amplios, a no ser que hubieran sido aplicados para acabar con los principios obsoletos que, bajo un análisis histórico-sociológico, estaban sobrepasados por el espíritu de los nuevos tiempos.

Como consecuencia de esta singladura, el testamento militar romano conserva algunos principios sucesorios del régimen común y deroga otros. En esta selectiva discriminación la jurisprudencia no procede al azar, sino que sigue una concreta orientación: las innovaciones concedidas al *testamentum militis* se corresponden con los usos y valores renovados; las exclusiones, con las ideas que ya no tenían eco en la sociedad de la época. Todo ello bajo el prominente designio de hacer cada vez más libre la *voluntas testatoris*<sup>19</sup>. Por último, la proyección del testamento militar romano lleva a que algunas de sus peculiaridades acaben siendo aplicadas a los testamentos comunes<sup>20</sup>, pasando, como tendremos oca-

<sup>19</sup> Esta consideración de la voluntad del disponente y de su plena autonomía es llevada, en ocasiones, hasta sus últimas consecuencias, provocando, por ejemplo, la anulación de la legítima.

<sup>20</sup> Con todo, para ALBADALEJO (*Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo IX, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1983, p. 118) la especialidad del *testamentum militis* y su importancia histórica están más en su fondo que en su forma y, aun así, algunas de sus especialidades no han trascendido a los regímenes actuales: como la de permitir su revocación sin ninguna formalidad, bastando que la voluntad revocatoria sea reconocible; o la posibilidad de que el testamento militar revocado, incluso rasgado y cancelado, pueda adquirir de nuevo validez. Otras, en cambio, pasaron más tarde al Derecho común: como la vigencia de la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*; la institución *ex certa re*; la validez de la institución sujeta a condición resolutoria; la desheredación tácita;

sión de comprobar, por el Derecho visigodo, el Fuero Juzgo, las Partidas y un receso práctico y legislativo que lo lleva a florecer de nuevo en el siglo XVIII, culminando su regulación con la publicación del Código Civil. Así, muchas de las singularidades del *testamentum militis* son hoy norma general del derecho hereditario común; quedándose dicho testamento especial solamente con algunas peculiaridades que lo hacen plenamente justificable.

En conclusión, el *testamentum militis* era una forma especial de testamento justificada por la libre voluntad del testador y por encontrarse este en tiempo de guerra, por lo que se reducen los requisitos para su otorgamiento, lo que constituye a esta institución, históricamente, como uno de los factores que provoca la caída de los principios tradicionales del Derecho sucesorio romano; pero sin que ello implique desviaciones sustanciales del régimen común, sino únicamente la inaplicación de los principios anticuados o no esenciales y manteniendo siempre unas formalidades mínimas que garantizan la seguridad del acto (voluntad efectiva, cabal y seria, testigos o pruebas del acto de otorgamiento, etc.)<sup>21</sup>.

## B) DERECHO VISIGODO, EL FUERO JUZGO, LAS PARTIDAS

Respecto a la regulación legal de las sucesiones, el Derecho visigodo se nos aparece como la confluencia de dos sistemas sucesorios, el romano y el germánico<sup>22</sup>, cuya conjunción nos lleva a encontrar en sus instituciones soluciones intermedias. En consecuencia, en el Derecho sucesorio visigodo existieron dos clases de testamentos: los comunes y los especiales<sup>23</sup>. Los testamentos especiales tenían tres modalidades: el testamento ológrafo, el oral y el otorgado por el militar o el viajero. Esta última clase de testamento (al que podríamos denominar testamento militar visigodo, en paralelismo con el *testamentum militis* romano) es facilitada a quienes estando en viaje o en guerra deciden disponer en última voluntad. Su otorgamiento es ante testigos, y posteriormente, el juez o el obispo, examina-

---

la no invalidación del testamento por el advenimiento de un hijo póstumo; la pluralidad de testamentos, y la designación del heredero directo en codicilo.

<sup>21</sup> «sí debe constar ante todo que se ha hecho testamento» (D.29.I.24).

<sup>22</sup> El desconocimiento del testamento, debido al carácter familiar que tenía la propiedad en este sistema, excluye el estudio del testamento militar en el Derecho germánico.

<sup>23</sup> Como reglas generales se exigen catorce años (diez en caso de enfermedad) para testar, sin distinción de sexo. La capacidad para otorgar testamento podía perderse por cometer determinados delitos. El testamento común debía ser escrito, con la firma del testador y los testigos.

da la fidelidad de aquellos, pondrá por escrito el testamento, adquiriendo entonces plena validez<sup>24</sup>.

En conclusión, el Derecho visigodo faculta a los otorgantes implicados en la guerra una forma de testamento despojada de toda suerte de formalidades; bastando, en su caso, la simple expresión oral de la disposición.

Por su parte, el Fuero Juzgo<sup>25</sup> reproduce en su libro II, título V, ley 12 la regulación del *Liber Iudiciorum*, pero confirmando el sentido racional y limitado que las instituciones justinianas dieron al testamento militar<sup>26</sup>; ya que la posibilidad de testar de palabra se circunscribe a encontrarse el testador en combate o *hueste*<sup>27</sup>. Las Partidas de Alfonso X el Sabio también recogen la doctrina de Justiniano en lo que toca al testamento militar<sup>28</sup>, el cual es calificado por el código alfonsino de privilegio, aunque este deba entenderse en sentido lato; concedido en razón de las circunstancias bélicas en que se desenvuelven quienes disponen en última voluntad<sup>29</sup>. Como

---

<sup>24</sup> A tal efecto, en el *Liber Iudiciorum* encontramos una modalidad de testamento alejada de todo formalismo, pues es suficiente la expresión de la voluntad del testador que perece en guerra, «*in expeditione publica moriens*» (ley 13, título V, libro II del *Liber Iudiciorum*). Para estos casos se dispone que se consigne por escrito la voluntad del testador; si así no se hiciera, se expresará de palabra ante testigos, los cuales, mereciendo fe del juez o del obispo, deberían prestar juramento acerca de la última voluntad del testador. Estas manifestaciones debían ser escritas y rubricadas por la autoridad judicial o religiosa y confirmadas, finalmente, por el rey.

<sup>25</sup> El Fuero Juzgo no es más que una versión romance del *Liber Iudiciorum* redactada en la Baja Edad Media y vigente en la época que tratamos como fuero municipal.

<sup>26</sup> En resumen, la recepción en el territorio peninsular del Derecho de Justiniano caracteriza a partir del siglo XIII un nuevo periodo en la historia jurídica española; por consiguiente, el sistema jurídico a que dio origen, el hispano-romano-justiniano, acogió la institución que estudiamos según la concepción elaborada por dicho emperador.

<sup>27</sup> «Vamos ahora a fijarnos por unos breves momentos en el Fuero Juzgo. [...] Y en la ley IX del título I, del libro X, tenemos ya lo que ha de entenderse como *hueste*: «*por ende establecemos que deste día adelante cuando los enemigos se levantasen contra nuestro reyno, si quier sea Obispo, si quier clérigo, si quier Conde, si quier Duc, si quier ricombre, si quier infanzon, o cualquier ome que sea en la comarca de los enemigos, acuda al llamamiento*». No contiene cláusulas interesantes el Fuero Viejo de Castilla. El Fuero Real de España, de la Villa de Aguilar de Campoó, del año 1255, extensivo luego a otras villas, habla de las mandas por «*buenas testimonias ante siete testigos, y no es necesario notario y valen todo el tiempo que quisiera el testador*» (FERNÁNDEZ-VICTORIO Y CAMPS, *op. cit.*, pp. 18-19).

<sup>28</sup> «Copiaron la legislación romana en la (Partida) VI y casi anularon los “Fueros Municipales, Fuero Viejo y Fuero Real”, de la época de la Reconquista, admitiendo toda clase de testamentos, incluso el militar, y considerando este testamento militar, como un privilegio (privillejo), otorgado a los caballeros “por les facer con honra”» (PEÑAS, *op. cit.*, p. 40).

<sup>29</sup> En efecto, dicen las Partidas, exaltando a los profesionales de las armas, que «*defensores son uno de los tres estados, porque Dios quiso que se mantuviese el mundo*», y que «*los que han de defender a todos son dichos defensores. E por ende los omes que tal obra han de fazer, touieron por bien los Antiguos, que fuessen muchos escogidos. E esto fue, porque en defender yazen tres cosas: esfuerzo, e honra, e poderío*» (prólogo al título XXI,

fundamento de la existencia de esta forma extraordinaria de testar, las Partidas no aluden a la falta de habilidad o a la escasa pericia de los soldados, esgrimida como justificación en el sistema jurídico romano, sino que fundamentaban la existencia de esta institución en el peligro al que se someten los defensores del Reino<sup>30</sup>.

En este sentido, la legislación alfonsina es la que más coherentemente ha regulado el testamento militar y la que mejor delimita los motivos que justificaron su permanencia en el Derecho. Así, si algún caballero quería testar en tiempo de paz, debía hacerlo conforme al Derecho Común; mas si se hallaba ante el peligro de la batalla o el combate, podía disponer su última voluntad de la manera que le sea posible<sup>31</sup>; siempre que se pruebe debidamente por medio de dos testigos<sup>32</sup>.

---

Partida II). De aquí que tales defensores, entre los cuales señala la ley 24, título XXI, Partida II a los caballeros que estuvieren en hueste o «fueren en mandería del Rey [...] puedan fazer testamento, ó manda, en la guisa que ellos quissieren».

<sup>30</sup> Concretando, las Partidas regulan el testamento militar refiriéndose a él como una facultad concedida a quienes se encuentran ante un peligro surgido durante la prestación de un servicio al rey o por defender la tierra en que viven. Para las Partidas no es, pues, la consideración personal del caballero o militar lo que determina la posibilidad de recurrir a esta modalidad de testamento; sino que su concesión se justifica en atención al peligro que puede sorprender al testador en campaña.

<sup>31</sup> Como dice el propio texto «E si por aventura, seyendo en la fazienda, veyéndose en peligro de muerte, quisiesse aquella sazón fazer su testamento: dezimos que lo puede fazer, como pudiere, é como quisiere, por palabra, ó por escrito. E aun con su sangre misma, escriuiendolo en su escudo, ó en alguna de sus armas, ó señalandolo por letras en tierra, ó en arena. Ca en qualquier destas maneras que lo el faga, e pueda ser prouado por dos omes buenos que se acertassen, y vale tal testamento. E esto fué otorgado por preuillejo á los caalleros, por les fazer honra, é mejoría, más que á otros omes, por el grande peligro á que se meten, en seruicio de Dios, e del Rey e de la tierra en que bien» (Partida 6, título I, ley 4). Claramente se aprecia en el texto que acabamos de transcribir la influencia del Derecho romano en este modo excepcional de testar; baste recordar una Constitución del emperador Constantino en la que se autorizaba con las mismas expresiones la fórmula del testamento militar: «*Proinde, sicut iuris rationibus licuit ac semper licebit, siquid in vagina aut clypeo literis sanguine suo rutilantibus adnotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio sub ipso tempore, quo in proelio vitae sortem derelinquunt, huiusmodi voluntatem stabilem esse oportet*» (C.6,21,15) («Por tanto, así como por razones de derecho ha sido lícito, y siempre lo será, que anotaran [los nombres de sus herederos] en su vaina o escudo, con letras resplandecientes de su sangre, o los escribieran en la arena con la espada en el mismo momento en que se entendiese que abandonaban la esperanza de seguir con vida en la lucha; del mismo modo conviene que conste una voluntad firme»).

<sup>32</sup> Las Partidas regulan el testamento militar con una ponderación y equilibrio que no se encuentra en otros ordenamientos jurídicos. No puede ser otorgado en todo momento por los militares; los soldados que no se encuentren en campaña se han de someter a las prescripciones del Derecho común y otorgar testamento con los requisitos ordinarios. Pero en guerra desaparecen todas las trabas y formalidades: el que quiera otorgar testamento en tal circunstancia sólo debe hacer declaración de su voluntad ante dos testigos, y en caso de peligro inminente de muerte «lo puede fazer como pudiere é como quisiere», sin más

Después de las Partidas no encontramos hasta el siglo XVIII preceptos que hagan mención al testamento en tiempo de guerra, si bien al no derogarlo de un modo expreso ninguno de los cuerpos legales que durante ese periodo fueron promulgados, debe entenderse que, en principio, al menos de Derecho, subsistió la vigencia de sus normas<sup>33</sup>.

## C) SIGLOS XVIII Y XIX

### I) Evolución legal

En el siglo XVIII sí experimenta el testamento en tiempo de guerra vicisitudes dignas de ser recogidas. En tal sentido, la Real Cédula de 28 de abril de 1739 ordenó que el testamento otorgado por los militares sin ninguna solemnidad perdiera su validez si aquellos sobrevivían a la campaña con ocasión de la cual testaron<sup>34</sup>. Pero a los tres años, en vista de los

---

exigencia, en último término, que la constatación del *animus testandi* por los testigos o por otro medio de prueba.

<sup>33</sup> PEÑAS (*op. cit.*, p. 41) nos hace una semblanza de las leyes más significativas de la época: «El Ordenamiento hecho en las Cortes de Alcalá y conocido por el de este nombre en el reinado de Alfonso XI, quien ordenó su cumplimiento en 28 de febrero de 1348, por no oponerse a la Ley única de su título XIX, que señala tres formas testamentarias, a la especial, desenvuelta en las Partidas y que tuvo aplicación para los “caualleros”, tanto más cuando su vigencia nace de este cuerpo legal. La Pragmática de 7 de marzo de 1505, dada por la reina doña Juana de Castilla en cumplimiento de los acuerdos tomados en las Cortes de Toledo, y por la cual se publicaron las ochenta y tres leyes que fueron compuestas durante la vida de aquellas, en las reunidas en Toledo el año de 1502, no afectaron a las solemnidades exigidas en el testamento de los “defensores”, ya que el número de los testigos que previene, para tener por válida las diferentes formas a que se remite la ley tercera, en nada hace a la especial que nos ocupa; antes por el contrario, el propósito de esta colección de preceptos venía a establecer una coexistencia en las contradicciones vigentes en el Ordenamiento, Partidas y Fuero Juzgo. La Pragmática de Felipe II, dada en Madrid el año 1562, al autorizar una forma tan excepcional de testamento ordinario, como el que se otorgara ante siete testigos, vecinos o no del lugar, aunque en él residiera escribano o notario, y la inserción de tal precepto entre los varios que componen el título IV del libro V de la Nueva Recopilación, publicada por Felipe II en 14 de marzo de 1567, dejó sin contenido, ni apenas valor, la singularísima dada a los militares».

<sup>34</sup> «Por eso se explica que el testamento que regularon “las siete Partidas” cayera tan en desuso y fuese tan olvidado, que por Real Cédula de 28 de abril de 1739 se ordenó que el testamento otorgado sin ninguna solemnidad, por los militares, no valiese si no fallecían en la campaña en que lo formalizasen. Con lo cual acaba de limitarse la libertad, hasta dicha fecha reducida, más por el escaso empleo que se le diera, que por precepto que lo constriñese. El precepto era manifiestamente injusto, pues observadas las formalidades del común, creado por Felipe II, el hecho de otorgarse en campaña le atribuía una limitación que no tenía su homólogo. Los militares, según esto, no poseían otra excepción que la de hallarse facultados para expresar su última voluntad en los casos de peligro o inminencia

perjuicios que producía la práctica de lo dispuesto en ella y de los inconvenientes que provocaba su observancia tanto al servicio castrense como a la profesión y honor militar, esta Real Cédula se anuló por Decreto de 9 de junio de 1742, que dispuso que los militares usasen del privilegio concedido antiguamente al tiempo de hacer sus testamentos en cualquier lugar y momento<sup>35</sup>. Lo cual fue confirmado por el rey Fernando VI, que «más bien informado después por el Consejo de Guerra [...] había resuelto que se observase la costumbre antigua en cuanto a que los militares usasen de sus privilegios y fuero al tiempo de hacer testamentos, no solo estando en campaña, sino en otra cualquiera parte siempre que gozasen sueldo, y que se recogiese y anulase enteramente la citada ordenanza de 28 de abril de 1739» (Real Decreto de 25 de marzo de 1752)<sup>36</sup>.

Haciendo balance de las normas comentadas, es conveniente destacar que el testamento en tiempo de guerra se sostenía con una doble extensión respecto a los requisitos personales y temporales: ya no eran solo los militares quienes tenían dicha facultad, sino todos los individuos de la administración militar; ya no era solo en campaña cuando podían testar en

---

de muerte, previsto en la Ley de Partidas, pero con una validez condicionada a la muerte en campaña. No es extraño que se expusiera al rey Felipe V tal situación por cuanto este, tres años después, dicta un Decreto, fechado en Aranjuez el 9 de julio de 1742, dando normas para atribuir a la Jurisdicción de Guerra el conocimiento de las testamentarias y abintestatos de los militares, y, con ella, surge de nuevo un atributo de entre los varios que integraban su clase» (PEÑAS, *op. cit.*, p. 42).

<sup>35</sup> También dispuso dicho Decreto que de los inventarios de los militares conociesen los auditores de guerra donde los hubiese, a falta de estos los jefes de los regimientos, y en defecto de unos y otros la Justicia ordinaria comisionada por la militar, entendiéndose esto solo respecto de los bienes que el militar tuviere en el paraje de su fallecimiento (como el equipaje y muebles que hubiere usado para el servicio o lucimiento de su persona, etc.); pero en los bienes patrimoniales o adquiridos que disfrutase fuera del paraje de su fallecimiento y en los mayorazgos y posesiones que tuviere, facultaba dicho Decreto para que conociese privativamente la Justicia ordinaria, tanto de los autos de inventario como de la partición y abintestato.

<sup>36</sup> Por no perder el orden cronológico conviene comentar el título 6.º del tratado 6.º de las Ordenanzas de la Armada de 1748; el artículo 1.º del mismo preceptúa: «Todo aquel que gozare fuero de marina le gozará también en punto de testamentos con los mismos privilegios que sobre esta materia están declarados a todos los militares». Para el artículo 2.º: «Cualquiera de los expresados podrá en el conflicto de un combate testar como quisiere o pudiere, por escrito, sin testigos..., o de palabra ante dos testigos». Dispone el artículo 3.º «Será igualmente válido el testamento hecho de cualquiera de estos modos en la preparación del combate [...]; y generalmente en todo peligro próximo de función de guerra, naufragio [por primera vez se equipara expresamente el naufragio al peligro próximo de guerra] u otro cualquiera eminente riesgo en que el testador se hallare; bastando en estos casos que manifieste seriamente su voluntad ante dos testigos». Sin embargo, aclara el artículo 5.º que «no estando en campaña deberá otorgar el testamento ante el escribano de marina [...], con las solemnidades acostumbradas».

forma militar, sino en todo momento y ocasión. Por otra parte, se podía otorgar testamento de palabra ante dos testigos, o por escrito, escribiendo y firmando el testador su última voluntad; con ello la ley le dispensa de las demás solemnidades. No obstante, el testador era el primer interesado en que su manifestación de voluntad quedara reflejada en términos claros y precisos que no dieran lugar a duda de ninguna clase, pues era el modo de que pudiera ser cumplida su disposición. Por mor de estos principios, las Ordenanzas Militares de 1768<sup>37</sup> recogen los puntos principales que deben tenerse presentes al tiempo de testar<sup>38</sup>.

Por su parte, comienza el siglo XIX con la publicación de la Novísima Recopilación de 1805, en la que el testamento en tiempo de guerra está exento de toda clase de solemnidades, pues la ley no le exige otra cosa sino que conste la cabal voluntad del otorgante. Bajo esta consideración, si fuese nuncupativo, es preciso que haya sido confiada la voluntad del testador a dos testigos, y si se ha redactado por escrito, se habrá de comprobar que el mismo testador lo ha firmado; además, pueden testar militarmente todos los que gozan el fuero militar, no solo en tiempo de guerra, sino también en época de paz.

Visto esto, merece comentario especial la ley 8.<sup>a</sup> del título XVIII de la Novísima. Dicha ley establece una forma ológrafa de testamento en razón de las personas: «tendrá fuerza de testamento la disposición que hiciere

---

<sup>37</sup> Artículo 18 del tratado VIII, título XI de las Ordenanzas de 1768: «Al tiempo de hacer el testamento, se advertirá al militar que le otorga que declare su nombre, filiación, estado, deudores y acreedores, bienes muebles y raíces, sueldos devengados, y ropa con espresión de los herederos, albaceas y cuanto convenga que se esplice, para evitar pleitos, especificando por su nombre los hijos legítimos ó naturales, y la patria, y residencia de todos, con lo demás que le ocurra, para lo que á su posteridad pueda ofrecerse».

<sup>38</sup> Creemos pertinente dejar constancia de que en el desenvolvimiento histórico de la organización y régimen internos del Ejército español constituyen un hito relevante las famosas Ordenanzas promulgadas por Carlos III el 22 de octubre de 1768. Estas *Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de los Ejércitos Nacionales* se ocupan «De las materias de justicia» en su tratado VIII, y el título XI de este versa acerca «De los testamentos». En concreto, lo que se refiere propiamente a las formalidades del testamento militar está contenido en los artículos 1 al 8 de los referidos título y tratado. Por otra parte, en cuanto a competencia, se atribuye a la jurisdicción de Guerra el conocimiento de todo lo relativo a las sucesiones causadas por militares, hasta el punto de que si interviene la jurisdicción ordinaria lo hace «comisionada» por la militar, mientras que, en contraposición a este desorbitado criterio y como límite a su desmesurada jurisdicción, a los tribunales ordinarios corresponde conocer de las «herencias que se dejasen a los militares por personas extrañas de esta jurisdicción militar, o les perteneciesen por testamento o abintestato», según ya había ordenado cuatro años atrás el rey Carlos III; sustrayéndose también a la jurisdicción castrense, en virtud del artículo 5 de las Ordenanzas, las sucesiones de los bienes de mayorazgo propiedad de militares, cuyo conocimiento es atribuido a «los tribunales que determinen las leyes del reino».

todo militar escrita de su letra en cualquier papel que la haya ejecutado; y a la que así se hallare se dará entera fe y exacto cumplimiento»<sup>39</sup>. Esta ley 8.<sup>a</sup> pone la nota excepcional de esta forma de testar en dos peculiaridades: la primera es el hecho de que a toda persona que goce del fuero militar se la exime de hacer su disposición de última voluntad en papel sellado<sup>40</sup>; la segunda característica de esta forma de testar consiste en que se permite a los militares otorgar testamento sin necesidad de que intervengan testigos, siendo esta la gran diferencia con respecto a otras formas de testar<sup>41</sup>.

Vemos aquí, una vez más, cómo el testamento otorgado en tiempo de guerra es punta horadora de unas normas o principios que empiezan siendo derogados para estos otorgamientos y acaban siendo suprimidos en los testamentos comunes; y una vez extinguida dicha formalidad a todo tipo de testamento, deja de ser una especialidad de aquellos. Así, con el tiempo, el papel sellado dejará de ser necesario para los testamentos ológrafos comunes, como ya lo era para los militares.

Siguiendo con nuestro estudio cronológico llegamos a la Real Orden de la Reina Gobernadora de 17 de enero de 1835, en la que, como resolución de ciertos casos dudosos ocurridos en algunos hospitales castrenses, donde se estimaban vigentes los reglamentos especiales, se dispone con carácter de norma general que «es árbitro el testador, no solo en campaña, guarnición, cuartel o marcha, sino también en donde quiera que se halle y cualquiera que sea el estado de su edad, de su salud, con peligro o sin él, de preferir el modo de manifestar su voluntad en la forma civil o en la militar, sin sujeción a los reglamentos locales, por no deber mediar

---

<sup>39</sup> Artículo 4 del tratado 8, título XI de las Ordenanzas de 1768, recogido en la Ley 8.<sup>a</sup> del título XVIII, libro X de la Novísima Recopilación, que es la Real Cédula de 24 de octubre de 1778.

<sup>40</sup> El uso de papel sellado fue establecido como obligatorio por Real Orden de Felipe II del año 1566. En las leyes I y II del título 24, libro X de la Novísima Recopilación, se regula la materia relativa al papel sellado y a su uso en las escrituras, autos e instrumentos públicos. Sin embargo, a pesar de que a los que gozan de fuero de guerra se les exonera del uso del papel sellado, el escrito ordinario en el cual hagan sus disposiciones testamentarias debe aparecer fechado; pues si bien en todo testamento escrito este requisito aparece suplido por el uso del referido papel oficial, no así en esta forma ológrafa de testar, en la cual la fecha habrá de señalarse expresamente del puño y letra del testador, como parte de los elementos esenciales para la validez del mismo. Ello por ser la fecha un elemento indispensable por la doble función que la misma cumple en las disposiciones de última voluntad, a saber:

- En primer lugar, la fecha determina la posible capacidad o incapacidad del testador en el momento de disponer de sus bienes;

- En segundo lugar, con carácter revocatorio, la fecha determina si existe algún testamento anterior o posterior; pasando a ser válido solo el último otorgado.

<sup>41</sup> Los testigos eran requeridos para cualquier forma de testamento por las leyes 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del título XVIII, libro XII de la Novísima Recopilación.

exigencia en el modo de testar y, por consiguiente, sin que deba ni pueda intervenir[...] persona si no es llamada por el testador al paraje donde se encuentre».

Con tal disposición alcanzó el testamento en tiempo de guerra una exorbitante amplitud, llegando a convertirse en norma privilegiada referida a unas personas como tales, por razón de su profesión; sin tener en cuenta consideraciones más objetivas y justificadoras, como las del lugar y el tiempo de otorgamiento. Por lo demás, la enorme libertad concedida a los militares para otorgar testamento en la primera mitad del siglo XIX no es eliminada por el Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868, entendiéndose que tal disposición no derogaba el testamento en tiempo de guerra<sup>42</sup>.

De estos precedentes legales se infiere que no son las circunstancias extraordinarias de la guerra ni el peligro del combate los motivos que mueven al legislador a autorizar estos otorgamientos con plena libertad; es solo la condición personal, el carácter que imprime la profesión castrense, lo que faculta para ello.

En conclusión, el testamento en tiempo de guerra, como privilegio personal, aparece y desaparece a lo largo de las distintas etapas históricas, según las apreciaciones sociales y los valores de cada época; y a la inversa, como facultad concedida a quienes se encuentren en determinadas

---

<sup>42</sup> Ello se infiere de las circulares de 26 de septiembre y 22 de noviembre de 1873, que al referirse a los militares hospitalizados ordenaban que cerca de aquellos cuyo estado de gravedad así lo demandase fuera comisionado un oficial para que les ayudara a expresar su voluntad última, siendo esta interpretada y consignada cual corresponde, «toda vez que este procedimiento no se opone al derecho que desde muy antiguo tienen los militares de testar sin las formalidades de las leyes comunes, aun fuera de los casos de hallarse en campaña, y, por tanto, el Decreto de abolición de fueros no deroga lo establecido; solo se contrae a la jurisdicción que es competente para intervenir en las testamentarias, pero no a la forma constitutiva y esencial de los testamentos militares». Sobre estas y otras leyes recordemos las palabras pronunciadas por FERNÁNDEZ-VICTORIO en su conferencia de la Universidad de Deusto (*op. cit.*, pp. 21-22): «Para no cansaros más pasaré por alto el Decreto Unificación de Fueros, de 2 de noviembre de 1869, donde en su artículo primero se echa por tierra toda la jurisdicción militar y todas las exentas; el Código Militar de 1890 y la Ley de Jurisdicciones de 23 de marzo de 1906, por virtud de la cual se amplía la jurisdicción militar en virtud de unos tristes sucesos ocurridos en la ciudad de Barcelona, donde un periódico semanario (creo que era entonces “el Cucut”) se metió en un artículo vejatorio con los militares y consecuentemente se asaltó la redacción del periódico y se produjo por el Gobierno una ampliación de la jurisdicción militar para conocer de los delitos de injuria contra las autoridades castrenses y los que vistieran un uniforme militar. No obstante, quiero señalar como dato curioso, dentro de esta fobia liberal a los Fueros Militares, la existencia en esta etapa de dos Resoluciones dictadas el 30 de mayo de 1877 y el 25 de octubre de 1884, por la Dirección General de los Registros y del Notariado, declarando inscribibles los testamentos hechos por los militares con arreglo a su Fuero propio».

circunstancias excepcionales, se establece en algunos periodos históricos más igualitarios.

## II) Codificación

Tales eran, a la publicación del Código Civil, los antecedentes legales del testamento en tiempo de guerra que, con arreglo a la base 15 de la Ley de 11 de mayo de 1888<sup>43</sup>, es sancionado y regulado en dicho cuerpo legal. A tal efecto, el Código Civil de 1889 sigue casi literalmente al Proyecto de 1851<sup>44</sup>, del que puede decirse que solo se diferencia al admitir el testamento cerrado<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> «El tratado de las sucesiones se ajustará en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión general de codificación reunida en pleno, con asistencia de los señores Vocales correspondientes y de los señores Senadores y Diputados, adoptó [...] y se mantendrá en su esencia la legislación vigente sobre testamentos [...] sus diferentes clases de [...] militar [...]» (Base 15 de la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, autorizando al Gobierno para publicar un Código Civil).

<sup>44</sup> Con respecto al Anteproyecto de C.C. de 1882, el Código definitivo solo varía por incluir el vigente artículo 717 y por añadir el párrafo tercero al artículo 720.

<sup>45</sup> *Derecho histórico comparado*: Un estudio sobre el testamento militar español no puede prescindir del examen de los Códigos que pudieron influir en el nuestro o reflejan las ideas dominantes en la época:

- -El *Código francés* de 1804, y su gemelo el *belga*, disponían lo siguiente:

«Artículo 981. Los testamentos de militares y de los empleados en el Ejército podrán, en cualquier país en que se hallen, otorgarse ante el jefe de un batallón o escuadrón o ante otro oficial de grado superior, en presencia de dos testigos, o ante dos comisarios de guerra o uno solo, asistido de dos testigos.

Artículo 982. Podrán también otorgarse si el testador estuviese enfermo o herido, ante el facultativo jefe, asistido del comandante encargado del hospital.

Artículo 983. Las disposiciones de los dos artículos anteriores no producirán efecto más que a favor de los que estén en expedición militar, en cuartel o en guarnición fuera del territorio francés (o belga), o prisionero del enemigo; sin que favorezcan a los que estén en cuartel o guarnición en el interior, a no ser que se hallen en una plaza sitiada, ciudadela u otro sitio cuyas puertas estén cerradas, e interrumpidas las comunicaciones con motivo de la guerra.

Artículo 984. El testamento hecho en la forma expresada será nulo seis meses después de que el testador haya vuelto a sitio donde pueda emplear las formas ordinarias».

- -El *Código italiano* de 1865 rezaba:

«Artículo 799. El testamento de los militares y personas que se hallen en el Ejército podrá otorgarse ante un comandante o cualquier otro oficial de grado igual o superior, o ante un intendente militar o comisario de guerra en presencia de dos testigos [...], el testamento se hará por escrito [...] El testamento de los militares que pertenezcan a cuerpos o puestos destacados del Ejército podrá también otorgarse ante el capitán o cualquier otro oficial subalterno que tenga mando.

Artículo 800. Si el testador estuviese enfermo o herido, podrá también recibirse el testamento por el oficial de sanidad de servicio; en presencia de dos testigos, en la forma establecida en el artículo anterior.

Artículo 801. Los testamentos de que se trata en los artículos anteriores deben remitirse lo más pronto posible al cuartel general, y por este al Ministerio de la Guerra, que ordenará el depósito en la Secretaría del Juzgado de Paz del pueblo en que esté domiciliado o haya tenido su última residencia el testador.

Artículo 802. Solamente podrán testar en la forma establecida por los artículos 799 y 800 los que estén en expedición militar por causa de guerra, bien en país extranjero o en el interior del Reino, prisioneros del enemigo, en plaza o fortaleza sitiada o en otros lugares en que estén interceptadas las comunicaciones.

Artículo 803. El testamento hecho en la forma indicada será nulo tres meses después de la vuelta del testador a un lugar en que pueda hacer otro en las formas ordinarias».

• -Por su parte, este era el tenor del *Código portugués* a finales del siglo XIX:

«Artículo 1944. Testamento militar es el que pueden hacer los militares o los empleados civiles del Ejército en campaña, fuera del Reino y aun dentro de este, estando en plaza sitiada o residiendo en lugar cuyas comunicaciones estén cortadas, si donde se encuentra no hubiera notario.

Artículo 1945. El militar o el empleado civil del Ejército que quisiera hacer testamento, declarará su última voluntad en presencia de tres testigos idóneos y del auditor de la división respectiva o, a falta de este, de algún oficial sustituto. El auditor o el oficial sustituto recibirán la disposición testamentaria:

1.º Si el testador se hallase herido o enfermo, la falta de auditor o del sustituto podrá suplirse con el capellán o el médico del hospital donde se encontrase.

2.º La disposición será leída, fechada y firmada [...].

3.º Este testamento se remitirá con la posible brevedad al cuartel general y de allí al Ministerio de Guerra, que lo hará depositar en el archivo de testamentarias del distrito administrativo donde haya de producir efecto.

4.º En el caso de muerte del testador, el gobierno lo hará saber por el periódico oficial, designando el archivo donde el testamento esté depositado.

5.º El testamento quedará sin efecto un mes después de haber regresado el testador al Reino, o de haber cesado el sitio o la incomunicación con el lugar donde el testamento se hizo.

Artículo 1946. Si el militar o el empleado civil supieran escribir, podrá hacer testamento de su puño y letra, siempre que lo feche y firme con su nombre y apellido, y lo presente, abierto o cerrado, con asistencia de dos testigos, al auditor o al oficial que para ese fin le substituyese.

1.º El auditor o el sustituto a quien se presente este testamento pondrá una nota en él, del lugar, día, mes y año en que fue presentado; firmará esta nota con los testigos y se hará luego con el documento lo marcado en el párrafo 3.º del artículo anterior.

2.º Si el testador estuviese enfermo o herido, podrá el capellán o el médico hacer las veces del auditor o del sustituto.

3.º Es aplicable a este testamento lo que queda dispuesto en los párrafos 4.º y 5.º del artículo anterior.

Artículo 1947. No producirá efecto alguno el testamento militar en que se note la falta de alguna de las formalidades prescritas en los artículos 1.945 y 1.946,, párrafos 1.º y 2.º».

• -El *Código Civil argentino* de 1869 preceptúa:

«Artículo 3672.- En tiempo de guerra los militares que se hallen en una expedición militar, o en una plaza sitiada, o en un cuartel o guarnición fuera del territorio de la República, y asimismo, los voluntarios, rehenes o prisioneros, los cirujanos militares, el cuerpo de intendencia, los capellanes, los vivanderos, los hombres de ciencia agregados a la expedición,

y los demás individuos que van acompañando o sirviendo a dichas personas, podrán testar ante un oficial que tenga a lo menos el grado de capitán, o ante un intendente del ejército, o ante el auditor general y dos testigos. El testamento debe designar el lugar y la fecha en que se hace.

Artículo 3673.- Si el que desea testar estuviese enfermo o herido, podrá testar ante el capellán o médico o cirujano que lo asista. Si se hallase en un destacamento, ante el oficial que lo mande aunque sea de grado inferior al de capitán.

Artículo 3674.- El testamento será firmado por el testador, si sabe y puede firmar, por el funcionario ante quien se ha hecho, y por los testigos. Si el testador no sabe o no puede firmar, se expresará así y firmará por él uno de los testigos. De los testigos, uno a lo menos debe saber firmar.

Artículo 3675.- Los testigos deben ser mayores de edad, si fuesen solo soldados; pero basta que tengan dieciocho años cumplidos, de la clase de sargento inclusive en adelante.

Artículo 3676.- Si el testador falleciere antes de los noventa días subsiguientes a aquel en que hubiesen cesado con respecto a él las circunstancias que lo habilitan para testar militarmente, valdrá su testamento como si hubiese sido otorgado en la forma ordinaria. Si el testador sobreviviere a este plazo, su testamento caducará.

Artículo 3677.- El testamento otorgado en la forma prescrita, si el testador falleciere, deberá ser remitido al cuartel general y con el visto bueno del jefe de estado mayor, que acredite el grado o calidad de la persona ante quien se ha hecho, y se mandará al Ministerio de la Guerra, y el ministro de este departamento lo remitirá al juez del último domicilio del testador para que lo haga protocolizar. Si no se conociere domicilio al testador, lo remitirá a uno de los jueces de la capital, para que lo haga protocolizar en la oficina que el juez disponga.

Artículo 3678.- Si el que puede testar militarmente prefiere hacer testamento cerrado, actuará como ministro de fe cualquiera de las personas ante quien ha podido otorgar testamento abierto».

Otros Códigos de la época regulaban el testamento militar. Citemos, a título de ejemplo, los de Holanda (art. 993), Colombia (art. 1098), Guatemala (art. 784), Uruguay (art. 775), Luisiana (art. 1590), Chile (art. 1041), Méjico (art. 1565, gracia 4.<sup>a</sup>), Suiza (art. 507, 3.<sup>o</sup>), Veracruz (art. 3552), Baja California (art. 3878), Nápoles (art. 910) y Baviera (art. 4.<sup>o</sup> del capítulo IV del libro III).

# TEXTOS



# **DOCUMENTACIÓN**



## DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz  
*Letrado Mayor del Consejo de Estado*

### SUMARIO

I. Comentario general de doctrina legal. II. Doctrina legal: Expropiación forzosa y concurso de acreedores del beneficiario

### I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

Con ocasión de su labor consultiva, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de examinar diversas modificaciones contractuales, poniéndose de manifiesto los diferentes regímenes aplicables en esta materia según la fecha de adjudicación o formalización de los contratos.

En efecto, conforme a una reiterada opinión del Cuerpo Consultivo, los contratos se rigen por las normas vigentes al momento de su adjudicación —en el caso de los contratos adjudicados con anterioridad a 9 de septiembre de 2010— o al momento de su formalización —en el caso de los contratos celebrados con posterioridad a dicha fecha—, salvo que expresamente se prevea otra cosa en las normas las sustituyan. Todo ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.6 de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), de 30 de octubre, que da nueva redacción a su artículo 27.

Este criterio se compadece, por lo demás, adecuadamente con las previsiones contenidas en las disposiciones transitorias del Código Civil y, en

especial, con la segunda, que dispone que «los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y sean válidos con arreglo a ella, surtirán sus efectos según la misma».

La modificación de los contratos administrativos ha evolucionado notablemente en nuestra legislación reguladora de los contratos administrativos.

La posibilidad de modificar los contratos administrativos por parte de la Administración estaba reconocida en los artículos 18 y 48 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, dentro de los límites establecidos en la propia Ley y su Reglamento. La Ley no señalaba límite alguno en cuanto al alcance objetivo de la modificación; no la circunscribía a reformas menores o de poca monta. Lo único que requería era que se hiciera por razones de interés público y que mediara la anuencia del contratista cuando se rebasara, en más o en menos, determinado porcentaje del precio inicial, que se fijaba en el 20%.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas contempló con carácter general la posibilidad de modificar los contratos administrativos. En tal sentido, el artículo 102.1 preveía que «Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación podrá introducir modificaciones por razón del interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente».

Por su parte —y para el contrato de gestión de servicios públicos—, el artículo 164 disponía que «1. La Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que hayan de ser abonadas por los usuarios. 2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación».

También el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio —de aplicación a los contratos adjudicados con posterioridad a su entrada el 22 de junio de 2000—, contemplaba entre las prerrogativas de la Administración la de modificar los contratos, por razón de interés público, siempre que la modificación viniera precisa por necesidades nuevas o causas imprevistas (arts. 59 y 101). Respecto de los contratos de gestión de servicio público, el texto refundido reproducía las previsiones de la Ley 13/1995, de 18 de mayo.

Con arreglo a las normas citadas, la modificación de los contratos podía imponerse unilateralmente por la Administración siempre que no com-

portara una variación, en más o en menos, del 20% de la cuantía del contrato. Si se superaba dicho umbral, la modificación no era obligatoria para el contratista, quien no estaba constreñido a aceptarla y, en consecuencia, podía entonces desligarse del contrato.

Con ocasión de la interpretación de los preceptos de las disposiciones legales citadas, se conformó una perfilada doctrina que reconocía a la Administración la facultad de modificación contractual como una prerrogativa singular y privilegiada (dictamen del Consejo de Estado 1598/2002, de 31 de octubre). Exigía primordialmente la concurrencia de un interés público (dictamen del Consejo de Estado 55586, de 10 de enero de 1991), en cuya apreciación la Administración tenía un amplio margen de discrecionalidad.

La potestad de modificación de los contratos tenía ciertos límites: unos, formales, requerían el consentimiento del contratista cuando superaba el 20% de la cuantía del contrato y, eventualmente, la intervención del órgano consultivo correspondiente y, otros, materiales. Estos fueron establecidos por la doctrina administrativa que afirmó que el límite del *ius variandi* estaba en aquellos casos en los que la modificación era de tal magnitud que implicaba un nuevo contrato (dictamen del Consejo de Estado 50461, de 12 de noviembre de 1987) o comportaba en realidad un contrato distinto o un proyecto nuevo (dictámenes del Consejo de Estado 51698, de 25 de febrero de 1998, y 4350/1997, de 6 de noviembre).

En relación con el límite material del *ius variandi*, debe señalarse que la legislación no establecía límite cuantitativo alguno para apreciar la concurrencia de una modificación sustancial que comportara la obligación de licitar nuevamente por parte de la Administración. No constituía límite el 20%, puesto que dicho montante tenía relevancia a los efectos de la obligatoriedad de su ejecución por parte del contratista. Así fueron numerosas las modificaciones que superaron con creces el 50% del importe del contrato o incluso el 100%. Los abusos cometidos en este sentido provocaron que, a partir de un momento determinado, la doctrina administrativa considerara que se superaba el límite de lo admisible cuando la modificación comportaba una variación en más del 50% del importe del contrato y, posteriormente, dicho porcentaje se redujo al 30%. Pero —hay que resaltarlo— tales porcentajes no tuvieron nunca reflejo legal. Fueron fruto del parecer de los órganos administrativos.

La concurrencia de «necesidades nuevas o causas imprevistas» no precisaba que estas fueran inherentes al contrato, sino que podían ser externas a él, debidas a acontecimientos extraños a la relación contractual. Y, respecto del interés público, se consideró que cabía apreciarlo cuando la mo-

dificación comportaba alguna ventaja o concurría alguna necesidad para la Administración pública.

La LCSP, en su artículo 202, dispuso que «una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato».

Añadía el precepto que «no tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b y 158.b)».

Por último, el precepto preveía que «la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual».

La redacción anterior estuvo vigente desde diciembre de 2007 hasta la promulgación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que modificó la regulación de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea y la postura manifestada por la Comisión Europea sobre las modificaciones no previstas en los documentos de licitación. En concreto, hasta el 6 de marzo de 2011.

Por su parte, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, introdujo una nueva regulación en la materia, incluyendo los artículos 92 bis, 92 ter y 92 quáter en la Ley 30/2007, de 20 de octubre. La nueva regulación —mucho más rigurosa y estricta que la anterior— era solo de aplicación a los contratos celebrados a partir del 6 de marzo de 2011.

El primero de los preceptos mencionados establecía que:

«1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público solo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 quáter.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a

la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

2. La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b)».

Además, la Ley distinguía entre modificaciones previstas en la documentación reguladora de la licitación (art. 92 ter) y modificaciones no previstas en la documentación reguladora de la licitación (art. 92 quáter) y disciplinaba el procedimiento (art. 92 quinquies) de aprobación de la modificación.

Las modificaciones solo eran obligatorias para el contratista cuando, por separado o conjuntamente con todas las habidas, no se superara el 10% de la cuantía del contrato.

La regulación recogida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en su redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, se incorporó posteriormente, de manera íntegra, al texto refundido de la LCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Esta regulación resulta aplicable solo a los contratos celebrados con posterioridad al 16 de diciembre de 2011 (arts. 105 y ss.).

Así las cosas, durante el año 2011, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de enfrentarse con diversas modificaciones contractuales que tenían por objeto introducir variaciones en el objeto y en el precio a fin de dar cumplimiento a las exigencias legales sobrevenidas que obligan a reducir el gasto público de las distintas Administraciones Públicas.

La respuesta a la cuestión planteada ha venido modulada por la legislación expuesta aplicable en atención a la fecha de adjudicación o de formalización de los correspondientes contratos.

En todo caso, el Consejo de Estado ha declarado que la necesidad de reducir el gasto público es una exigencia legal derivada de lo dispuesto en las sucesivas normas aprobadas —Ley de Presupuestos, Reales Decretos Leyes que establecen medidas de reducción del gasto público—, de tal suerte que, en los actos encaminados a hacerla efectiva —entre los que se cuenta la reducción del precio de los contratos—, debe apreciarse de

forma palmaria la concurrencia de un interés público, a los efectos de la legislación de contratos públicos. Por otra parte, la obligación de dar cumplimiento a dichas exigencias legales constituyen causas sobrevenidas, no contempladas al momento de celebrarse, de tal suerte que son calificables de imprevistas a los efectos del artículo 202 de la LCSP.

La mayor dificultad se ha planteado, sin embargo, a la hora de delimitar el concepto de «condiciones esenciales». En efecto, el artículo 202.1 de la LCSP previene que únicamente se pueden introducir modificaciones por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificadas debidamente en el expediente, que no afecten a las condiciones esenciales del contrato. Por su parte, el párrafo segundo del mismo apartado, como se ha señalado, establece que «no tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de las prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b)».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea —en la sentencia recaída en el asunto C—496/99 P—, la Comisión Europea —en su comunicación interpretativa de 5 de febrero de 2008— y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa —en su informe 43/08, de 28 de julio— han hecho hincapié en entender como esenciales aquellas estipulaciones que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido presentar a los licitadores una oferta sustancialmente diferente. El Tribunal de Justicia, en la sentencia antes citada, ha incluido en estas últimas las relativas a las «modalidades de pago de los productos que han de suministrarse». Por su parte, la Comisión Europea —también en la comunicación interpretativa mencionada— ha considerado como tal los cambios relevantes en el «objeto de los trabajos o de los servicios a prestar por el adjudicatario o el canon impuesto a los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario». Y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha resaltado la necesidad de conformar el concepto en atención a las circunstancias concretas de cada caso.

La fórmula de que hay afectación a las condiciones esenciales cuando se trate de modificación de estipulaciones que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en el pliego, hubieran permitido a los licitadores

presentar una oferta sustancialmente diferente es lo suficientemente imprecisa para no proporcionar al operador jurídico un criterio claro y cierto a la hora de interpretar y aplicar el mencionado artículo 202 de la LCSP. Porque, en puridad, es harto difícil saber cuándo se dan circunstancias que hubieran permitido a los licitadores presentar una oferta diferente y cuándo esta es calificable de diferente.

En su labor consultiva, el Consejo de Estado ha considerado que la noción de «condición esencial» a los efectos del artículo 202 de la LCSP es un concepto jurídico indeterminado que, si bien a la hora de su determinación y alcance exige la ponderación de las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, tiene un núcleo que permite objetivarlo y, por consiguiente, facilitar unas pautas interpretativas a la Administración contratante.

La objetivación del concepto ha de hacerse de tal manera que pueda verificarse de forma clara y precisa cuando los elementos esenciales del contrato se ven alterados con la modificación. Ello ocurre, cualitativamente, bien cuando se varía la índole de la prestación del contrato, bien cuando se alteran otros elementos configuradores, como la modalidad del precio o el canon que han de pagar los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario.

Y hay también afectación a las condiciones esenciales, cuantitativamente, cuando se modifican las magnitudes de objeto o del precio del contrato. Ahora bien, no cualquier alteración de dichas magnitudes es una modificación sustancial. Para merecer tal calificación debe ser especialmente relevante. Y, ante la falta de una determinación general y cierta en la LCSP, un criterio interpretativo para determinar dicha relevancia puede encontrarse en su artículo 221, que se refiere al 30% del objeto —para un determinado tipo de contratos—. En consecuencia, toda modificación que supere dicho montante ha de considerarse, en principio, sustancial.

## II. DOCTRINA LEGAL: EXPROPIACIÓN FORZOSA Y CONCURSO DE ACREEDORES DEL BENEFICIARIO

### 1. EXPROPIACIÓN FORZOSA Y CONCURSO DE ACREEDORES DEL BENEFICIARIO

I. El Consejo de Estado emite su dictamen en relación con la solicitud de declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por los reclamantes, expropiados acreedores de un justiprecio fijado en vía judicial, ante la declaración de concurso de la beneficiaria de

la expropiación. El dictamen se ha recabado con invocación del artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

II. Es doctrina reiterada de este Cuerpo Consultivo que no procede encauzar las peticiones de indemnización por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando el hecho causante y el correspondiente resarcimiento tienen una vía procedimental específica prevista en el ordenamiento jurídico. En nuestro Derecho el instituto de la responsabilidad objetiva de la Administración no es un mecanismo de cobertura de cualquier pretensión indemnizatoria, sino que constituye una vía de resarcimiento solo utilizable cuando no hay otra de índole singular y específica —entre las que se cuenta la vía expropiatoria—.

La expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial no constituyen técnicas intercambiables en nuestro ordenamiento jurídico. Antes al contrario, se trata de instituciones distintas. Como se ha señalado reiteradamente, las diferencias entre ambas son sustanciales y tienen un fundamento constitucional distinto. La expropiación consiste en una privación singular, acordada imperativamente por la Administración, de derechos e intereses patrimoniales de los particulares que encuentra su fundamento en el interés general, previamente concretado en la concurrencia declarada de una utilidad pública o interés social. La expropiación forzosa excluye la idea de antijuridicidad en el actuar administrativo que priva o menoscaba los derechos de los particulares afectados. Es más, la expropiación forzosa es el resultado del ejercicio de un poder jurídico abstracto y genérico (potestad) atribuido a la Administración pública con la específica finalidad de privar de derechos e intereses particulares en aras de satisfacer otro general considerado prevalente. Constituye un *iubere iussum*. En correlación con dicho poder de la Administración, el expropiado se encuentra en una situación de sujeción que tiene el deber de soportar.

Por el contrario, el instituto de la responsabilidad patrimonial es un mecanismo de garantía del administrado frente a las Administraciones públicas a fin de asegurar la compensación de los daños (perjuicio injusto) que sufren a consecuencia del desenvolvimiento de los servicios públicos. La responsabilidad pivota primordialmente sobre la antijuridicidad de los daños sufridos —aun cuando puede estar muy debilitada en el caso de la denominada responsabilidad compensatoria, en la que un sujeto está lícitamente habilitado para inmiscuirse en la esfera ajena, para cometer una *inmixio* en derechos ajenos—. También es un elemento configurador esencial de la responsabilidad la imputación formal del perjuicio injusto inferido (relación de causalidad) a la Administración. Dicha imputación formal es precisamente la que diferencia a este instituto de los resarcimientos.

La responsabilidad patrimonial no se construye técnicamente sobre la noción de potestad —y su correlato, la sujeción— como la expropiación. Lo hace sobre el concepto de obligación. Esto es, sobre la modalidad de las situaciones de deber en que, en el seno de una relación jurídica, un sujeto —en este caso, la Administración— se encuentra constreñido a observar una conducta encaminada a satisfacer un interés ajeno —en este caso, del lesionado— que tiene reconocido legalmente el poder de exigir dicha satisfacción (*iubere licere*).

Como se ha señalado, ambos institutos tienen además diferentes fundamentos. La expropiación forzosa lo encuentra en el artículo 33.3 de la Constitución que previene que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes”. La responsabilidad patrimonial, por su parte, lo hace en el artículo 106.2 que establece que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Y, en fin, ambas figuras tienen regulaciones legales distintas —cuyas cabeceras de grupos normativos son la Ley de 16 de diciembre de 1954, para la expropiación forzosa, y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para la responsabilidad patrimonial—, objetos distintos —los derechos e intereses patrimoniales aquella y todos los bienes y derechos esta— y procedimientos también diferenciados.

III. En el caso sometido a consulta, los reclamantes pretenden que se les abone el justiprecio de la finca de su propiedad expropiada con ocasión de la ejecución de las obras de construcción de la autopista de peaje R-4 de Madrid a Ocaña-Toledo. Con tal finalidad han formulado una reclamación de responsabilidad patrimonial basada en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. El justiprecio fue determinado mediante sentencia firme de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de junio de 2012.

Conforme con lo expuesto, la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración utilizada por los interesados no es la procedente para sustanciar su petición. Esta debe encauzarse a través de la vía específica —el procedimiento expropiatorio y, en su caso, por las normas reguladoras de la ejecución de sentencias recaídas en procesos contencioso-administrativos—. Como se señalara en el dictamen 928/2000, de 29 de junio, cualquier pretensión formulada por el expropiado en relación con el justiprecio, su liquidación y el de los intereses legales devengados, su

cálculo y la imputación de pagos debe ser dilucidada en el procedimiento expropiatorio específico y no a través del mecanismo de responsabilidad administrativa contemplado en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Criterio este, por lo demás, ratificado indirectamente por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2013 al resolver un recurso de casación en interés de ley —discrepando de la doctrina señalada, entre otras, por la sentencia de 11 de febrero de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha y del auto de 21 de enero de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que lo reconducían a la mencionada vía de la responsabilidad patrimonial—.

Por otra parte, la improcedencia de declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública resulta palmaria toda vez que la insolvencia del beneficiario de la expropiación no es consecuencia del funcionamiento de ningún servicio público, presupuesto para hacerlo conforme al artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Así las cosas, procede sin más desestimar la reclamación sometida a consulta.

IV. Este Consejo de Estado no puede dejar de formular algunas consideraciones generales sobre la cuestión suscitada en el presente expediente y que deriva del hecho de que la concesionaria de la autopista haya sido declarada en situación de concurso de acreedores.

El pago del justiprecio reconocido en la sentencia dictada y su ejecución aparece afectada por mencionada situación de concurso. El artículo 55 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, impide iniciar actuaciones de ejecución una vez declarado dicho concurso, quedando en suspenso las incoadas. A partir de entonces, la efectividad de la sentencia dictada por el orden contencioso-administrativo depende de lo decidido por el juez del concurso, dado que el 53.1 de la Ley Concursal establece que “las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda”.

Sentado que la vía procedimental adecuada para sustanciar las reclamaciones de pago de los justiprecios no es la de la responsabilidad patrimonial, sino la propia expropiatoria, cabe entonces plantearse si es posible imputar —y en su caso en qué condiciones— a la Administración la obligación de abonarlos, no a título de responsabilidad extracontractual, sino con base en las reglas del propio instituto expropiatorio. Ello exige examinar sumariamente la configuración constitucional de la expropiación y las posiciones de la Administración y del beneficiario en el caso de que no sea una Administración pública.

V. Los sujetos que pueden confluir con ocasión del ejercicio de la potestad expropiatoria son tres, a saber: el expropiante, el expropiado y el beneficiario.

El sujeto expropiante o titular de la potestad expropiatoria es la Administración en cualquiera de sus expresiones territoriales. El expropiado, cualidad *ob rem*, es la persona sujeta a soportar el ejercicio de la mencionada potestad sobre cuyos derechos recae la expropiación. Y, en fin, el beneficiario es el adquirente inmediato de la transmisión forzosa que se efectúa o el que se beneficia de otro modo del contenido del acto expropiatorio cuando este no se concreta en una transmisión de propiedad pura y simple.

El artículo 3.1 del Reglamento de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, dispone que “se entiende [...] por beneficiario, el sujeto que representa el interés público o social para cuya realización está autorizado a instar de la Administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria, y que adquiere el bien o derecho expropiados”. La figura del beneficiario solventa las dificultades técnicas de la expropiación a favor de los particulares —subyacente de manera frecuente en el caso del interés social—. Evita articular un doble mecanismo de cesión del bien, primero, a favor de la Administración expropiante y, después, a favor del beneficiario final. Este asume el papel de adquirente inmediato y pleno de los bienes, salvo en determinados casos en que pasan directamente a formar parte del dominio público. La consecuencia de su posición jurídica es que le corresponde, entre otras obligaciones, la de abonar el justiprecio, según previene expresamente el artículo 5.2.5.º del Reglamento de Expropiación Forzosa.

La concurrencia de un beneficiario en un procedimiento expropiatorio no comporta sin embargo ni la desaparición, ni el debilitamiento de la relación existente entre la Administración y el expropiado. Su existencia no debe empañar el hecho de que es la Administración la titular ejerciente de la potestad expropiatoria. A ella le corresponde decidir ejecutoriamente sobre la procedencia y extensión de las obligaciones del beneficiario respecto al expropiado. A ella le compete adoptar todas las resoluciones que impliquen el ejercicio de dicha potestad, según previene el artículo 4 del Reglamento de Expropiación Forzosa. Y, en fin, es ella quien debe fijar el montante del justiprecio a falta de acuerdo entre el beneficiario y el expropiado. Como dice la ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2013, “la Administración no es ajena al procedimiento expropiatorio por el hecho de existir un beneficiario, muy al contrario, sigue siendo titular de la potestad expropiatoria, conserva el control del procedimiento y de las decisiones más relevantes que en el mismo han de

producirse y en modo alguno puede desentenderse del cumplimiento del presupuesto —que no solo obligación— esencial de la expropiación como es el pago”.

VI. La presencia de la Administración en la relación expropiatoria, aun cuando se establezca a favor de un beneficiario, es por lo demás consecuencia obligada del artículo 33.3 de la Constitución. En efecto, este precepto dispone que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes”.

El Tribunal Constitucional ha declarado que “la expropiación forzosa, además de ser un instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social” (sentencia núm. 166/1986, de 19 de diciembre), constituye “al tiempo una garantía constitucional del derecho de propiedad privada, en la medida en que con ella se asegura una justa compensación económica a quienes, por razón de utilidad pública o interés social, se ven privados de sus bienes o derechos de contenido patrimonial” (sentencia núm. 37/1987, de 26 de marzo), exigiendo siempre que la privación del derecho se lleve a efecto con observancia y respeto de los “presupuestos y condiciones (específicamente, el abono de la ‘correspondiente indemnización’) que requiere la Constitución para el válido ejercicio de la potestad expropiatoria (art. 33.3)”. Conforme a esta doctrina, la indemnización o justiprecio no es consecuencia o efecto de la expropiación sino presupuesto de ella.

En consecuencia, para el válido ejercicio de la potestad expropiatoria —conforme al artículo 33.3 de la Constitución que consagra una garantía de la propiedad privada— debe concurrir como presupuesto el pago de la correspondiente indemnización o justiprecio. El crédito del expropiado frente al beneficiario de la expropiación adquiere así unos tintes singulares. No se trata de un simple crédito frente a un deudor. Es un crédito revestido de una característica propia y específica consistente en constituir una verdadera garantía constitucional. Los créditos pueden de ordinario dejar de satisfacerse. Su impago, sin embargo, no comporta la vulneración de preceptos constitucionales. Por contra, el impago de un crédito reconocido en concepto de justiprecio a un expropiado por la privación de sus bienes y derechos sí lo hace. Si el expropiado se ve materialmente despojado de sus titularidades, sin percibir la correspondiente indemnización, pasa a encontrarse en una situación calificable, sin violencia, de confiscación. Y esta situación es contraria al artículo 33.3 de la Constitución.

En este esquema, corresponde a la Administración, en cuanto titular de la potestad expropiatoria, impedir que se produzcan esas situaciones de confiscación. Le compete garantizar el cobro de las indemnizaciones correspondientes.

La cuestión aboca entonces así al examen de la posición de la Administración y de su contenido en el caso de que el concesionario no abone al expropiado la indemnización debida en concepto de justiprecio.

VII. Es unánime el criterio jurisprudencial y doctrinal —como se ha expuesto— que afirma que la Administración no permanece ajena a la relación expropiatoria aun en el caso de la concurrencia de un beneficiario —en el caso considerado en el expediente, un concesionario—. Procede examinar entonces si puede exigirse directamente el abono del justiprecio a la Administración en el caso de incumplimiento de su obligación de pago del justiprecio por el concesionario concursado cuando los bienes expropiados han entrado en el dominio de la Administración.

La ley no contempla en ningún caso una responsabilidad directa de la Administración en cuanto al pago de la indemnización expropiatoria. La regulación aplicable no dice que la Administración expropiante deba responder, ni en primer término, ni con carácter solidario, en el caso de que no lo haga el beneficiario. Antes al contrario, atribuye la responsabilidad del pago únicamente al beneficiario de la expropiación —condición que, en el caso consultado, ostenta la empresa concesionaria de la autopista—. Así se prevé en el artículo 5.2 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957 antes citado que dispone en su apartado quinto que corresponde como obligación al beneficiario “pagar o consignar, en su caso, la cantidad fijada como justo precio”. Por tanto, el responsable directo del pago de la indemnización expropiatoria es exclusivamente el beneficiario, conforme a las leyes.

El precepto citado se ve ratificado con rotundidad por el apartado 7 del artículo 271 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y, para el concreto caso de las autopistas, por el artículo 17.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

El artículo 271.7 mencionado —en su redacción dada por el artículo décimo del Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte y otras medidas económicas—, previene que “si el concesionario no cumpliera con las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, la Administración concedente tuviera que hacerse cargo

de abonar las indemnizaciones a los expropiados, esta quedará subrogada en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo de la Administración concedente, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero de este artículo”.

Por su parte, el artículo 17.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo —en su redacción dada por el artículo décimo del Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte y otras medidas económicas—, dispone que “en el procedimiento expropiatorio, el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario y, en consecuencia, satisfará las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales necesarias para la ejecución del proyecto. No obstante, si el concesionario no cumpliera dichas obligaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, el Estado tuviera que hacerse cargo de abonar tales indemnizaciones a los expropiados, este quedará subrogado en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo del Estado, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponde en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración”.

Conforme con los preceptos citados, la responsabilidad del pago corresponde, por consiguiente, siempre y en primer término, al beneficiario de la expropiación. Ahora bien, como se ha señalado, la Administración no permanece ajena a la relación expropiatoria. Queda vinculada a ella en una posición de garante final del abono del justiprecio en tanto este deriva de una relación de derecho público que la tiene como uno de sus sujetos. Esta garantía es consecuencia, como se ha puesto de manifiesto antes, de la propia configuración constitucional de la expropiación forzosa, contenida en el artículo 33.3 de la Constitución.

La posición de la Administración como garante final del pago del justiprecio en el caso de incumplimiento de su obligación por parte del beneficiario no genera, sin embargo, a favor del expropiado, una acción para poder exigirle su abono de aquel en todo caso y manera. El artículo 33.3 de la Constitución no constituye, por sí, un título de imputación generador de responsabilidad exigible directamente a la Administración. No puede ignorarse que el citado artículo 33.3 de la Constitución contiene una remisión a la legalidad ordinaria, estableciendo que la expropiación forzosa únicamente podrá verificarse de acuerdo con determinadas garantías (entre ellas, la correspondiente indemnización) “de conformidad con lo dispues-

to por las leyes”. Por tanto, la Constitución garantiza expresamente a los expropiados el cobro del justiprecio en el marco de las leyes vigentes. Esta previsión no permite en consecuencia excluir la aplicación de los mecanismos ordinarios de cobro contemplados en la legislación aplicable —en el caso considerado, la legislación de expropiación forzosa y la concursal—.

La legislación aplicable no contempla, como ya se ha reseñado, otro responsable del cumplimiento de la obligación de pago del justiprecio distinto del beneficiario de la expropiación, incluso aun cuando este sea declarado en situación de concurso de acreedores.

Así las cosas, solo en defecto o insuficiencia de los mecanismos resarcitorios ordinarios establecidos por el ordenamiento jurídico, entraría en juego la garantía contenida en el artículo 33 de la Constitución que tiene como titular a la Administración. En otros términos —y para el supuesto a que se refiere la consulta—, solo en el caso de insuficiencia del mecanismo concursal, estaría la Administración obligada a abonar el justiprecio directamente al expropiado.

VIII. Antes de examinar la singular posición del expropiado en el concurso, debe señalarse que tampoco puede justificarse la pretensión de los expropiados de que la Administración abone directamente el importe de los justiprecios en una eventual consideración de esta ni como única beneficiaria ni como cobeneficiaria de la expropiación.

En el caso de las expropiaciones para la construcción de carreteras y autopistas en régimen de concesión, se ha sostenido unas veces que solo la Administración expropiante es beneficiaria y, en otras ocasiones, que la Administración y el concesionario son cobeneficiarios. En consecuencia, se ha dicho que, bien solo la primera está obligada al pago en el primer caso, bien ambos deben pagarlo solidariamente en el segundo supuesto.

Tales asertos se han fundado en el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto de 16 de abril de 1957. Conforme con este precepto, el beneficiario de la expropiación es la persona que reúne, al tiempo, dos cualidades: de un lado, representa el interés público o social y, de otra parte, adquiere el bien o derecho. Pues bien, se ha hecho hincapié en que, en el caso de expropiaciones para la construcción de infraestructuras viarias, como es el consultado, la sociedad concesionaria no adquiere el bien o derecho expropiado. En otros términos, —se dice— esta sociedad no reúne los dos requisitos señalados para poder ser calificada como beneficiario. Se invoca el artículo 17.1 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que previene que los bienes expropiados pasan a ser directamente de dominio público —esto es, de titularidad de la Admi-

nistración expropiante—, al decir que “los bienes y derechos expropiados que queden afectos a la concesión se incorporarán al dominio público del Estado desde su ocupación y pago”. Por consiguiente, —se continúa— también la Administración está obligada al pago del justiprecio en un régimen de solidaridad con el beneficiario.

Sin embargo, tal argumentación no es correcta. En primer término, porque —aun cuando se considerara que el beneficiario y la Administración tienen la consideración de cobeneficiarios— la legislación aplicable solo impone la obligación de pagar el justiprecio al primero —sin contemplar ningún tipo de responsabilidad solidaria, que, no debe olvidarse, debe establecerse de manera expresa según el artículo 1137 del Código Civil—. Este hecho incuestionable no puede eludirse mediante artificios interpretativos. Y, en segundo lugar, porque, en las expropiaciones de carreteras —y pese a lo que parece deducirse *prima facie* del transcrito artículo 17.1 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo—, la incorporación de los terrenos expropiados al dominio público presenta perfiles singulares. La posición de la Administración y del beneficiario de la expropiación en estos casos no es reducible a un simple esquema en el que la primera es propietaria de los terrenos y la segunda, usuaria. Antes al contrario, en tanto dichos terrenos permanecen en el ámbito de disfrute del beneficiario, la situación existente se asemeja, *mutatis mutandis*, o participa de ciertos efectos reflejos análogos a la existente en las instituciones censales. Se da una división de facultades, atribuidas unas a la Administración y otras al beneficiario. El conjunto de esos poderes diferentes sobre la totalidad de la cosa recomponen la plenitud del dominio. El beneficiario no adquiere el pleno dominio de los bienes expropiados, pero no puede decirse que su posición sea la de un mero usuario. Antes al contrario, hace suyas determinadas facultades —de especial intensidad— que permiten incardinarlo sin violencia en el ámbito del concepto de beneficiario contenido en el artículo 31 del Reglamento de Expropiación Forzosa.

IX. Por otra parte, la posición de la Administración como garante final del pago del justiprecio no es asimilable a la del fiador del beneficiario en términos de derecho privado. Se trata de una posición singular, de perfiles específicos, derivada de una configuración constitucional concreta —que veda el despojo— y una relación jurídico-pública. Respecto de esta situación de garante, no cabe invocar su condición de fiadora —en términos jurídico-privados— para exigirle directamente el referido pago. Por tanto, no resulta aplicable a estos casos la regulación contenida en el Código Civil para la fianza. En especial, no pueden invocarse sus artículos 1822 y 1831. Sabido es que, por la fianza, se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero

en el caso de no hacerlo este (Código Civil, artículo 1822) y que el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor (Código Civil, artículo 1830), previniendo el artículo 1831, 3º del mismo cuerpo legal que la excusión no tiene lugar “en el caso de quiebra o concurso del deudor”.

La singular naturaleza de la garantía derivada del artículo 33.3 de la Constitución y su carácter jurídico-público hace improcedente la invocación de la regulación civil del contrato de fianza y, en especial, la inaplicación del beneficio de excusión para pretender exigir el pago directamente de la Administración.

X. La inexistencia de una responsabilidad directa o solidaria de la Administración frente al expropiado para el caso de impago del justiprecio por haber sido declarada la concesionaria en concurso no comporta ni que aquel quede en una situación de desamparo, ni que se sitúe en una posición análoga a la de cualquier acreedor ordinario.

El ordenamiento jurídico —y en concreto la ley concursal— articula un mecanismo que pondera adecuadamente el hecho de que el beneficiario es el obligado a pagar el justiprecio y que el crédito de los expropiados está especialmente protegido por la garantía del artículo 33.3 de la Constitución.

La posición de los expropiados tiene perfiles singulares que la diferencian de la del resto de los acreedores de la concesionaria concursada. Dicha posición es consecuencia, en primer término, del hecho de que no establecieron relaciones económicas con la citada concesionaria de manera voluntaria, sino que se vieron constreñidos por la Administración pública a hacerlo a consecuencia de la expropiación forzosa llevada a cabo. En segundo lugar, son titulares de un crédito especialmente protegido, hasta tal punto que está constitucionalmente configurado como una garantía. Estas singularidades definidoras de los créditos de los expropiados tienen su reflejo en la regulación del concurso de acreedores mediante el otorgamiento de una especial protección por la vía de su calificación.

En efecto, los créditos de los expropiados son calificables como créditos con privilegio general a la hora de su clasificación en los términos establecidos en los artículos 89 y 91 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, a resultas de su propia configuración constitucional.

El artículo 91.3º dispone que “son créditos con privilegio general: los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2 de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda

Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe”.

En esta categoría, se incardinan, sin violencia, los créditos de los expropiados. Es palmario que tienen la consideración de créditos de derecho público, pues nacen directamente del ejercicio de una potestad pública, como es la expropiación forzosa, tras seguirse el correspondiente procedimiento administrativo para su fijación. La intervención de un beneficiario ni transforma o elimina el carácter jurídico público de la relación expropiatoria, ni excluye la intervención de la Administración pública expropiante —que se concreta, entre otras actuaciones, en la liquidación ejecutoria, el requerimiento de pago a la entidad beneficiaria e incluso en su exigencia mediante la vía de apremio—. El carácter público del crédito del expropiado se deduce también de la sentencia del Tribunal Constitucional 224/1983, de 1 de julio, que declaró inconstitucional la atribución de la valoración de los justiprecios a un orden constitucional distinto del contencioso-administrativo. En este pronunciamiento, se decía sobre la expropiación forzosa que “ninguna de las partes discute que se esté en presencia de un acto dictado por una Administración pública y sujeto al derecho administrativo: un acto administrativo en sentido estricto. Tal es, sin duda alguna, el que decide unilateralmente el justiprecio a pagar por la Administración que ejercita una potestad tan típicamente administrativa como la expropiatoria”.

Por otra parte, no es obstáculo para la calificación como crédito de derecho público el hecho de que su titular —el expropiado— sea, en la mayor parte de los casos, una persona jurídico-privada. La calificación de un crédito como de derecho público no requiere, con carácter general, que su titular sea una Administración pública. Tampoco lo exige el artículo 91 de la Ley Concursal, pues no menciona la condición del titular —se refiere a los créditos a secas—. Es más, no son infrecuentes en nuestro ordenamiento los casos de créditos de derecho público cuyos titulares son particulares (un gran número de prestaciones patrimoniales públicas). Estos créditos son calificados, a efectos concursales, como créditos con privilegio general sin violencia por los tribunales de justicia —es el caso de las cuotas de urbanización exigibles por las Juntas de Compensación o por los agentes urbanizadoras, según las sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza de 22 de junio de 2012 y de Valencia de 20 de febrero de 2007—.

Por otra parte, los créditos de los expropiados —en cuanto créditos de derecho público— no se ven afectados por las limitaciones previstas en el artículo 91.3º de la Ley Concursal. Estas tienen carácter subjetivo —para la Hacienda pública y la Seguridad Social—, pero no objetivo —para los

demás créditos de derecho público—, de tal suerte que la limitación del 50% allí establecida no les resulta de aplicación.

XI. La especial protección de los créditos de los expropiados por razón de sus justiprecios alcanza además a los intereses devengados por estos.

En efecto, la calificación de créditos con privilegio general se extiende a “intereses” previstos en la Ley de Expropiación Forzosa. Con arreglo a esta disposición, los denominados intereses no tienen ni naturaleza moratoria ni penitencial, sino que poseen un carácter distinto a los previstos en el Código Civil y demás disposiciones legales. Conforme a la Ley de Expropiación Forzosa, los intereses contemplados en sus previsiones tiene el carácter de mecanismo de actualización de la cantidad debida, de tal suerte que participan de la naturaleza de la deuda principal —el justiprecio—. Frente a otros mecanismos de actualización previstos en la legislación administrativa —el caso de la actualización mediante el IPC contemplado en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para el caso de indemnizaciones de responsabilidad patrimonial o de la revisión de precios en el caso de los contratos previsto—, la Ley de Expropiación Forzosa utiliza el mecanismo de actualización de los intereses, que posee perfiles propios. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley de Expropiación Forzosa, las tasaciones de los bienes expropiados se deben efectuar con arreglo al valor que tengan al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, sin tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro. El pago del justiprecio debe abonarse en el plazo máximo de seis meses. Si transcurre este plazo desde la iniciación del expediente expropiatorio sin haberse determinado por resolución definitiva el justiprecio de las cosas o derechos, la Administración expropiante está obligada a abonar al expropiado una indemnización que consiste en el interés legal del justo precio hasta el momento en que se haya determinado y que se determinará con efectos retroactivos, una vez que el justiprecio haya sido efectuado, según previene el artículo 56 de la Ley de Expropiación Forzosa. Esos intereses, de índole estabilizadora, son el mecanismo actualizador del justiprecio. Su devengo es un crédito accesorio de la indemnización principal y su pago, una obligación legal que pesa sobre las Administraciones públicas conforme al artículo 1108 del Código Civil, sin que sea precisa reclamación alguna para que nazca (*dictámenes del Consejo de Estado 1263/1995, de 7 de marzo de 1996, y 293/1998, de 26 de febrero*).

Así las cosas, los intereses forman parte intrínseca del justiprecio y no pueden considerarse algo distinto del justiprecio en sí. Por ello, no les re-

sulta de aplicación el artículo 92.3º de la Ley Concursal que califica como créditos subordinados “los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía”.

XII. La protección especial de los créditos consistentes en justiprecios impagados por los concesionarios se articula en el concurso mediante su calificación como créditos con privilegio general. Esta previsión es acorde con la previsión constitucional que establece una garantía de cobro para el expropiado.

Así las cosas, para poder accionar frente a la Administración, los expropiados deben agotar el procedimiento concursal ordinario, en el que gozan de su posición ventajosa frente a los acreedores ordinarios. No obstante, si el mecanismo articulado legalmente resultare insuficiente para satisfacer los créditos que el concesionario debe pagar; si la Administración se hiciera cargo de la concesión a resultas de la resolución del contrato y, eventualmente, si se suscribiera un convenio que pudiera comportar una quita para los expropiados, pueden accionar directamente contra la Administración y al margen del procedimiento concursal. Dichas reclamaciones han de sustanciarse a través del procedimiento previsto para resolver las solicitudes de responsabilidad patrimonial.

XIII. Las consideraciones expuestas en los tres apartados anteriores son el resultado de interpretar las disposiciones de la Ley Concursal a la luz de la regulación administrativa. El Consejo no ignora que pueden ser ignoradas en la práctica por los Juzgados de lo Mercantil, habida cuenta las inercias existentes que llevan a orillar las interpretaciones en conexión (*“incivile es nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere”*). Por ello, debiera ponderarse la conveniencia de incorporar las correspondientes previsiones expresas en la Ley concursal —que va a ser reformada próximamente—, solventando eventuales problemas de interpretación y aplicación.

El Consejo considera en tal sentido que dicho cuerpo legal debería contemplar expresamente las singularidades de los titulares de concesiones de servicio público y las especialidades de determinados créditos de derecho público —como los de los expropiados— a fin de garantizar el funcionamiento de aquellos y la plena eficacia de estos.

XIV. Procede, finalmente, examinar la cuestión relativa al resarcimiento por parte de la Administración en los casos en que tenga que abonar a los expropiados los importes de los justiprecios en los casos de concurso de las concesionarias.

Como es conocido, diversos tribunales de justicia, bien mediante sentencias firmes, bien en incidentes de ejecución de procedimientos en los que se solventó el montante de los justiprecios (*v. gr.*: el auto de 21 de enero de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid), han declarado la obligación de la Administración pública de abonarlos a los expropiados a título de responsabilidad patrimonial.

Además, como se ha señalado, la Administración puede verse en la tesitura de tener que abonar a los expropiados algunas cantidades en concepto de justiprecios impagados, bien porque se suscriban convenios con quita, bien porque se resuelvan los contratos concesionales.

En relación con una situación concursal, la resolución del contrato de concesión puede producirse en dos casos. En primer término, declarado el concurso, la Administración concedente puede acordarla discrecionalmente (Ley de Contratos del Sector Público, artículo 112.7). En segundo lugar, se produce indefectiblemente —la ley dice “originará siempre”— si se abre la fase de liquidación de la concesionaria en el procedimiento concursal.

Al resolverse el contrato y revertir la infraestructura a la Administración, esta debe liquidar —con cargo al importe del valor patrimonial de la inversión realizada para la ejecución de la obra (denominada vulgar e incorrectamente responsabilidad patrimonial de la Administración)— las deudas que la concesionaria tuviera con sus terceros financiadores, quedando el remanente —caso de existir— a favor de aquella.

El artículo 17.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión —en la redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte— y otras medidas económicas —y también el artículo 271 de la Ley de Contratos del Sector Público—, como se ha señalado antes, dispone que el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario y, en consecuencia, satisfará las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales para la ejecución del proyecto. Añade el precepto que “no obstante, si el concesionario no cumpliera dichas obligaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, el Estado tuviera que hacerse cargo de abonar tales indemnizaciones a los expropiados, este quedará subrogado en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo del Estado, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración”.

Este precepto pretende —como señala el preámbulo del Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero— “evitar que si el Estado se encuentra con este tipo de resoluciones judiciales (las que obligan a hacerse cargo del pago de los justiprecios), acabe asumiendo dos veces el pago de la expropiación, en beneficio del concesionario. De un lado paga al expropiado, obligado por la resolución judicial, y de otro entrega al concesionario el importe de la responsabilidad patrimonial. A tal fin, el precepto que se propone reconoce al Estado, como resultado del pago por cuenta de otro, el derecho a subrogarse en el crédito del expropiado frente al concesionario, procediéndose a minorar el importe de la responsabilidad patrimonial con la parte del crédito no reembolsada por la sociedad concesionaria, garantizándose la indemnidad del Estado frente a los incumplimientos de los concesionarios”.

La mal llamada responsabilidad patrimonial de la Administración —esto es, el valor patrimonial de la inversión realizada por la concesionaria— que tiene que abonar la Administración, entre otros casos, en los de resolución del contrato de concesión comprende, por lo general, el importe de lo pagado en su momento a los expropiados en concepto de justiprecio —deduciendo la cuota de amortización en función de los años conforme al plan económico-financiero—, las obras de construcción —también deduciendo la amortización o la dotación al fondo de reversión— y, en fin, los bienes inmuebles incorporados y necesarios para la explotación. Comprende, siempre o casi siempre —según los pliegos de otorgamiento—, el abono del importe efectivamente pagado por la concesionaria por los antedichos conceptos. Todo ello sin perjuicio de la existencia de límites, generales o particulares, del montante a pagar en los correspondientes pliegos de otorgamiento de las autopistas.

En el caso de que la Administración abone a los expropiados los justiprecios, sea cual sea el título por el que lo haga, tiene derecho a detraer en el momento de la liquidación de la concesión el montante de lo abonado.

Las previsiones contenidas en los artículos 271.7 de la Ley de Contratos del Sector Público y 17.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, son aplicables a los casos en que el pago se hace en cumplimiento de resolución judicial. Pero igual efecto se produce en el supuesto de que el abono se base en una resolución administrativa. La aplicación de las reglas generales lleva a ello.

En efecto, al ser el concesionario el obligado al pago de los justiprecios, lo abonado por la Administración a los expropiados en todos los casos —y no solo cuando lo es en virtud de una resolución judicial— debe reputarse pago hecho por tercero (Código Civil, artículo 1158).

El pago hecho por la Administración, bien extingue la obligación respecto del expropiado y hace nacer otra a cargo del mismo deudor —el concesionario— y a favor del pagador —la Administración— tendente a obtener el reembolso, bien no la extingue pero produce un cambio de acreedor, pasando a serlo la Administración pagadora (Código Civil, artículo 1210). En ambos casos, por aplicación de las reglas de la compensación (Código Civil, artículo 1195 y 1202 del Código Civil), la Administración está facultada para detraer el importe de lo pagado del montante que hubiera de satisfacer en concepto de indemnización del valor patrimonial de la inversión (“responsabilidad patrimonial de la Administración”).

XV. En síntesis, el Consejo de Estado considera que, en tanto no se produzca alguna de las situaciones descritas en los apartados anteriores de estas consideraciones (insolvencia definitiva del concesionario, extinción anticipada de la concesión, etc.), no cabe exigir directamente de la Administración el pago del justiprecio por parte de los expropiados, pues responsable exclusivo de su abono es únicamente el concesionario—beneficiario de la expropiación forzosa.

(Dictamen 1128/2013, de 17 de julio de 2014).

## **2. EXPROPIACIÓN FORZOSA Y TITULARIDAD DE LA FINCA**

El artículo 3 de la Ley de Expropiación Forzosa dispone tajantemente que “las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación”. A la vista de este precepto, resulta patente que, reconocida la condición de expropiado al propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación, el principal efecto que se produce es la obligatoriedad de que las actuaciones se entiendan con él y no con cualquier otro, constituyéndose como parte en el procedimiento y atribuyéndosele una serie de derechos y obligaciones que solo a él corresponden.

La obligatoriedad legal de entenderse con el titular del bien a expropiar es un requisito esencial del instituto ablatorio y se concreta en la necesidad de que el procedimiento establecido se observe escrupulosamente para evitar situaciones asimilables a la vía de hecho. En efecto, si las actuaciones expropiatorias no se entienden con el titular, la relación existente en este y el bien expropiado se vicia. De un parte, se priva al interesado de la posibilidad de hacer valer los derechos que legalmente le corresponden. Y, de otro lado, se corre el peligro de que quien no es titular pueda enriquecerse injustamente al percibir el justiprecio de un bien que no le corresponde.

La inobservancia de lo previsto en el artículo 3 de la Ley de Expropiación Forzosa, esto es, el seguirse el procedimiento expropiatorio “sin entenderse sus actuaciones” con quien ostenta la condición de expropiado en relación con un concreto bien, determina su nulidad, como viene afirmando la jurisprudencia desde la ya lejana sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1961. El tener por titular de los bienes a quien no lo es y el ignorar a quien lo es comporta una conculcación del procedimiento expropiatorio de tal entidad y relevancia que se asimila sin violencia a su inexistencia misma. En estos casos, puede decirse que, para el titular de los terrenos ignorado, no existe procedimiento expropiatorio —pues todo procedimiento tiene una doble proyección objetiva y subjetiva—, de tal suerte que debe apreciarse la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y consistente en haberse dictado el acto “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.

En el caso sometido a consulta, está acreditado que la Administración actuante incurrió en el error —consecuencia de la similitud de apellidos— de considerar propietaria de la finca registral número 4000 —afectada por la expropiación de 378 metros cuadrados— a Doña M. Mohamed y no a Doña N. Mohamed y a sus hermanos. Y ello pese a que estos últimos habían aportado una copia de la escritura de compraventa de la mencionada finca, otorgada el 4 de julio de 1955, a favor de sus padres, Don Mohamed y Doña Fátima D., que se encontraba además debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad. A consecuencia de dicho error, fue a Doña M. Mohamed a quien se requirió para que formulara la correspondiente hoja de aprecio en relación con la finca citada; a quien se notificó la practicada por la Ciudad Autónoma de Ceuta y, en fin, quien se alzó contra el fijado ante el Jurado de Expropiación Forzosa, haciendo valer en este órgano —y por creerla suya— sus pretensiones de indemnización en relación con una finca que no era de su propiedad. También a resultas de dicho error, la Administración actuante no se entendió con los legítimos propietarios del inmueble afectado —Doña N. Mohamed y sus hermanos—, quienes se vieron privados de la posibilidad de ejercer los derechos que la Ley de Expropiación Forzosa les reconoce.

Así las cosas y de acuerdo con lo expuesto antes, debe concluirse que, al no entenderse las actuaciones expropiatorias referidas a la finca 4000 del Registro de la Propiedad de Ceuta con sus legítimos propietarios, se prescindió total y absolutamente del procedimiento expropiatorio legalmente establecido respecto de los propietarios de la finca 4000 del Registro de la Propiedad de Ceuta, apreciándose en consecuencia la concurrencia de

la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el Decreto de la Consejera de Fomento de la Ciudad Autónoma de 1 de febrero de 2006 —solo en relación con la finca citada— y actuaciones posteriores encaminadas a fijar el justiprecio de los bienes afectados».

(Dictamen 112/2014, de 29 de mayo)



# **BIBLIOGRAFÍA**



# **RECENSIÓN DE LIBROS**



**DUBERTI GUILLERMO, JAVIER, *Hechos ilícitos cometidos en operaciones de paz. Responsabilidad internacional y sistemas de reparación. Analogías y diferencias con los mecanismos del derecho espacial*, 2014, Montevideo - Buenos Aires, Editorial B de F., ISBN 978-9974-708-45-7.**

Dr. D. Ignacio García Sigman  
y Ldo. D. Bruno Danelón

En el presente libro, el Dr. Duberti explora un tema que combina una indiscutible actualidad con uno de los tópicos más álgidos del Derecho internacional público: la responsabilidad internacional y los sistemas de reparación ante la comisión de delitos en operaciones de paz, una de las consecuencias indeseadas de estas acciones multilaterales. En este cometido, el trabajo estipula una serie de hipótesis que pueden reunirse de la siguiente manera: en caso de ocurrencia de delitos durante las operaciones de paz, lo que constituye una realidad generalizada, los particulares damnificados cuentan con pocos remedios para resarcir los daños padecidos, todo esto de acuerdo tanto a lo propuesto por el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en materia de responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales por hechos internacionalmente ilícitos, como a la jurisprudencia internacional y local de mayor relevancia.

En cuanto al enfoque teórico-metodológico, el autor arguye que su obra se aleja del positivismo normológico para adoptar una posición cercana al trialismo, esto es, pretende abordar —objetivo que cumple satisfactoriamente— su objeto de estudio desde una perspectiva que reúna las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica. Al apelar a esta corriente

epistemológica, el Dr. Duberti intenta salvar las limitaciones que tendría un estudio que aplique un enfoque exclusivamente normativista, y esto porque las soluciones a las que arriba captan con mayor detalle la complejidad del tema objeto de estudio —especialmente uno como este, puesto el escaso desarrollo normativo existente en la materia y las implicancias para los damnificados—, a la vez que se tienen en cuenta las particularidades que caracterizan al Derecho internacional público y lo diferencian del Derecho interno. Por último, vale remarcar que la perspectiva adoptada permite incluir el «valor justicia», aspecto insoslayable en un estudio que trate los temas que este libro aborda.

Con estas pretensiones y objetivos en vista, el autor divide su análisis en seis capítulos: una introducción, cuatro capítulos en los que desarrolla los aspectos atinentes a su objeto de estudio, los que —a su vez— pueden considerarse individualmente como estudios eruditos acerca de la temática que trata cada uno de ellos, y una conclusión. Así, el primero de los capítulos está dedicado a presentar el objeto de estudio en sí: la existencia de delitos en operaciones de paz, perpetrados estos tanto por las tropas de los diferentes Estados como por el resto del personal. De esta presentación se desprende que esta lamentable realidad ha estado presente en un gran número de estas operaciones, convirtiéndola por esto en un problema que ha de ser abordado tanto académica —con el fin de conocer en detalle la cuestión— como jurídicamente. Este análisis se completa con el estudio de lo acontecido en el caso de la misión destinada a la República Democrática del Congo, el que es presentado como caso testigo de la cuestión tratada en la investigación.

El segundo capítulo, por su parte, está abocado al análisis de las soluciones existentes respecto de la problemática estudiada que emanan de los ámbitos convencionales y normativo. Con el objetivo de dilucidar sobre quiénes se ha volcado la responsabilidad por los hechos internacionalmente ilícitos (organización, Estados que aportan contingentes, o bien sobre ambos) y definir cuáles son las vías de reparación que quedan en poder de los particulares damnificados, el Dr. Duberti analiza los informes de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en materia de responsabilidad de las organizaciones por hechos internacionalmente ilícitos (que suman nueve hasta la fecha de redacción de la disertación), como así también los informes elaborados por la International Law Association, del año 2004 e intitulado *Accountability of International Organizations*, y por el Institut de Droit International, cuyo nombre es *The legal consequences for Members States of Nonfulfilment by International Organizations of their Obligations Toward Third Parties*, de 1995. Por último, el autor profundiza su análisis mediante una comparación de las soluciones generales

brindadas por el Derecho internacional contemporáneo con aquellas ofrecidas por el Derecho internacional espacial en materia de responsabilidad de las Organizaciones Internacionales.

Con un objetivo similar al del capítulo anterior, esto es, el de conocer las soluciones que se han planteado a la temática objeto de estudio, pero esta vez a partir de la jurisprudencia existente, en el tercer capítulo el Dr. Duberti realiza un exhaustivo recorrido por los casos relativos a la cuestión en los que los tribunales —tanto internacionales como locales— han esbozado diferentes soluciones a las situaciones en que las tropas y/o demás personal de operaciones de paz de la ONU y otras coaliciones intergubernamentales —tal es el caso de la OTAN— cometieron delitos durante sus funciones. De esta forma, el corpus argumentativo de la investigación se completa con los planteos del capítulo cuatro, en el que el autor presenta tanto las implicancias de la inmunidad de jurisdicción de Naciones Unidas para el curso de las demandas de los damnificados como así también las soluciones que esta organización ha ensayado, especialmente las destinadas a la reducción al mínimo o terminación de estos actos ilícitos.

Completan el minucioso estudio una detallada introducción, en la que el autor presenta pormenorizadamente la investigación, abordando cada uno de los puntos que hacen a la forma del estudio de forma correcta y ordenada, y una conclusión, en la cual esboza, luego del análisis trialista del fenómeno, los argumentos que llevan a la corroboración de las hipótesis planteadas al comienzo del trabajo, esto es, termina demostrando la ausencia —hasta la fecha de finalización de la investigación— de un remedio efectivo para resarcir justamente a los lesionados por los delitos cometidos. Por último, vale remarcar el nutrido conjunto de fuentes analizado en la realización de la investigación, el que consta tanto de la bibliografía clásica sobre la temática como de los trabajos más actuales, así como de tratados, resoluciones e informes de Naciones Unidas y otras instituciones que han dedicado sus esfuerzos en presentar proyectos de soluciones a esta grave problemática que consiste en los efectos indeseados de las operaciones de paz.

Por todo lo expuesto hasta aquí, la lectura de esta obra resulta indispensable para los académicos y estudiantes, funcionarios de las distintas organizaciones intergubernamentales e integrantes de los diferentes órganos judiciales con competencia en la materia, que pretendan conocer con detalle y profundidad el estado de situación en que se encuentra el desarrollo de esta grave problemática que aqueja a la comunidad internacional, puesto que la originalidad del enfoque y del análisis permite conocer acabadamente, y desde una novedosa perspectiva, los pormenores que rodean a uno de los temas más álgidos del Derecho internacional público.



**SAN MARTÍN CALVO, MARINA, *Bienes culturales y conflictos armados: Nuevas perspectivas de Derecho internacional*, 2014, Cizur Menor (Navarra), Editorial Thompson Reuters Aranzadi, 429 páginas**

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto  
*General Consejero Togado (R)*  
*Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española*

La protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado ha sido, durante demasiados años, la asignatura pendiente del Derecho Internacional Humanitario. En efecto, aunque tradicionalmente se han considerado las normas internacionales de protección de los bienes culturales y lugares de culto, en tiempos de guerra, como integrantes del *ius in bello* o Derecho internacional humanitario, sin embargo es lo cierto que su escaso grado de cumplimiento se pone de manifiesto a lo largo de la historia de los conflictos armados. Esta desprotección se hace patente desde las guerras de la Antigüedad y medievales hasta los conflictos armados contemporáneos. La destrucción intencionada, el saqueo, el pillaje y la apropiación de los bienes culturales como botín de guerra fue la regla general de la mayoría de los conflictos armados hasta bien entrado el siglo XIX. Las normas protectoras de estos bienes son aún hoy, si no el último, al menos el más evidente reducto de las excepciones basadas en la necesidad militar.

Por otra parte, fue tardía la aparición de normas tuitivas de los bienes culturales y lugares de culto, puesto que el nacimiento del Derecho internacional humanitario (Primer Convenio de Ginebra de 1864) y la labor inicial del Comité Internacional de la Cruz Roja se centraron en el mejoramiento de la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas ar-

madras en campaña. Ciertamente, a finales del siglo XIX, ya existía un derecho consuetudinario que recogía algunas normas elementales de protección (IV Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su Reglamento, de 1907) y que protegía en los sitios y bombardeos los edificios consagrados al culto, a las artes, a las ciencias y a la beneficencia, así como los monumentos históricos, pero nada comparable con el desarrollo de las normas de Derecho internacional humanitario que socorrieran a las víctimas de la guerra. El ejemplo más evidente (y lamentable) fue la elaboración y aprobación en 1998 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Pese a los esfuerzos de algunos Estados como Italia y España, la protección penal de los bienes culturales en los conflictos armados se concretó en la tipificación de los correspondientes crímenes de guerra de forma tan elemental que reproduce casi literalmente el Derecho de La Haya de 1907, ignorando el desarrollo de la ingente labor de la UNESCO y la aprobación del Convenio de La Haya de 1954.

Tampoco proliferaron en España, en el terreno doctrinal, obras de investigación que mostraran el interés académico por el tratamiento monográfico de este tema desde el punto de vista del Derecho internacional. Ciertamente, en el campo del estudio y la difusión, merece citarse la labor del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, que incorporó a su temario la explicación de esta materia y las excelentes aportaciones de los profesores José Luis Fernández Flores, Javier Sánchez del Río Sierra, Manuel Pérez González, Fernando Pignatelli Meca, Juan Manuel García Labajo y M. Badenes Casino, entre otros. Pero no existía, en la literatura jurídica española, un estudio completo dedicado a tema de tanto interés y actualidad.

Por estas razones hay que celebrar la publicación en 2014 del libro escrito por la doctora y abogada Marina San Martín Calvo titulado *Bienes culturales y conflictos armados: Nuevas perspectivas de Derecho internacional*. La obra tiene su origen en la tesis doctoral que, realizada por la autora bajo la dirección, siempre excelente, de la profesora doctora Concepción Escobar Hernández, fue defendida en la Universidad Nacional de Educación a Distancia ante un tribunal presidido por el profesor doctor Manuel Pérez González e integrado por los profesores Mariano José Aznar Sánchez, Fanny Castro-Rial Garrone, Carmen Quesada Alcalá y Fernando Pignatelli Meca.

El contenido del libro revela sensibilidad de su autora sobre la necesidad de la protección de los bienes culturales, al partir del hecho de que los conflictos armados (particularmente los internos) son extremadamente peligrosos para la integridad de estos bienes insustituibles y de valor incal-

culable, por ataques directos o actos vandálicos que han destruido valiosos testimonios de la actividad creadora del hombre

La obra, bien documentada y con una selecta utilización bibliográfica, se estructura en dos partes bien diferenciadas. La primera presenta la evolución histórica de la protección de los bienes culturales desde los orígenes del Derecho internacional, deteniéndose especialmente en las agresiones y expolio de los países ocupados. Merecen especial estudio las campañas napoleónicas, calificadas como «expolio sistemático del patrimonio cultural europeo», la colonización europea en África y Asia (el elgenismo) y la Primera Guerra Mundial. La doctora San Martín dedica un encomiable esfuerzo investigador al traslado de los tesoros artísticos españoles a Suiza en la Guerra Civil y al Acuerdo de Figueras de 3 de febrero de 1939. Completa esta parte con una exposición sobre la suerte de los bienes culturales en la Segunda Guerra Mundial, con explícitas referencias a los bombardeos británicos y alemanes, así como a la destrucción del monasterio benedictino de Montecasio (Italia). Finaliza con el estudio del tráfico de bienes culturales en este conflicto armado (principalmente de origen judío) y con el análisis de la difícil situación de los bienes culturales en Alemania al finalizar la contienda bélica.

En este importante recorrido histórico se concede especial atención a la incidencia de los recientes conflictos armados en los bienes objeto de protección, que realmente es el relato de su desprotección en el siglo xx y principios del xxi. Merecen un examen minucioso el conflicto árabe-israelí, la protección del patrimonio cultural de Camboya (templo de Angkor), el conflicto de la exYugoslavia (bombardeo de Dubrovnik, la destrucción del patrimonio cultural de Bosnia-Herzegovina y los ataques contra Kosovo). Seguidamente expone la autora la destrucción de los budas gigantes de Bamiyan en Afganistán y el saqueo del Museo de Bagdad en la guerra de Irak, para finalizar con la respuesta de la comunidad internacional a los ataques contra los bienes culturales en Mali.

El siguiente capítulo de la obra entra ya en la evolución de las normas protectoras en tiempo de conflicto armado, como parte del Derecho internacional humanitario. Se remonta el libro a las tendencias proteccionistas en los ordenamientos europeos de los siglos xv a xix. Pero es en el siglo xix donde surgen los «primeros conjuntos normativos», que se perfilan a través del Derecho consuetudinario. Así, las Instrucciones o Código de Lieber (1863), la Declaración de Bruselas de 1874, los Manuales de Oxford de 1880 y 1913, así como los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, particularmente el Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre. A continuación se produce, en opinión de la doctora San Martín,

la culminación del proceso normativo cuyos hitos más significativos son el Pacto Roerich de 1935 y las normas protectoras del Derecho Internacional Humanitario propiamente dicho: los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (en particular el IV Convenio) y sus Protocolos Adicionales de 1977, que analiza con detenimiento.

Naturalmente, la Convención de La Haya de 1954, para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, ocupa buena parte de este capítulo, con la explicación de su génesis y estructura, antes de adentrarse en una acertada visión general de la Convención y su ámbito de aplicación. No olvida la autora el Primer Protocolo a la Convención y su aplicación práctica, con la implicación de la UNESCO en el retorno de los bienes culturales ilícitamente sustraídos de su país de origen. El capítulo finaliza con el estudio del Segundo Protocolo a la Convención, de 1999, que califica como nuevas perspectivas esperanzadoras. Se trata de la protección reforzada de los bienes culturales. Novedades destacadas que incorpora este Protocolo son la creación del Fondo para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, las nuevas categorías de delitos culturales, el régimen de protección reforzada, la creación del Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, la mejora de la protección en los conflictos armados no internacionales y el Comité Internacional del Escudo Azul.

Cuando se aborda, en el capítulo IV, el concepto de bien cultural, Marina San Martín se pronuncia sobre la inexistencia de una noción unitaria de lo que debe entenderse por *bien cultural*. Una primera aproximación nace de las dificultades para definir el término *cultura*. Tampoco es fácil de definir la noción de *patrimonio de la humanidad*, por lo que concluye que no se ha logrado construir, ni en el ámbito del Derecho internacional ni en las legislaciones internas, una definición uniforme del término *bien cultural*. Ahora bien, es preciso identificar el concepto de *bien cultural* en los textos normativos, y así, se hace referencia al Código Lieber, Declaración de Bruselas de 1874, Manual de Oxford de 1880, las Convenciones de La Haya (1899 y 1907) y el Pacto Roerich (1935). El concepto de *bien cultural* fue utilizado por la Convención de La Haya de 1954 que, aunque no lo define, introduce un concepto uniforme al definir los objetos que deben ser protegidos, que clasifica en tres amplias categorías. La noción de *bien cultural* es desarrollada en numerosos instrumentos normativos posteriores, de los que da cumplida noticia la obra. Después de analizar las clases de bienes culturales, la autora estudia los elementos constitutivos de la noción para reiterar la inexistencia de un concepto jurídico unitario. Resulta de sumo interés la noticia de diversas legislaciones nacionales, la exposición de la

normativa cultural española y los esfuerzos doctrinales para establecer un criterio unificado (la Comisión Franceschini). Termina afirmando que los bienes culturales podrían considerarse como un subgrupo dentro de la noción de patrimonio cultural, que define con acierto.

La segunda parte del libro se centra en el régimen protector aplicable a los bienes culturales durante los conflictos armados. Desde la perspectiva del Derecho internacional Público se exponen los mecanismos de protección nacionales e internacionales. Se diferencian los mecanismos de protección en tiempo de paz como el emblema protector del *escudo azul*, el Comité Internacional del Escudo Azul (ICBS) y el Comité español creado en 2014. Otros mecanismos son la difusión, inventarios, registros, listas de bienes protegidos (lista de Patrimonio Mundial, Monumentos y Sitios en peligro). Mención especial merece el Registro Internacional de bienes culturales bajo protección especial y la lista de bienes culturales bajo protección reforzada, creada por el Segundo Protocolo de 1999. Se abunda aquí en el procedimiento de concesión reforzada y en su pérdida y suspensión.

Reviste el máximo interés el análisis de los mecanismos de protección en tiempo de conflicto armado, especialmente en territorio ocupado. Entre ellos, el traslado de los bienes culturales, los refugios improvisados y los sistemas de control de la Convención de 1954 (potencias protectoras, intervención de la UNESCO y comisarios generales).

Examinando la citada Convención de 1954, se exponen las obligaciones de las Partes en orden a la protección de su patrimonio cultural. En primer lugar, en tiempo de paz con la exégesis de los conceptos de salvaguardia y respeto, así como el sistema de informes periódicos. En tiempo de conflicto armado, se estudia el concepto de necesidad militar, imperativa o ineludible, y el sistema de protección especial en la Convención de 1954. Se añade un cuidadoso análisis del régimen especialísimo de protección reforzada (Segundo Protocolo de 1999), caracterizado por la «inoponibilidad» de la necesidad militar. Se advierte en este último sistema la influencia evidente de las normas generales del Derecho internacional humanitario, en particular del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra.

El libro que reseñamos alcanza una visión completa de la protección de los bienes culturales abordando en su último apartado una materia que, desgraciadamente, es inusual en este tipo de monografías. Nos referimos a uno de los mecanismos protectores más eficaces: la represión de los ataques contra los bienes culturales en el ámbito penal. Así, se estudia con detalle el régimen de sanciones en el Código Penal español (tipo básico y agravado), con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 5/2010

—por cierto, a propuesta de la Cruz Roja Española—. La autora hace también una referencia precisa a la protección dispensada por el tercer emblema, el *Cristal Rojo*, introducido por el Protocolo III de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra.

Las normas del Derecho penal internacional protectoras de los bienes culturales también son objeto de estudio, comenzando por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y su jurisprudencia, hasta la dedicación de un apartado al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. De particular interés es el análisis de los crímenes de guerra relacionados con los bienes culturales y la protección penal de los bienes culturales durante los conflictos armados de carácter no internacional. Termina la obra con una referencia a las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya.

El libro finaliza con la incorporación de una extensa y seleccionada bibliografía y llama la atención positivamente la extensa documentación que enriquece la obra.

En definitiva, estamos ante la publicación, revisada y actualizada, de una valiosa tesis doctoral que, de forma muy completa, presenta —como expresa el título del libro— las nuevas perspectivas de la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, producto de una rigurosa y larga investigación de la autora, que colma satisfactoriamente una laguna de la doctrina española en el estudio de una parte fundamental del Derecho internacional humanitario. Debemos expresar nuestra particular satisfacción quienes hemos dedicado años de esfuerzos a la difusión de esta materia en España, desde nuestro compromiso con la Cruz Roja Española, aplaudiendo esta aportación al conocimiento de los logros normativos para salvaguardar los bienes culturales durante el tiempo de conflicto armado.

Así, con nuestra felicitación a la doctora San Martín Calvo, recomendamos la lectura de esta obra, tanto a los académicos e interesados en la materia como, particularmente, a los que tienen la responsabilidad de la implementación en el foro interno de las normas internacionales que proporcionan protección a los bienes culturales en los conflictos armados, mediante eficaces medidas de aplicación que, por otra parte, son obligatorias para los Estados Partes y cuyo incumplimiento pone de relieve que se trata todavía de una de las «asignaturas pendientes» del sistema de eficacia del Derecho internacional humanitario.

# **NOTICIAS DE REVISTAS**



## NOTICIA DE REVISTAS

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz

### SUMARIO:

Cuestiones de derecho internacional y humanitario.

#### *A) Cuestiones de derecho internacional y humanitario*

En el número 4, del volumen 56 (2013), de *The American Journal of Comparative Law* se incluye un sugerente artículo de Neha Jain titulado «Individual Responsibility for Mass Atrocity: In search of a Concept of Perpetration».

*The Journal of Law and Economics* incluye varios artículos de interés, entre los que cabe entresacar: «Media versus special interests», de Alexander Dick y David Moss, «The evolution of property rights: state law of informal norms?», de Ryan Bubb, y «Racial Disparities in Job Finding an Offered wages» de Roland G. Fryer.

En el *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11 (2013), núm. 3, se publican tres artículos de interés sobre el mismo tema y título: «Strategic considerations and normative explanations: lessons from Israel's Supreme Court expropriations case», a cargo de Haim Sandberg y Barak Medina.

En la *Revue du droit public* (5/2014) se incluye un artículo de Jean Courtial que lleva por título «Le Tribunal d'appel des Nations unies: les premiers pas d'une nouvelle juridiction administrative internationale».

La *Revista de Estudios Políticos* (165/2014) inserta un trabajo de Jan-Werner Müller titulado «The EU as a militant democracy or are the limits to Constitutional mutations within EU member States?».

Finalmente, son de consignar las notas publicadas en el *American Journal of International Law* (vol. 107, núm. 3, julio 2013) sobre el tema «Self-Defense Against Nonstate Actors», a cargo de Dapo Akande, Dire Tladi, Mahmoud Hmoud y Daniel Bethlehem, y en la misma revista, pero en el número 3 del vol. 108 (julio 2014), los artículos de Andreas Zimmerman y Meltem Sener, «Chemical Weapons and the International Criminal Court», y de Masahiko Asada, «The OPCW's Arrangements for Missed Destruction Deadlines Under the Chemical Weapons Convention: An Informal Noncompliance Procedure».

# INFORMACIÓN



**PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA LEGISLACIÓN PENAL  
MILITAR ESPAÑOLA  
[ANTECEDENTES Y BREVE ANÁLISIS DEL PROYECTO DE  
NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR]\***

Antonio Millán Garrido  
*Catedrático de la Universidad de Cádiz  
y miembro del consejo editorial de la REDEM*

**I. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES**

Los primeros antecedentes de la legislación penal militar española se encuentran en la Edad Media dispersos en el Fuero Juzgo, el Fuero Real, los Fueros municipales y las Partidas. No obstante, es comúnmente aceptado que, en sentido estricto, el Derecho militar surge con la aparición de los ejércitos permanentes. Hasta entonces, los núcleos armados tenían carácter temporal, por lo que los propios preceptos penales a ellos referidos se dictan esporádicamente, como respuesta a demandas concretas y sin pretensión de llegar a constituir una normativa estable. Es en las postrimerías del siglo xv, tras la creación de los primeros cuerpos armados profesionales con organización permanente y especialización de sus integrantes, cuando comienzan a promulgarse las Ordenanzas, particulares primero y generales después, que contuvieron rigurosos regímenes penales dirigidos especialmente a mantener la disciplina de las unidades creadas.

---

\* Texto del discurso de ingreso leído por el autor en la solemne recepción como Académico de Número en la Real Academia de San Dionisio, de Ciencias, Artes y Letras, el día 21 de octubre de 2014.

Entre las Ordenanzas españolas destacaron las denominadas Primeras de Flandes, dadas por Alejandro Farnesio en 1587, y las Segundas de Flandes, publicadas en 1701 por orden de Felipe V, las cuales dieron paso a las «Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos», las famosas Ordenanzas de Carlos III, promulgadas por el Conde de Aranda en 1768. Este texto supo captar perfectamente el espíritu de la profesión militar y el sentido del honor castrense, lo que determinó su prestigio y pervivencia. Es más, de sus principios se derivaría una determinada concepción del Ejército y las normas que habían de regirlo, postulada y defendida, en ciertos sectores, hasta finales del siglo xx. En la Armada, por su parte, rigieron las Ordenanzas de 1748 hasta su sustitución por las de 1793.

Este marco normativo básico careció, no obstante, de estabilidad, dadas las constantes reformas y profusa legislación complementaria. Como comentaba un autor de la época, a los pocos años de publicadas las Ordenanzas, «apenas quedaba un artículo que no hubiera sido mutilado, añadido o reformado, no por una sino por multitud de reales órdenes, contradictorias las más de las veces, entre las que era casi imposible el acierto, pues nunca se estaba seguro de haber dado con la última». A esta situación trató de hacerle frente el movimiento codificador.

En efecto, aunque la Constitución de 1812 reconoció la subsistencia de las Ordenanzas, generó la preocupación por terminar con la dispersión normativa, con la diversidad de fueros y con el extremado rigor punitivo que caracterizaban la legislación militar de la época. Surgieron así varias propuestas, entre las que destacaría el Proyecto Llorente (1850), el Informe de Díaz Vela (1855), los trabajos de Núñez de Arenas (1856) y el Proyecto Sichar (1872), que, tras diversas vicisitudes, pero con escasas modificaciones, se convertiría en nuestro primer Código penal militar, un gran y acertado texto que, sin embargo, tendría escasa vigencia.

El Código penal del Ejército de 17 de noviembre de 1884, conforme a la pauta marcada por el Código penal de 1870, entonces vigente, depuró con acierto su contenido, simplificó la compleja regulación de algunos delitos y, en cuanto a la penalidad, mitigó el excesivo rigor ordenancista, asumiendo así una estimable línea de progreso, en la que quedaron erradicadas muchas viejas normas punitivas castrenses incompatibles ya con las ideas de la época. Motejado por algunos de «Código paisano con gorra de cuartel», este texto constituyó, por sus principios básicos y la técnica utilizada, una legislación penal militar muy superior a la contenida en los dos códigos que le sucedieron.

El Código penal militar fue, en efecto, derogado por nuestro primer Código de Justicia Militar, que, aprobado por Decreto de 27 de septiembre de 1890, comportó, en gran medida, un retorno al sistema ordenancista. Sustancialmente, al restablecer el máximo rigor de las penas y marginar principios penales básicos en aras del mantenimiento de la disciplina. Formalmente, al integrar en un solo texto las leyes penales y las orgánico-procedimentales, con inclusión de abundantes disposiciones disciplinarias.

Este Código, que regía también para el Ejército del Aire desde su creación en 1939, así como el Código penal de la Marina de Guerra de 1888, fueron derogados y sustituidos, tras la Guerra Civil, por el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945.

El Código de 1945 no supuso ningún progreso con respecto a la legislación anterior, al ser, especialmente en el orden penal, el resultado de la refundición del viejo Código de Justicia Militar de 1890 y del Código penal de la Marina de Guerra de 1888. Realmente, el único objetivo de este Código fue la unificación de la Justicia militar en los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire.

Técnicamente, se trató de un texto único, que contenía las leyes orgánicas, procesales y penales, así como, sin delimitación precisa, toda la normativa disciplinaria y materias diversas, de carácter administrativo o civil, cuya inclusión no respondía más que a razones históricas. El texto contenía, por demás, normas a veces contradictorias entre sí, otras imprecisas, algunas reiterativas y muchas innecesarias.

En su aspecto sustancial, el Código de 1945 continuó fiel al espíritu de las Ordenanzas, dominando ante todo la idea del mantenimiento de la disciplina, si bien, ante las especiales circunstancias políticas en que surge, asumía de igual forma la defensa no ya del propio Ejército, sino la del Estado y de la Nación, lo que comportaba, por una parte, la vulneración de principios penales indiscutidos en la legislación común y, por otra, una hipertrofia del Derecho penal militar respecto al cual se olvidaba su fundamento último: la específica tutela del potencial bélico (defensivo, si se quiere) del Estado.

Con todo, el texto, al que no puede negarse un considerable pragmatismo, se mantuvo incuestionado durante años, al amparo de un régimen político, cuyo final marcaría, asimismo, su decadencia.

Sería, en efecto, con el advenimiento de la democracia y la promulgación de la Constitución en 1978, cuando se abordaría la reforma de la Justicia militar en España, reforma que, en lo que respecta a la legislación penal, se concretaría en el vigente Código de 1985.

## II. EL CÓDIGO VIGENTE

A. La reforma de la Justicia militar española tiene su origen en los Pactos de la Moncloa y, más concretamente, en los Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política aprobado el 27 de octubre de 1977. Entre los objetivos de política legislativa a que se contraían tales Acuerdos figuraba la reforma parcial y urgente de la legislación penal y procesal militar con el fin de adaptarla a las exigencias propias de la nueva realidad democrática.

Ello condujo a una primera reforma general del Código de Justicia Militar, que, operada por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de diciembre, introdujo, con confesado carácter transitorio, las innovaciones más perentorias en el texto, a la vez que se marcaban las pautas para la reforma integral.

Tal reforma se inició, precisamente, con la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el vigente Código penal militar. Con él se ponía fin, en lo que a las leyes penales militares respecta, a una etapa sustancialmente regresiva.

El Código de 1985 contiene, en efecto, una legislación nueva, que responde a una filosofía radicalmente distinta, derivada de los principios constitucionales y las líneas marcadas por la moderna ciencia juridicope-nal y seguidas en la mayoría de las legislaciones pertenecientes a nuestro ámbito sociocultural.

Como características básicas del vigente Código pueden señalarse, en lo que respecta a la técnica legislativa, la separación de las leyes penales de las orgánicas y procesales, así como la rigurosa delimitación de lo penal y lo disciplinario, ámbitos estos confundidos en el texto de 1945. De conformidad con este planteamiento, la Justicia Militar la integran básicamente los siguientes cuatro textos:

- Código penal militar (LO 13/1985, de 9 de diciembre).
- Ley de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LO 4/1987, de 15 de julio).
- Ley Procesal Militar (LO 2/1989, de 13 de abril)
- Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Debe advertirse, al respecto, que la vigente Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, que sustituyó a la LO 12/1985, de 27 de noviembre, será en breve derogada y sustituida por un nuevo texto que, remitido a las Cortes el 10 de mayo de 2013, se encuentra pendiente de aprobación por el Senado.

Sustancialmente, el Código de 1985, a diferencia de los que le precedieron, se limita, de acuerdo con el principio de especialidad de la ley penal

militar, a consignar sus particularismos. Esta es la principal innovación, de la cual deriva el planteamiento general del texto. Dado, sin embargo, que, como veremos, es el principio que se alega para justificar el Proyecto, conviene que nos reframemos a él con algún detalle y precisemos el grado de materialización en el Código vigente.

**B.** Según hemos apuntado, la legislación penal militar nace en España, como en casi todos los países, como un sistema de normas independiente, esto es, con autonomía y propia sustantividad, pero poco a poco va evolucionando hacia textos formalmente complementarios, que comportan el reconocimiento sustancial de los mismos principios informadores de la legislación general.

Esta moderna y hoy generalizada concepción de la legislación militar es acorde con la teoría institucionalista de las fuerzas armadas, conforme a la cual el ordenamiento interno militar tiene su límite en el principio de la unidad del ordenamiento jurídico. Las fuerzas armadas no son simplemente una parte de la Administración del Estado y por ello disponen de un ordenamiento interno con especificidades propias y particularismos reconocidos, pero tampoco son una entidad completa en sí misma (*societas perfecta*, se decía), con un poder normativo originario que le faculte para una autorregulación al margen del ordenamiento estatal.

Las fuerzas armadas, como precisa la doctrina, son, pues, una institución, no un sujeto de derecho; no existe una voluntad de las fuerzas armadas distinta de la voluntad del mismo Estado como poder político organizado. Y por ello las normas de las fuerzas armadas no son una manifestación de su autonomía, sino que constituyen una parte del ordenamiento jurídico del Estado, emanada del poder legislativo y subordinada a los principios constitucionales, los órganos políticos, administrativos y técnicos de las fuerzas armadas forman parte del poder ejecutivo del Estado, y la justicia militar forma parte del Poder Judicial del Estado.

Esto es, las fuerzas armadas —se reconoce hoy de forma unánime— están dotadas de un verdadero y propio sistema de normas jurídicas (el ordenamiento militar), pero esta legislación es complementaria respecto a la legislación común y se inserta en el marco general de la legislación del Estado (de la que forma parte), de acuerdo con el principio de unidad del ordenamiento jurídico.

A estas premisas responde el principio de especialidad —y consiguiente complementariedad— de la legislación penal militar.

En España, ya el tratado II del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, si bien era un texto integral, de hecho venía fuertemente condicionado por el Código penal, como lo prueba la reforma de 1949 precisamente

para adaptarlo a la ley común. Simplemente, en muchos de sus preceptos (especialmente de parte general) el texto castrense prefería la copia a la remisión. Con todo, en lo sustancial, es evidente que el Código de 1945 no respondía, en su conjunto, a los mismos principios que informaban el Código penal y, en ese sentido, era un texto autónomo y no complementario.

El principio de especialidad es reconocido por vez primera en nuestro ordenamiento por el vigente Código penal militar de 1985. No obstante, el texto solo puede calificarse de parcialmente complementario.

En efecto, en 1985 el legislador, partiendo de que la ley penal militar es especial y, por ende, complementaria de la ley común, optó por incluir en el Código punitivo castrense solo aquellas disposiciones que le son propias o necesarias, en especial los tipos penales que describen los delitos militares, remitiéndose en lo demás al Código penal común.

Pero tal determinación, como ha destacado la doctrina, no alcanzó pleno desarrollo por el momento de indefinición que atravesaba la legislación penal, de forma que el Código militar (para complementar sus normas) debió tener en cuenta unas veces el entonces vigente Código penal de 1973 y otras el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 o la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983. En definitiva, se elaboró una ley especial sin conocer con seguridad cuál era o iba a ser la ley común.

Ello originó discordancias en temas tan relevantes como la determinación de las penas o el encubrimiento. Este se regula en el Código militar en vigor como una forma de participación (según lo hacía el Código penal de 1973) y no como un delito autónomo, según viene configurado en el vigente Código penal de 1995.

En algunas otras materias, la indefinición de la legislación común hizo que se optase por evitar la remisión a un texto que realmente se desconocía, impidiendo un mayor grado de complementariedad.

Además, en mi opinión, el mantenimiento de diversas normas innecesarias —a veces, contradictorias— fue una *concesión* al estamento militar y a los sectores más conservadores de la sociedad, que veían con preocupación el «desmantelamiento» del Código de Justicia Militar. No debe olvidarse que, en la transición, la reforma de la legislación militar estuvo, en muchos momentos, presidida por el pragmatismo (lo que comportó un buen grado de eclecticismo) y el deseo de que no se interpretase como una brusca ruptura con el pasado.

El resultado, en lo que ahora nos interesa, fue un Código complementario con preceptos superfluos y duplicidades innecesarias, cuya extensión (197 artículos), como advierte la doctrina, se aproxima más a la del tratado II del derogado Código de Justicia Militar de 1945 (232 artículos) que a la

de la mayoría de los textos penales militares contemporáneos (por ejemplo, los 48 artículos de la Ley penal militar alemana o los 57 del Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos).

C. El Código de 1985 fue, pues, demasiado cauteloso en la materialización del principio de complementariedad e, indudablemente, presenta otras deficiencias en órdenes diversos. Pero ello no obsta para que su valoración deba ser altamente positiva. El Código de 1985 asume plenamente los principios de legalidad y culpabilidad, que, junto a los de igualdad y retroactividad de la ley penal más favorable, se resaltan, de modo innecesario, en los cuatro primeros artículos del texto. Por otra parte, la reducción de las clases de penas, la considerable atenuación y flexibilidad de las privativas de libertad y otras innovaciones obedecen a los criterios dominantes de política criminal, a veces impuestos por imperativos constitucionales.

El Código vigente es, en definitiva, un gran texto penal, al que, en todo caso, debe reconocerse cómo, al margen de otras consideraciones, logra su principal objetivo: conferir una protección efectiva a los medios y fines de las Fuerzas Armadas dentro del más escrupuloso respeto a los principios comúnmente admitidos en las sociedades democráticas.

Otra cosa es que, pese a ello, sea necesaria su reforma. A ella tiende el Proyecto de nuevo Código penal militar.

### III. EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL MILITAR

#### A. PLANTEAMIENTO

Desde su promulgación hace casi treinta años, el Código penal militar ha sido objeto de reforma en siete ocasiones (Leyes Orgánicas 4/1987, 2/1989, 13/1991, 11/1995, 3/2002, 7/2007 y 12/2007), si bien solo revistieron trascendencia las llevadas a cabo por la Ley del Servicio Militar y por la Ley de Abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra.

No hubo, en cambio, demanda alguna de reforma sustancial, al reconocerse de forma generalizada que el Código era un buen texto, que satisfacía las necesidades de las fuerzas armadas y en el que los escasos problemas suscitados en su aplicación contaban ya con un cuerpo de jurisprudencia determinante de oportunos criterios rectores y seguras líneas interpretativas.

Pese a ello, en septiembre de 1997 se culminó un anteproyecto de Código penal militar encargado al general consejero togado J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto y en el que participamos una docena de especialistas. La

propuesta seguía la orientación del anteproyecto de la Asociación Nacional italiana de Magistrados Militares, que, en su momento (1993), traduje e incluí en mi trabajo «La reforma de la legislación penal militar en Italia», publicado en esta misma Revista.

Nuestro anteproyecto, siguiendo al italiano, utilizaba el concepto de delito militar como instrumento determinante del propio ámbito de la legislación castrense, lo que, con una técnica normativa más depurada, comportaría la simplificación del texto penal militar. De hecho, el borrador constaba tan solo de ochenta y tres artículos, tres adicionales, tres transitorias, una derogatoria y una final.

Aunque este anteproyecto no prosperó en su momento por las razones apuntadas (y, en suma, porque se cuestionó la oportunidad de una reforma que al final del siglo xx no se consideraba necesaria), en dicho texto y, mediatemente, en la propuesta de la Asociación Nacional italiana de Magistrados Militares, tiene su origen un nuevo anteproyecto español dado a conocer, en su primera versión, a comienzos de 2013 y del que fue también responsable el general Rodríguez-Villasante, ahora asesor del Ministerio de Defensa. La segunda versión de este anteproyecto, en la que se incluyen muchas de las observaciones formuladas por el Consejo General del Poder Judicial, es de 31 de enero de 2014. Este texto, con algunas modificaciones resultantes del dictamen del Consejo de Estado, fue aprobado finalmente por el Consejo de Ministros el 25 de julio último y remitido a las Cortes para su tramitación parlamentaria. El Proyecto de Ley ha sido publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, número 110-1, del pasado 5 de septiembre.

La orientación del Proyecto sigue siendo la misma que la del anteproyecto de 1997 y el contenido no presenta diferencias sustanciales. Lo único que han cambiado son las circunstancias, que ahora, ciertamente, hacen más necesaria la reforma. Veamos cuáles son esas circunstancias que justificarían la promulgación de un nuevo Código.

## B. JUSTIFICACIÓN

El nuevo Código da respuesta formalmente al mandato del Parlamento contenido en la disposición final 8.<sup>a</sup>, apartado 3, de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, según la cual, «el Gobierno deberá remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de ley para la actualización de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código penal militar».

Dicha actualización se ha hecho necesaria por diversas razones sustanciales que se ponen de manifiesto en la Exposición de Motivos del Proyecto y que son las siguientes:

1.<sup>a</sup> El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del Código vigente, casi treinta años, en los que se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias y fundamentos técnicos, sociales y estrictamente jurídicos en los que se basó el texto de 1985.

De modo concreto, han determinado tal cambio sustancial el proceso de modernización de la organización militar, la profesionalización de las fuerzas armadas, el nuevo modelo estructural y de despliegue territorial de la fuerza y la permanente participación de unidades militares españolas en misiones internacionales fuera de nuestro territorio, integradas en unidades multinacionales y en organizaciones supranacionales.

2.<sup>a</sup> La exigencia de dar cumplimiento a las obligaciones convencionales asumidas por España, en particular las relativas a la prevención y castigo de las violaciones del Derecho internacional humanitario y las derivadas de la ratificación por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

3.<sup>a</sup> La necesidad de culminar el proceso de depuración del Código, de acuerdo con su naturaleza de ley especial y, en consecuencia, complementaria de la ley común, esto es, del Código penal. Conforme a tal principio, del que ya me he ocupado y que constituye la línea directriz del Proyecto, el nuevo Código debe acoger en su articulado «únicamente los preceptos que no tienen cabida en el texto común o, aun teniéndola, requieren una previsión singular que justifique su incorporación a la ley militar dentro del ámbito estrictamente castrense que preside su reconocimiento constitucional».

4.<sup>a</sup> La exigencia de incorporar nuevas figuras delictivas que otorguen protección penal al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los militares, por imperativo de la referida Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las fuerzas armadas.

5.<sup>a</sup> La necesidad de coordinar el Código penal militar con el nuevo régimen disciplinario de las fuerzas armadas que, en trámite parlamentario, sustituirá al establecido por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre.

6.<sup>a</sup> La conveniencia de introducir diversas reformas de orden técnico derivadas de la experiencia en la aplicación del Código de 1985, además de una general adaptación terminológica a un lenguaje tecnicojurídico más actual y de común aceptación.

Son razones más que suficientes para justificar el Proyecto, que, desde ya, podemos afirmar que atiende, en mayor o menor medida, a todos los aspectos apuntados en lo que es no una propuesta de mera reforma, sino el proyecto de un nuevo Código acorde con los postulados generalmente aceptados en nuestro ámbito sociocultural y con las exigencias actuales de las fuerzas armadas españolas.

### C. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El Código penal militar es de aplicación (art. 1.º) a las infracciones que constituyen delitos militares (las infracciones disciplinarias se rigen por su legislación específica). En este punto se presentan como cuestiones más debatidas (por su alcance competencial) las derivadas de la posible aplicación del Código (lo que comporta la sujeción a la jurisdicción castrense) a quienes no ostentan la condición de militares, así como a los miembros de la Guardia Civil. Me refiero a ambas cuestiones con brevedad.

a) De acuerdo con el artículo 117.5 de la Constitución, la jurisdicción militar debe limitarse al «ámbito estrictamente castrense», de ahí que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, básicamente contenida en su sentencia de 14 de marzo de 1991, los delitos que se incluyen en el Código penal militar deben pertenecer a ese ámbito. Ello comporta que, en principio, el sujeto de los delitos militares será un militar, pero en ocasiones podrá serlo un civil, cuando el interés protegido por la norma sea estrictamente militar y así lo requiera. En tal sentido se pronunció el Tribunal Constitucional, en la sentencia indicada, y también el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de enero de 1992, conforme a la cual, «en general, la condición militar del sujeto activo será un elemento relevante (pero no determinante) para definir el concepto de lo estrictamente castrense».

Con base en estos principios, el Código proyectado contiene delitos en los que, sin necesidad de que medie conflicto armado o estado de sitio, el sujeto activo puede ser un civil. Son los delitos de allanamiento de dependencia militar (art. 29), contra centinela (art. 34), contra la Administración de Justicia Militar (art. 82.1), hurto, robo, apropiación indebida o daños de armamento o material de guerra (art. 84.3) y receptación respecto de delitos militares (art. 88).

Tal posibilidad de incriminación de civiles por la legislación militar está siendo objeto de crítica en algunos sectores políticos y sociales con

base especialmente en el Informe Decaux (Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la ONU), según el cual, el Estado debe asegurarse de que los civiles acusados de una infracción criminal de cualquier naturaleza son juzgados por tribunales civiles.

No obstante, en este debate, ciertamente mediático, que continuará a lo largo de toda la tramitación parlamentaria, debe tenerse en cuenta no solo que el Informe Decaux no es vinculante, sino también y especialmente que, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el enjuiciamiento de civiles por tribunales militares, en sí mismo, no viola el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950. Así se ha pronunciado, entre otras, en su sentencia de 9 de junio de 1998

Y, desde luego, en nuestro ordenamiento, el artículo 117.5 de la Constitución lo único que exige, como se ha apuntado, es que los delitos previstos en el Código penal militar pertenezcan al ámbito estrictamente castrense, algo que, en mi opinión, se cumple con suficiencia en los diversos tipos del Código proyectado en que los civiles pueden resultar directamente afectados.

*b)* En cuanto a la aplicación del Código penal militar a la Guardia Civil, el texto proyectado (art. 1.4 y 5) mantiene los principios del artículo 7 bis del vigente Código, interpretado conforme a una amplia y precisa doctrina de la Sala de Conflictos de Jurisdicción y de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, generada en los años 2009 y 2010. De acuerdo con la misma, establece que el Código se aplicará a los miembros de la Guardia Civil:

1. En tiempo de conflicto armado, durante la vigencia del estado de sitio, en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se les encomienden y mientras se encuentren integrados en unidades de las fuerzas armadas.

2. Cuando se trate de delitos que afecten a la disciplina, la relación jerárquica y demás bienes jurídicos propios del orden castrense (que, a requerimiento del Consejo de Estado, han sido enumerados en el artículo 1.5 del Proyecto), excluyéndose, en todo caso, las infracciones cometidas en el ejercicio de funciones de carácter policial.

En mi opinión, estos principios son acordes con el carácter y la estructura militar de la Guardia Civil, que exige, en definitiva, su sujeción al Código en tanto no se trate de actos del servicio propios de las funciones de seguridad ciudadana o de naturaleza policial propias del Cuerpo.

## D. PARTE GENERAL

La Parte General (libro I) es objeto de una significativa reducción del articulado (23 artículos), debido a la profundización del principio de especialidad y a la depuración del texto, en el que se eliminan numerosas disposiciones innecesarias. Así, se suprimen los actuales artículos 1.º a 4.º, que recogen los principios de legalidad, culpabilidad, igualdad e irretroactividad de la ley penal, la cláusula de salvaguardia del artículo 5.º del Código vigente, o las normas sobre extinción de responsabilidad penal y sobre la responsabilidad subsidiaria del Estado.

Aunque hay múltiples novedades (por ejemplo, entre las definiciones se sustituye la locución *tiempo de guerra* por la de *en situación de conflicto armado*, y entre las atenuantes se suprime la de «breve estancia en filas»), me voy a ocupar solamente de tres temas: la noción de delito militar, el tratamiento de la obediencia debida y algunas cuestiones relativas a las penas.

### 1. Delito militar

Siguiendo la orientación, ya apuntada, de la propuesta de la Asociación Nacional de Magistrados Militares italianos y la anterior de Rodríguez-Villasante, el Proyecto se basa en un nuevo concepto de delito militar, determinante tanto del ámbito de aplicación del propio Código como de la competencia de la jurisdicción militar.

Así, en el Proyecto de Código penal militar (art. 9.º), son delitos militares:

1.º Las acciones u omisiones dolosas o imprudentes previstas en el libro segundo del Código. Pero en este libro se prevén los delitos:

a) Por tipificación expresa. Son los *delitos militares específicos*, que o bien ofenden solo intereses castrenses, sin guardar relación con los delitos comunes, o bien lesionan bienes jurídicos castrenses y comunes pero con una clara prevalencia del interés militar sobre el común.

b) Por remisión al tipo penal común. Son delitos previstos en el Código penal, que, en determinadas circunstancias, adquieren carácter militar. Son *delitos militares especiales*.

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

- Delitos de traición, delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso

de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes, siempre que se perpetraren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

- Delito de rebelión, en caso de conflicto armado internacional.
- Delitos de prevaricación de los funcionarios públicos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, incluidos en el título XIX como delitos contra la Administración Pública, siempre que se cause perjuicio o riesgo a los intereses del servicio o de la administración militar, y concurra la infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

En estos casos, el límite máximo de las penas establecidas en el Código penal se incrementará en un quinto, salvo cuando la condición de autoridad o funcional del sujeto activo ya haya sido tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito.

Una nueva noción de delito militar que, si por una parte, permite ampliar el número de los tipos penales de naturaleza castrense, por otra posibilita una mayor adecuación al principio de complementariedad, así como una efectiva reducción del articulado de la parte especial del Código.

## **2. Obediencia debida**

La exigente de obediencia debida desapareció del Código penal español en 1995, por considerarse que, conforme a los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución, no es posible admitir en nuestro ordenamiento jurídico la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, y en aquellos supuestos en que se trata de órdenes sustancialmente antijurídicas pero con apariencia de legalidad, la conducta del sujeto que, por desconocimiento o apreciación falsa, la acata siempre podría reconducirse al error sobre la propia ilicitud de su conducta (art. 14 CP).

El Código penal militar, en 1985, consideró de aplicación la obediencia debida, si bien de forma muy restrictiva, al establecer que «no se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la

Constitución» (art. 24), fórmula coincidente con las contenidas en el derogado artículo 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y en la regla 11.ª del artículo 4.1 de la Ley de la Carrera Militar.

El anteproyecto, si bien de forma más restrictiva aún, mantuvo en su primera versión la exigente de obediencia debida al disponer, en su artículo 8.2, que «será punible toda acción u omisión constitutiva de una infracción penal ejecutada por un militar en cumplimiento de una orden, salvo que: a) el subordinado no conozca su ilicitud; y b) la orden no fuera manifiestamente ilícita», una forma de responsabilidad penal condicionada similar a la prevista en el artículo 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El párrafo fue, sin embargo, suprimido en la segunda versión del anteproyecto (enero 2014). Y es que, como se sostuvo desde diversas instancias, no existen razones sustanciales que justifiquen tal mantenimiento de la obediencia debida como circunstancia de exención de la responsabilidad en el futuro Código penal militar.

En efecto, según hemos indicado, de conformidad con los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución, no cabe admitir en nuestro ordenamiento la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios. Y, desde luego, en el ámbito militar, entre las atribuciones que corresponden al superior, nunca puede encontrarse la facultad de ordenar la comisión de actos contrarios a la legalidad: la ley debe primar sobre la autoridad, ya que esta precisamente se fundamenta en el propio ordenamiento jurídico.

En aquellos supuestos en que, por no ser manifiesta la ilegalidad del mandato, el subordinado cree obligatoria la orden y la cumple, sería de aplicación, como ya se ha apuntado, el artículo 14 del Código penal, según el cual, el error determina la exclusión de la responsabilidad criminal.

En definitiva, cabe calificar de acertada la supresión del originario párrafo 2.º del artículo 8.º del anteproyecto, al ser una previsión que, sin fundamento, se apartaba de la ley común, contrariando el (seguido) principio de especialidad de la ley militar.

Sin embargo, la supresión de la obediencia debida exige, a mi entender, la modificación de los artículos 44.3 y 76, párrafo 2.º, del Proyecto.

El primero de dichos preceptos, tras la tipificación del delito de desobediencia, establece que, «no obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que *manifiestamente* constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción *manifiesta, clara y terminante* de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados» (precepto que se reproduce en el artículo 76 para el incumplimiento de consigna).

Tal previsión supone que, a sensu contrario, incurrirán en responsabilidad penal los que desobedezcan una orden si esta entraña la ejecución de actos que constituyan delito pero «no manifiestamente». Y también incurrirán en responsabilidad penal quienes desobedezcan una orden que infrinja una norma sin rango de ley o, incluso con tal rango, cuando la infracción no sea «manifiesta, clara y terminante».

Esto es, tales mandatos, pese a ser sustancialmente antijurídicos, conforme al artículo 44 del Proyecto (inspirado en el artículo 410.2 del Código penal), son obligatorios, porque quien no los cumple responde por delito de desobediencia. Y, si conoce la ilegalidad, no podrá ampararse en el artículo 14 del Código penal (error), como tampoco en una eximente de obediencia debida que ya no la contempla el texto propuesto.

No resulta, por ello, coherente que, por una parte, se suprima la obediencia debida, porque, de acuerdo con los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución, los mandatos antijurídicos nunca son obligatorios en nuestro ordenamiento y, por otra, se establezca que quien incumple determinadas órdenes antijurídicas (las que comportan un delito, aunque no de forma manifiesta, y las que infringen la legalidad, aunque no de forma manifiesta, clara y terminante) es responsable del delito de desobediencia.

En mi opinión, admitida en el Derecho español la inexistencia de mandatos antijurídicos obligatorios y, por ello, suprimida la obediencia debida como circunstancia eximente, resulta obligado reconocer que «en ningún caso incurrirá en responsabilidad criminal el militar por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que constituyan delito o comporten una infracción del ordenamiento jurídico». Esta debería ser la redacción del artículo 44.3 del Proyecto y, en su caso, la del párrafo 2.º de su artículo 76.

### **3. Penas**

#### *a) Clases*

El Proyecto simplifica el sistema de penas para adecuarlo al Código penal, clasificándolas en graves y menos graves:

*a)* Son penas graves la prisión superior a tres años, la pérdida de empleo y la inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar.

*b)* Son penas menos graves la prisión de dos meses y un día a tres meses, la de tres meses y un día a tres años y la suspensión militar de

empleo de tres meses y un día a tres años, así como la multa de dos a seis meses.

1. La pena de *prisión*, que tendrá una duración máxima de veinticinco años, se cumplirá en establecimiento penitenciario militar, salvo que sea por delito común que comporte la baja en las Fuerzas Armadas o en la Guardia Civil, en cuyo caso se extinguirá en establecimiento penitenciario ordinario, con separación del resto de los penados.

En situación de conflicto armado, las penas privativas de libertad impuestas a militares podrán ser cumplidas en cometidos que el mando militar designe, en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina. Esta medida se ha venido considerando imprescindible, porque, de otra forma, la pena podría ser incluso buscada para eludir los riesgos y fatigas propios de la campaña. Su redacción plantea, sin embargo, problemas de legalidad por su indeterminación, razón por la que debería concretarse el régimen de esta forma excepcional de cumplimiento.

2. La pena de *inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar* priva al penado, con carácter permanente, del mando de estos.

3. Además de las penas accesorias previstas en el Código penal, son de aplicación en los delitos militares la pérdida de empleo y la suspensión militar de empleo.

La *pérdida de empleo*, que se impone al militar condenado a pena de prisión de más de tres años, es de carácter permanente, produciendo la baja del penado en las Fuerzas Armadas o en la Guardia Civil, con privación de todos los derechos adquiridos en ellos, salvo los pasivos que pudieran corresponderle. Para los alumnos de la enseñanza de formación, esta pena produce además la baja en el centro docente, con la pérdida de la condición de alumno.

La pena de *suspensión militar de empleo*, que se impone al militar condenado a pena de prisión de hasta tres años, privará de todas las funciones propias del mismo durante el tiempo de la condena, tiempo que no será de abono para el servicio y en el cual el militar condenado permanecerá inmovilizado en su empleo en el puesto que ocupe.

#### *b) Las penas de multa y trabajos en beneficio de la comunidad*

1. La *multa* no figuraba inicialmente en el elenco del artículo 11 del anteproyecto en su primera versión, al no estar prevista como pena en ninguno de los delitos tipificados de forma expresa en el libro II, esto es, en los

delitos militares específicos, si bien la jurisdicción militar *podrá* imponerla en los delitos previstos mediante remisión al tipo penal común (delitos especiales) o en los delitos comunes que, por ser su autor un militar, se consideran militares (art. 9.2), cuando tales infracciones lleven aparejada dicha sanción pecuniaria. En tales supuestos podrá imponerse la multa, si bien, «valorándose la trascendencia del riesgo que su imposición pueda entrañar para el mantenimiento de la disciplina», los tribunales militares podrán sustituir la sanción pecuniaria por la pena de prisión de dos meses y un día a tres meses (art. 21).

La cuestión básica que se planteó, al respecto, es si no sería conveniente establecer la multa como posible pena de algunos delitos militares. Especialmente en infracciones culposas cuando ello no resulte lesivo para la disciplina. Fue la propuesta de la Fiscalía Togada, que, acogida por el Consejo General del Poder Judicial, fue aceptada por el prelegislador a partir de la versión 2.<sup>a</sup> del anteproyecto.

Realmente hoy se considera que la multa satisface los fines de prevención general sin los inconvenientes de las penas cortas de privación de libertad. Siendo así y cuando, por otra parte, como acabamos de ver, el propio anteproyecto contemplaba la imposición de la multa si así viene previsto en el Código penal y ello no entraña riesgo a la disciplina, creo que, con las debidas cautelas, era razonable admitir, como así ha sido, la posibilidad de castigar con multa determinadas infracciones militares específicas de escasa entidad para las que resultan inadecuadas las penas cortas de libertad, estando solo justificadas en aquellos supuestos en que así lo exija el mantenimiento de la disciplina.

La idoneidad de las sanciones económicas para castigar infracciones militares fue ya admitida por el régimen disciplinario de la Guardia Civil y ahora por el proyectado régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, que incorpora como sanción la pérdida de retribuciones.

Por tanto, debe considerarse acertada la rectificación del prelegislador, incluyendo la multa de dos a seis meses entre las penas militares menos graves y asignándola —siempre como pena alternativa— a delitos de menor gravedad.

2. En cambio, no comparto la propuesta del Consejo General del Poder Judicial de considerar los *trabajos en beneficio de la comunidad* como posible pena para determinados delitos militares, por ser inapropiada para el ámbito militar, así como por la dificultad de inserción del penado en sectores como los propuestos (contingentes internacionales o prevención de incendios), que requieren indudable preparación y la libre voluntad de asumir los cometidos asignados.

De aquí que considere acertada la previsión (imperativa) del artículo 21 del Proyecto, según el cual, «cuando la pena establecida en el Código penal para los delitos militares previstos en este Código sea la de trabajos en beneficio de la comunidad, se aplicará a los militares la pena de prisión de dos meses y un día a tres meses».

*c) Formas sustitutivas de ejecución y libertad condicional*

1. En materia de *formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad*, el Proyecto mantiene el criterio del Código vigente, al permitir tanto la suspensión de condena como la sustitución propiamente dicha «a los penados que, en el momento de la firmeza de la sentencia, no tengan la condición de militar», pero no a los que ostenten dicha condición (art. 22.1).

Al respecto, convengo con el Consejo General del Poder Judicial en que debería ponderarse la posibilidad de suspensión y la de sustitución (por multa) a los militares condenados a penas cortas privativas de libertad, siempre y cuando fuese de forma restrictiva y con la sustitución no resulte afectada la disciplina.

2. También se mantiene el criterio del Código vigente respecto a la *libertad condicional*, que «se aplicará cualquiera que sea la condición del penado» (art. 22.2).

D. PARTE ESPECIAL

En la Parte Especial, me limito a destacar algunas de las innovaciones más relevantes y a formular algunas consideraciones:

1. En el título I, entre otros, se regulan, como *delitos contra la Seguridad y la Defensa Nacionales*, los delitos contra centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar y las injurias a la organización militar, figuras estas que no afectan a la seguridad y defensa nacionales, sino a la seguridad de las Fuerzas Armadas y el normal y ordenado desenvolvimiento de las funciones militares, razón por la cual deberían agruparse en un título independiente, que podría llevar por rúbrica «Delitos contra la institución militar».

2. El título II prevé los *delitos contra la disciplina*, y entre ellos, el insulto a superior y el abuso de autoridad. En ambos casos —y es la in-

novación más significativa— se abandona la configuración de sus distintas formas como delitos cualificados por el resultado, con previsión de un tipo básico cuya pena no comprende la que pueda corresponder por los resultados lesivos que se produzcan, los que serán calificados conforme a las previsiones del Código penal, dando lugar al correspondiente concurso real de delitos.

En otro orden, se ha rectificado el criterio mantenido en la primera versión del anteproyecto, conforme al cual, las coacciones, amenazas, calumnias e injurias a superior solo se consideraban delitos militares cuando se realizasen en presencia del superior o ante una concurrencia de personas, por escrito o con publicidad. En el nuevo artículo 43, estas conductas constituyen siempre infracción penal militar (porque resulta indudable que se trata de acciones que, en todo caso, afectan a un bien jurídico esencial en las Fuerzas Armadas, cual es la disciplina), aunque se prevea una sanción más leve en los supuestos en que no concurren las indicadas circunstancias. Técnicamente sería más correcta la consideración de un tipo básico y su posterior agravación por las circunstancias concurrentes.

3. El título III, que regula los *delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*, constituye una de las novedades más relevantes del anteproyecto con la que da cobertura penal a los principios contenidos en la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas, cuya disposición final 8.<sup>a</sup>, apartado 3.º, es precisamente la que exige formalmente la reforma proyectada.

Estos delitos contemplan actuaciones de un militar contrarias a la libertad, el honor o la dignidad de otro militar del mismo empleo (algo que debiera precisarse en el artículo 50). Tales conductas cometidas contra un superior constituirían supuestos de insubordinación y, siendo el sujeto pasivo un subordinado, el delito sería de abuso de autoridad.

4. En el título IV, que regula los *delitos contra los deberes del servicio*, se incluye, como delito contra la eficacia en el servicio, el tráfico de sustancias estupefacientes, siendo esta una de las innovaciones más destacadas del Código proyectado.

En efecto, con base en la realidad criminológica y siguiendo la legislación comparada, el Proyecto incrimina el tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas cuando tales hechos son cometidos por un militar en instalaciones militares, buques, aeronaves, campamentos o durante ejercicios o maniobras, al ser éstas circunstancias que afectan indudablemente a la eficacia en la prestación del servicio y comportan un riesgo evidente para quienes utilizan armas y medios cuyo manejo requiere un especial deber de cuidado.

La incriminación se hace con remisión a las penas establecidas en los artículos 368 a 371 del Código penal, que se incrementarán en un quinto de su límite máximo, salvo que el lugar de comisión o la condición funcional o de autoridad del sujeto activo haya sido tenida en cuenta por dicho Código al describir o sancionar el delito.

5. En el título V se regulan, en un único precepto, los *delitos contra la Administración de Justicia*, con remisión a los tipos previstos en los artículos 446 a 471 del Código penal, que serán delitos militares cuando se cometan en relación con delitos y procedimientos militares o respecto a los órganos judiciales militares. Las penas serán las mismas previstas en la legislación común, salvo en el caso del quebrantamiento de condena cometido por el interno de un establecimiento militar, en el que la pena verá incrementado en un quinto su límite máximo.

La remisión es acorde con el principio de especialidad y con el planteamiento general del Proyecto y evita los problemas interpretativos derivados de la doble tipificación.

6. En el título VI y último, dedicado a los *delitos contra el patrimonio en el ámbito militar*, como novedad, se incorporan, con la consideración de delitos militares, los de hurto, robo, apropiación indebida, estafa o daños en instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, campamentos o durante ejercicios u operaciones, castigándose con las penas previstas en el Código penal, incrementado su límite máximo en un quinto. La razón de esta *militarización* de conductas que pueden tener por objeto enseres o efectos privados está, como destaca el Consejo General del Poder Judicial, en la afección de la eficacia de las Fuerzas Armadas y la incidencia en el servicio que la realización de estas conductas conllevan cuando se cometen en lugar militar.

#### IV. CONCLUSIÓN

La propuesta de un nuevo Código penal militar resulta conveniente y oportuna porque, al margen de dar cumplimiento al mandato parlamentario, supone un avance con respecto a la legislación vigente y así ha sido reconocido, en general, por la doctrina.

Sustancialmente se mantiene el núcleo básico del Código de 1985, que ha demostrado su efectividad en los últimos treinta años, pero a la vez se atiende a nuevas exigencias de incriminación en el ámbito estrictamente castrense, ya sea para tutelar con mayor efectividad el propio servicio militar, ya sea para proteger adecuadamente el ejerci-

cio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los militares.

Por otra parte, el Proyecto profundiza en los principios del Código de 1985, particularmente en el de especialidad —y consiguiente complementariedad— obviando tanto la repetición innecesaria de normas contenidas en el Código penal como la previsión de preceptos no justificados por la propia especialidad.

Solo de esta forma puede afirmarse con rigor que la legislación penal militar es complementaria de la legislación común, insertándose en el marco general de la legislación del Estado, de acuerdo con el principio de unidad del ordenamiento jurídico.

En otro orden, la aplicación rigurosa del principio de especialidad lleva al prelegislador a conformar la noción de delito militar no solo por tipificación expresa, sino también por remisión a las descripciones típicas del Código penal, de forma que únicamente serán delitos específicos (descritos en el libro II del Código) aquellos que carezcan de correlación con los delitos comunes. La conversión de determinados delitos comunes cometidos por militar en infracciones penales militares constituye una buena técnica para resolver duplicidades e interpretaciones contradictorias.

Obviamente, el Proyecto presenta también carencias y aspectos deficitarios, algunos de los cuales han sido señalados. Cabe esperar que los mismos sean objeto de debate y, en su caso, corrección a lo largo de la tramitación parlamentaria.

## BIBLIOGRAFÍA

- MILLÁN GARRIDO, A., *Justicia Militar*, 9.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Ariel, 2012, pp. 21-54.
- MILLÁN GARRIDO, A., «La reforma de la legislación militar en Italia (El Anteproyecto de la Asociación Nacional de Magistrados Militares)», en *Revista Española de Derecho Militar* 61, 1993, pp. 67-93. Asimismo publicado en *Derecho Penal y Criminología* 53 (Universidad Externado de Colombia), 1994, pp. 55-79; en *Criminalia* 3, t. XLI (Academia Mexicana de Ciencias Penales), 1995, pp. 147-175, y en *Revista Jurídica* 134 (Trujillo, Perú), 1996-1999, pp. 327-351.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «El Código Penal Militar», en *Revista General de Derecho* 499, 1986, pp. 1257-1309.

- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «El Derecho militar del siglo XXI: un proyecto de Código penal militar complementario», en *Revista Española de Derecho Militar* 77, 2001, pp. 91-133.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «El Anteproyecto (2013) de Ley Orgánica de Código penal militar», en *Revista Española de Derecho Militar* 100, 2013, pp. 87-116.

## PRESENTACIÓN DEL NÚMERO 100 DE LA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

Carlos Eymar Alonso  
*General auditor*

El 9 de diciembre de 2014, en el salón de actos de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en la calle del Marqués de Cubas, número 13, de Madrid, tuvo lugar la presentación del número 100 de la *Revista Española de Derecho Militar (REDEM)*. El acto estuvo presidido por el copresidente de la Sección de Derecho Militar de la citada Real Academia, don Luis Cazorla. En la mesa presidencial, acompañándole, se encontraban el otro copresidente de la Sección de Derecho Militar, don Antonio Pau, la subsecretaria de Defensa, doña Irene Domínguez-Alcahud, y los dos vicepresidentes de la referida sección: el asesor jurídico general de la Defensa, don Juan Manuel García Labajo, y el general consejero togado don José Luis Poyato. En sendas mesas auxiliares se sentaron como ponentes el letrado mayor del Consejo de Estado don Leandro Martínez-Cardós y el general auditor don Carlos Eymar, director de la *REDEM*.

Tras dar la bienvenida a los miembros de la presidencia y a los numerosos asistentes que llenaban la sala, don Luis Cazorla se felicitó por el hecho de que la presentación del número 100 de una revista tan prestigiosa en el ámbito del Derecho Militar, se celebrase precisamente en el marco de actividades realizadas por la Sección de Derecho Militar de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que apenas contaba con un año de existencia. A continuación dio la palabra al letrado mayor del Consejo de Estado don Leandro Martínez-Cardós, que pronunció las siguientes palabras:

«Antes que nada quiero agradecer, de una parte, al general Eymar que me haya invitado a intervenir en este acto. Intervención que solo está justificada por mi veteranía en el consejo de redacción de la Revista, puesto al que me incorporé en 1988. Agradecimiento que quiero también hacer extensivo a todos los directores de la Revista desde dicha fecha, que me han permitido continuar en el mismo. En especial tengo que mencionar al general Blay, que fue quien me incorporó a dicho consejo y con quien tengo además una especial deuda, puesto que, siendo el juez togado del automóvil en la primera Región Aérea, y colaborando yo entonces con él como secretario, me enseñó la prudencia en la aplicación del derecho.

La Revista ha alcanzado cien números. No es una cifra baladí. Cincuenta años son muchos. Cuando una revista alcanza tal longevidad es porque se ha ganado un merecido crédito. No voy a dar cuenta de la historia de la Revista. Ya lo ha hecho el general Eymar en el propio número 100. Quiero, sin embargo, resaltar lo que ha sido, lo que es y lo que, a mi juicio, debe seguir siendo la Revista.

La Revista ha sido, es y debe seguir siendo una revista de reflexión jurídica. Nuestros clásicos —y en especial Gracián— distinguían el saber presto o saber noticioso y el saber prudente. El saber presto o noticioso da cuenta de las cosas, da noticia de los hechos, pero sin penetrar en honduras, sin trascender la apariencia de las cosas, sin entrar en la sustancia de los conceptos. El saber prudente, por el contrario, penetra en los conceptos, los desmenuza, valorándolos de manera pausada y crítica. El saber presto es propio de lo que llaman la sociedad de la información, y aun la sociedad del conocimiento, en el que el conocimiento es superficial, episódico... La Revista ha sido, es y debe seguir siendo una revista del saber prudente. Es cierto que el saber presto tuvo en su momento una relevante presencia, pero hoy ha quedado reducido a sus estrictos límites. Porque, en la época de internet, no tiene sentido que la Revista se limite a dar cuenta de manera episódica o superficial de los hechos.

En segundo lugar, la Revista ha sido, es y debe seguir siendo una revista profesional, corporativa. La Revista nació bajo el cobijo del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, pero siempre fue una obra colectiva, corporativa, primero de los Cuerpos Jurídicos Militares —en especial el de Tierra— y luego del Cuerpo Jurídico Militar. Este Cuerpo Jurídico ha constituido el nervio y osamenta de la publicación, tomando prestada la expresión de un respetado maestro y amigo. Decir que ha sido, que es y que debe seguir siendo una revista profesional y corporativa del Cuerpo Jurídico Militar es decir que debe conservar los perfiles propios que la han definido. Una revista solvente, de altura, equidistante entre lo meramente

anecdótico y lo que son, por decirlo en palabras del marqués de Pombal cuando ordenó la clausura de la Facultad de Derecho de Coimbra, “excogitadas metafísicas universitarias que conducen a la esterilidad intelectual”. Una revista no práctica —porque la práctica no se puede enseñar—, sino técnica, que pondere adecuadamente los conceptos teóricos y la realidad en la que han de aplicarse.

La Revista ha sido, es y debe seguir siendo una revista de calidad. La calidad de la Revista está fuera de toda duda. Si no lo fuera, no habría durado cincuenta años. Permitidme solo una anécdota personal que acredita esta calidad. Hace ya muchos años asistía a una reunión internacional sobre el régimen de los resarcimientos de los daños causados por terroristas. El ponente principal era el profesor Hubner, creo que catedrático de la Universidad de Chicago, catedrático de una de esas materias que no están definidas, de las que son tan amigos los anglosajones y que evidencian su desorden conceptual. El profesor Hubner era considerado entonces el más avezado en el tema del terrorismo. Y con ese criterio tan anglosajón de solo citar e invocar a autores anglosajones, el profesor Hubner mencionó un ringlero de nombres, todos ingleses y americanos. Ningún otro que no lo fuera, salvo uno. Y solo mencionó una revista que tampoco lo fuera: la nuestra. En concreto mencionó a Gutiérrez Lanza. Al final me acerqué al ponente, quien me ratificó la calidad del trabajo de Lanza y añadió —en un perfectísimo castellano, pues estaba casado con una hondureña— que además estaba escrito en un español elegantísimo.

Y, en fin, la Revista ha sido, es y debe seguir siendo, diciéndolo también en términos de Gracián, ensayo ingenioso, un laboratorio de ideas que aporte soluciones nuevas a los problemas planteados en el mundo jurídico propio. Yo afirmaré que la Revista tiene hoy que vindicar el carácter de derecho común del derecho militar. No me refiero al derecho común en el sentido de *comune preceptum* del que hablaba Modestino, ni en el sentido de pesquisidor del bien común afirmado por Santo Tomás, ni en el sentido de expresivo de la voluntad general rusioniana, ni, en fin, en el sentido de participar de un orden jurídico válido kelseniano. Hay que afirmar el carácter de derecho común del derecho militar en el sentido de que se trata de un derecho autónomo, completo, presidido por la nota de la autointegración. Hay que vindicar que el derecho militar no está en relación de especialidad con ninguna otra rama del derecho. El derecho administrativo militar, laboral militar, penal militar, internacional militar, no están en relación de especialidad con el derecho administrativo, laboral o internacional paisano, sino que tienen sus propias reglas capaces de autoalimentarse de manera independiente. No hacerlo es reducir el derecho militar a un

derecho ancilar del no castrense, es negarle la posibilidad de ser lo que siempre fue, vivero de instituciones jurídicas nuevas, luego asimiladas por el ordenamiento paisano. Es curioso que los tres mejores historiadores del derecho del siglo xx en Europa: Meijers, Feenstra y Calasso, resaltaran el origen castrense de la mayor parte de las figuras e instituciones administrativas modernas. Y es curioso que don Ángel Salcedo, auditor general, en su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, allá en 1913, señalara que la esencia del derecho militar era la de ser un derecho de ensayo, de experimentación.

En fin, la Revista ha sido, es y debe seguir siendo una obra bien hecha; una obra colectiva bien hecha. Y, como antes he citado a Gracián, lo voy a volver a mencionar. En *El Criticón*, Critilo dice a Artemio que toda obra bien hecha tiene tres pizcas o tres granos: un grano de ingenio fecundo, un grano de juicio profundo y un grano de gusto jocundo». [Aplausos].

A continuación, el presidente dio la palabra al general Eymar, director de la Revista Española de Derecho Militar, que se dirigió a los asistentes con las siguientes palabras:

«Quiero agradecer al presidente de la Sección de Derecho Militar que nos haya brindado la oportunidad de que este número 100 de la *Revista Española de Derecho Militar (REDEM)* sea presentado en el magnífico escenario de una institución multiseccular como es esta Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Por otra parte, quiero recordar que don Luis Cazorla realiza, en este número 100, una pequeña colaboración en la que da cuenta de la creación, el 24 de junio de 2013, de la Sección de Derecho Militar en esta Real Academia. Yo espero que, en el futuro, entre esta joven Sección y la *REDEM*, puedan establecerse sinergias y mecanismos de colaboración para la difusión y desarrollo de esta rama del Derecho tan desconocida como interesante que es el Derecho Militar. Por otra parte, quiero agradecer a la subsecretaria del Ministerio de Defensa, doña Irene Domínguez-Alcahud, que representa la máxima autoridad del Ministerio en el consejo editorial de la Revista, el hecho de que haya querido distinguir con su presencia este acto. Al hacerlo, sigue una tradición de muchos otros subsecretarios, como don José María López Valencia, que desde el número 1 siempre apoyaron la Revista. Quiero mencionar en este sentido a don Gustavo Suárez Perterra, que, en su época de subsecretario, contribuyó decisivamente a que la Revista encontrara una definitiva estabilidad presupuestaria. Asimismo, quiero agradecer la presencia del secretario general técnico, don

David Javier Santos, del asesor jurídico general, don Juan Manuel García Labajo, y de la subdirectora de publicaciones del Ministerio, doña Margarita García Moreno, por el incondicional apoyo que han prestado a esta publicación.

Es una realidad constatable que nuestra vida personal y colectiva está ligada a los números. Continuamente buscamos aniversarios, centenarios o efemérides, para dar sentido y ritmo a nuestra existencia, vinculándonos con un hecho fundacional. Ya va a hacer cuatro años en que fui nombrado director de la *REDEM*, y casi desde el principio tomé conciencia de que el número 100 iba a cruzarse en mi camino, como un reto, una posibilidad de realizar una pequeña aportación a la intrahistoria de nuestra publicación. Además del diseño y de la estructuración de las colaboraciones, mi trabajo se centró en un pequeño ensayo de interpretación histórica que abre el número: «Crónica sucinta de cien números», cuyo contenido esencial paso a resumir a continuación. Desgraciadamente, no disponemos de archivos, libros de actas o documentación con los que poder elaborar una historia que nos remita a los tiempos fundacionales de la Revista. Por otra parte, y por razones puramente biológicas, ya no quedan testigos que puedan dar cuenta de aquellos años. A modo de ejemplo, quiero dejar constancia de mis intentos de contactar con don Manuel Jiménez de Parga, expresidente del Tribunal Constitucional y primer secretario de la Revista. Lamentablemente y pese a mi amistad con su cuñado, la entrevista no se pudo realizar debido al estado de salud de don Manuel, que falleció el 7 de mayo de 2014. Aun así, valiéndome de algunos elementos como archivos dispersos y memorias del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, así como de los editoriales que han venido puntuando la Revista, creo que he podido pergeñar un modesto ensayo de interpretación histórica.

Hace unos años, con motivo del cincuentenario de la apertura del concilio Vaticano II, el papa Benedicto XVI afirmó que para evaluar la dimensión histórica de aquel acontecimiento, había que partir de lo que él llamaba una hermenéutica de la continuidad en lugar de hacerlo desde una hermenéutica de la ruptura. Pienso que estos conceptos son de plena aplicación a la hora de situarnos con respecto a un hecho histórico, de alcance infinitamente más modesto, como es la fundación de la *REDEM*. Sin embargo, hace apenas un mes, en este mismo escenario, don Ángel Calderón, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, en la inauguración del curso de la Sección de Derecho Militar, parecía adoptar una hermenéutica de la ruptura cuando oponía implícitamente una justicia militar del pasado a otra del futuro. Por una parte estaría esa justicia militar, denunciada por Clemençeau, que produjo el caso Dreyfus, y por otra, una justicia militar

como la española, plenamente arraigada en valores democráticos y constitucionales y con un altísimo nivel de refinamiento técnico.

Desde el punto de vista de la doctrina, de la autonomía y de la historia del Derecho militar, podríamos inclinarnos a remarcar, de forma absoluta, la ruptura entre la justicia militar vigente en el momento de fundarse la Revista, con respecto a la justicia militar del presente. Y, sin embargo, a mi juicio, existen muchos elementos o principios inspiradores de la fundación de la *REDEM* que resultan plenamente actuales. Están, en la base, muchos fundamentos técnicos que ya fueron explicitados en obras muy anteriores, como ese discurso pronunciado en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, el 27 de abril de 1913, y que llevaba por título “Substantividad y fundamento del Derecho militar”, a cargo de don Ángel Salcedo Ruiz, que llegó a ser consejero togado del Consejo Supremo de Guerra y Marina y al cual también se ha referido don Leandro Martínez-Cardós. Por cierto que a la figura de don Ángel Salcedo se dedica un estudio, en el número 101 de la Revista, elaborado por don Pablo Ramírez Jerez, bibliotecario de la Real Academia de Ciencias Morales. Otro autor interesante, al cual don Antonio Millán Garrido acaba de consagrar un estudio, es don Ricardo Calderón Serrano, también jurídico militar, que, desde su exilio y en la cátedra de Derecho militar de la Universidad Nacional Autónoma de México, desarrolló, en los años cuarenta del pasado siglo, una importante obra consagrada al Derecho militar.

Asimismo, otro de los aspectos que resultan plenamente actuales es la pretensión de los fundadores de la Revista de otorgar al Derecho militar un fundamento y una vocación internacionalistas. Esto se desprende claramente del contexto histórico de la posguerra española y mundial, que hace surgir un renovado interés por los temas internacionales y por el Derecho de la guerra. A esto se añade que en el año 1948 se celebran los centenarios de Francisco Suárez, de Baltasar de Ayala y de la paz de Westfalia. En este contexto, en el marco del Instituto Francisco de Vitoria, dependiente del Centro Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), surge, en 1948, la *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, en cuyo primer número aparece ya un artículo de don Antonio Truyol sobre “Crímenes de guerra y derecho internacional” y otro de Legaz sobre “La fundamentación del Derecho de gentes en Suárez”, de Barcia Trelles sobre “La paz de Westfalia” y de Fraga sobre Baltasar de Ayala. En el consejo de redacción de esa revista, además de los citados autores, se encuentran otros ilustres internacionalistas como Luis García Arias, Aguilar Navarro, Castiella, Antonio de Luna o Federico de Castro.

Bajo la tutela e inspiración de la *REDI*, en el mismo Instituto Francisco de Vitoria del CSIC, surge una Sección de Derecho aeronáutico de cuya

fundación deja constancia un artículo de don Luis Tapia Salinas en el número 3 de dicha revista, en 1950. Tres años más tarde, en 1953, hay constancia de la creación, también bajo el Instituto Francisco de Vitoria, de una Sección de Derecho marítimo, bajo la dirección de don Luis Azcárraga y Bustamante, futuro catedrático de Derecho internacional y asesor jurídico general del Ministerio de Defensa, además de ser el célebre guionista de *Botón de Ancla*. Esta Sección crea un *Anuario de Derecho marítimo* dentro del Instituto Francisco de Vitoria. Con estos precedentes se impone la creación de una correspondiente Sección de Derecho militar, que es una tarea que se consuma en 1955 y que es llevada a cabo por dos personas que son también los fundadores de la *REDEM*: Eduardo de No Luis y José María Rodríguez Devesa. Debido a su influencia y a su incardinación en el Instituto, Francisco de Vitoria, se consolida la vocación y el carácter internacional de la *REDEM*, curiosamente en unos años de aislamiento internacional de España. Eduardo de No es un hombre preocupado por esta dimensión internacional del Derecho militar en una España que empieza a abrirse gracias a los Convenios Hispanonorteamericanos de 1953, año en que también se estrena la mítica película *Bienvenido Mister Marshall*. Eduardo de No es uno de los primeros asesores del Comité Conjunto Hispanonorteamericano, colaborador de la Cruz Roja internacional y participante en muchos foros internacionales sobre temas concernientes a los aspectos jurídicos de la guerra terrestre. Especial importancia tiene su participación desde el principio en la Société de Droit Militaire et de Droit de la Guerre, fundada en Estrasburgo en 1956. De No encabezó el grupo español y organizó el cuarto congreso de la Société celebrado en Madrid, alcanzando el cargo de vicepresidente. Por su parte, Rodríguez Devesa, uno de nuestros más destacados especialistas en Derecho militar, participa desde el principio en la fundación de la *REDEM*, en 1956, pero no como fundador, dado que su actividad investigadora le llevó a Friburgo, becado por el Instituto Francisco de Vitoria. También él propugna una apertura al mundo internacional, defendiendo el método del Derecho comparado como uno de los principios orientativos de cualquier metodología jurídica, incluido el Derecho militar.

La influencia de Rodríguez Devesa y De No marca la impronta internacionalista en la Revista en los casi veinte años que dura la dirección de De No, hasta 1977. Aún desde hoy llama la atención la presencia del Derecho comparado e internacional, el establecimiento de correspondencias en numerosos países extranjeros y la participación en congresos internacionales.

En esta actividad subyace una concepción amplia del Derecho militar que integra dentro de él, como una parte esencial, el Derecho de la guerra. Esta concepción no es unánime, pero es evidente. En un artículo publicado

en el número 11 de la Revista por el entonces comandante auditor don Esteban Ramos que llevaba por título “Hacia un nuevo sentido del Derecho militar”, se defiende ese sentido amplio. Para justificarlo no solo se alude a los grandes teólogos internacionalistas del siglo de oro español, sino al propio san Isidoro de Sevilla, que en sus *Etimologías*, siguiendo a Ulpiano, establece que el *ius militare* se encuadra dentro del *ius gentium*. También se alude a la figura del auditor creada por Carlos V en 1553, con un sentido claramente internacional. Es esta figura del auditor la que ha recobrado actualidad como modelo de asesoramiento jurídico en el marco de unidades u operaciones militares internacionales. Es, en definitiva, esta constatación de las raíces españolas en la formación del moderno Derecho militar la que, en paralelo a la *REDI* y con conciencia de la gran deuda con la escuela española de Derecho internacional, justificó la inclusión de ese calificativo de “española” en nuestra Revista.

Es esta inicial vocación internacional de la Revista la que ha sido mantenida por directores posteriores. Don Francisco Jiménez Jiménez, además de prestar en su línea investigadora una notable atención al Derecho comparado, fue siempre un miembro entusiasta de la Société de Droit Militaire, hasta llegar a ostentar su vicepresidencia. Don José Luis Fernández Flores, por su parte, en su calidad de catedrático de Derecho internacional y discípulo de don Luis García Arias, representa el paradigma de esa tradición de un Derecho militar que integra el Derecho de la guerra. Fue él quien fundó el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario (CEDIH) de Cruz Roja Española, que tanta importancia ha tenido en la difusión del conocimiento del Derecho humanitario en nuestro país y que, en muchas ocasiones, utilizó el cauce ofrecido por esta misma Revista. José Luis Rodríguez-Villasante, heredero de Fernández Flores en el CEDIH, no solo siguió con la difusión del Derecho humanitario, sino que consagró un par de números de la Revista al análisis del naciente fenómeno de la justicia penal internacional. A él también se debe la iniciativa de la creación del Premio Querol, que ha venido siendo, desde su creación en 2003, una importante fuente de originales. Por último, en lo que a mí concierne, me considero un modesto continuador de esa tradición internacionalista no solo por mi actividad como profesor de Derecho humanitario en el Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, sino por haber tenido como maestros a Fernández Flores y a Rodríguez-Villasante. Sin embargo, con ser dominante esta tradición internacionalista, no quiere decir que sea excluyente o cerrada con respecto a la inclusión de los numerosos ámbitos que integran el Derecho militar. En esa búsqueda del equilibrio entre los distintos ámbitos del Derecho militar hay que prestar especial reconocimiento a la labor llevada a

cabo en la dirección de la Revista por directores no internacionalistas como Francisco Blay, Carlos Girgado o Antonio Mozo.

Mi pretensión de mostrar unos elementos de continuidad con respecto al momento fundacional de la Revista ha tenido una traducción plástica. Personalmente nunca me entusiasmó el diseño de la portada que ha venido publicándose desde los años ochenta. Por eso, aprovechando la publicación de este número 100, presenté al consejo editorial y de redacción de la Revista el nuevo diseño, que recupera simbólicamente los principales elementos del diseño original. La propuesta, afortunadamente, fue aprobada por unanimidad.

No obstante, es preciso reconocer que junto a los elementos de continuidad, existen también, en el Derecho militar de hoy, muchos elementos de ruptura con respecto al del pasado. En especial hay que tener en cuenta todo el desarrollo normativo del Derecho militar conforme a los valores democráticos y a los principios constitucionales. Asimismo, la evolución de la realidad y de las instituciones internacionales y la revolución provocada por el inicio de la era digital y los nuevos contextos operativos y técnicos, imponen la correspondiente adaptación normativa.

En este sentido, el presente número 100 se presenta como una síntesis de tradición y modernidad. Tenemos, por una parte, el estudio recapitulativo, efectuado por don Ángel Calderón, de los antecedentes de la Sala Quinta del Supremo, su posición constitucional y las líneas de su jurisprudencia a lo largo de sus primeros veinticinco años de ejercicio. El anteproyecto de 2013 de la Ley Orgánica del Código Penal Militar, analizado por Rodríguez-Villasante, constituye un ejercicio de previsión, una muestra de aquellos esfuerzos de adaptación de las normas penales militares a las tendencias jurisprudenciales y al nuevo contexto técnico, social y operativo. De casi futurista podríamos calificar los artículos dedicados a la ciberguerra o a los instrumentos jurídicos para controlar la militarización del espacio ultraterrestre. La perspectiva europea queda reflejada en el análisis del Programa de cielo único europeo, y la nueva sensibilidad medioambiental queda expresada en el artículo sobre la implicación del Ministerio de Defensa en la preservación del medio marino. Por último, la lucha contra la realidad de la delincuencia transnacional trata de concretarse en una serie de propuestas sobre la extensión del derecho de visita por parte de los buques de la Armada. Todos esos artículos, que, como vemos, abordan temas de rabiosa actualidad, quedan en este número engarzados de forma equilibrada en cuanto a los enfoques ofrecidos por el Derecho aeronáutico, el Derecho marítimo, el Derecho penal militar y el Derecho internacional. Con ello se ha pretendido recoger aquella inicial inspiración

que llevó a agrupar aquellas disciplinas bajo la casa común del Instituto Francisco de Vitoria.

No quiero terminar mi intervención sin dejar de dirigir a todos los miembros del Cuerpo Jurídico aquí reunidos una invitación a la participación. La *REDEM* es una Revista de todos que debe dar cauce a toda la producción científica e investigadora en relación con el Derecho militar. Es verdad que el papel central de esta labor corresponde a la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, de cuyos cursos y trabajos siempre se ha nutrido la Revista; pero también queda un espacio para la expresión de la inquietud personal, para la búsqueda de soluciones, en forma de estudios científicos, a los problemas detectados por cada cual en sus respectivos destinos y ámbitos profesionales. Asimismo, invito a todos a dirigir a la Revista reseñas de libros y a dar cuenta de todas las actividades e iniciativas emprendidas, que puedan resultar de interés. Así, a título de ejemplo, en la sección de Información de este número 100 quedan reflejados algunos de esos acontecimientos que tienen como protagonistas a miembros del Cuerpo Jurídico, desde el nombramiento como académico de la Real Academia Española del general auditor don Miguel Sáenz Sagaseta, hasta los cursos impartidos en el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo, pasando por numerosos congresos o reuniones que tienen por objeto debatir algún aspecto relacionado con el Derecho militar. Es tarea de todos el seguir manteniendo el nivel de la Revista y luchar por mejorarlo. Como decía Rilke (a quien cito en honor de su traductor don Antonio Pau, que nos preside), “las cosas de nuestro trato y uso son transitorias y caducas, pero deben ser transformadas por nosotros a través de la más íntima comprensión”. Estoy seguro de que ejercicios de comprensión como este que he tratado de ofrecer sobre una realidad caduca como es la Revista, pueden ayudarnos a transformarla y a soñar, al menos, con otros cien números más». [Aplausos].

A continuación, don Luis Cazorla dio la palabra a doña Irene Domínguez-Alcahud, subsecretaria de Defensa, quien realizó la siguiente intervención:

«Buenas tardes. En primer lugar, quiero agradecer la oportunidad que nos ha brindado la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia para celebrar en su sede la presentación del número 100 de la *Revista Española de Derecho Militar (REDEM)*, y especialmente a los dos copresidentes de la Sección de Derecho Militar que hoy nos acompañan, don Luis María Cazorla Prieto y don Antonio Pau. Asimismo, quiero agradecer su presen-

cia a don Leandro Martínez-Cardós, letrado mayor del Consejo de Estado, a don Juan Manuel García Labajo, asesor jurídico general de la Defensa, y a don Carlos Eymar Alonso, general auditor y director de la *REDEM*, y, por supuesto, a todos quienes nos acompañan hoy en esta celebración.

Mi presencia hoy en este acto tiene varias vertientes, puesto que están adscritos a la Subsecretaría de Defensa los dos organismos del Ministerio de Defensa de los que actualmente depende la existencia de la Revista. Estos son, por una parte, la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, centro docente en cuyo seno, desde el año 1988, tiene su sede el consejo de redacción de la Revista; y por otra, la Secretaría General Técnica, responsable de su publicación, también desde 1988, a través de la Subdirección General de Publicaciones y Patrimonio Cultural. Por lo tanto, supone para mí una doble satisfacción el estar aquí en representación de estos dos centros para conmemorar que esta publicación, nacida en el año 1956, haya llegado a su número 100.

Al mismo tiempo, como responsable también de la Asesoría Jurídica General de la Defensa, considero un orgullo que los componentes del Cuerpo Jurídico Militar puedan contar con una publicación que sirva de cauce de expresión a todos aquellos juristas, militares o no, que quieran colaborar con sus aportaciones al conocimiento del Derecho militar español e internacional, que refleje la evolución del ordenamiento jurídico de las Fuerzas Armadas y que, en última instancia, sirva de expresión a las actuales líneas de investigación del Derecho militar.

La *REDEM* es una publicación de periodicidad semestral que, como he señalado anteriormente, nació en el año 1956. Lo hizo con una perspectiva esencialmente rigurosa y académica, que no ha perdido en todos estos años, en el seno de la Sección de Derecho Militar del Instituto Francisco de Vitoria, dependiendo del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Su principal objetivo fue, y sigue siendo en la actualidad, la publicación de artículos de las distintas ramas del Derecho militar: penal, disciplinario, administrativo, internacional, constitucional, marítimo, aeronáutico o comparado, desde cualquier perspectiva científica.

A lo largo de sus 58 años de vida, la Revista ha sufrido múltiples vicisitudes. Todas ellas, así como las características principales, mantenidas durante estos años, la evolución de la publicación, su estructura, los principales autores que han colaborado con sus trabajos y unas breves biografías de sus sucesivos directores, han sido estudiadas pormenorizadamente por el general Eymar, actual director de la Revista, quien en un amplio y detallado artículo, titulado “Crónica sucinta de cien números”, fruto de una profunda investigación, publica en este número 100 la trayectoria, tanto

desde el punto de vista del contenido como desde el punto de vista formal, que ha tenido la publicación.

De la lectura de este trabajo se pueden extraer algunos hechos destacables y otras cuestiones que han sido recurrentes en la vida de la Revista. Entre estas últimas se encuentra la precariedad vivida en casi todas sus etapas, que hizo peligrar su continuidad en varias ocasiones, pero que siempre fue salvada por el entusiasmo y la entrega de sus responsables a la hora de buscar soluciones a la falta de medios tanto materiales como personales. Esto ha posibilitado que en una época en que la vida de la mayoría de las publicaciones de estas características ha sido efímera, independientemente de su calidad, la *REDEM* haya permanecido hasta hoy. Todas estas incertidumbres han quedado atrás desde que la Revista se publicó en el seno de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, por lo que esperamos que el futuro le depare la estabilidad que se merece.

Entre las circunstancias más destacables de esta publicación, se halla la gran altura y calidad de las aportaciones, la apertura a colaboraciones de todo tipo de autores —sin otro límite que la naturaleza de la Revista y la altura científica que siempre se ha mantenido—, la inclusión desde sus inicios de artículos de juristas extranjeros que ha supuesto a la publicación un carácter internacional, o la vocación científica que mantiene desde su inicio.

En cuanto al aspecto formal, la Revista ha sufrido una evolución a lo largo de estos 58 años en los que su presentación ha dado un giro de 360 grados para volver, renovada, a sus orígenes, pues en este número 100 recupera en su cubierta el diseño original realizado para el primer número de la Revista.

En la actualidad, uno de los retos que acomete la publicación es su adaptación a los estándares y criterios científicos para que se la pueda incluir en los diferentes índices, plataformas y bases de datos internacionales. Ya desde este número 100 pueden ustedes observar el cumplimiento de algunos de ellos y de las normas de edición exigidas, existiendo el compromiso de cumplirlos en su totalidad en los números decisivos.

Otro aspecto que quiero destacar es el esfuerzo que se ha realizado para fomentar la difusión de esta publicación. De las más de treinta bibliotecas españolas que guardan entre sus fondos una colección de nuestra Revista, solo en la Biblioteca Nacional y en el Centro de Documentación de Defensa se contaba con colecciones completas de la misma. Para paliar esta carencia y aprovechando las posibilidades que nos han brindado las nuevas tecnologías, a lo largo de los últimos años se han llevado a cabo los siguientes proyectos, tanto para ampliar la difusión de esta publicación

más allá de nuestras fronteras y abrirla a otros ámbitos más allá del militar y el universitario, como para facilitar su almacenamiento y conservación:

- En el año 2003 se presentó un DVD que ofrecía los números publicados hasta ese momento, un total de setenta y ocho, dentro de un proyecto de digitalización que englobó a doce publicaciones periódicas del Ministerio de Defensa, denominado *Recopilación digital de publicaciones periódicas de Defensa*, y que perseguía facilitar la conservación y difusión del gran legado cultural que suponen las publicaciones periódicas del Departamento.
- El pasado año 2013 se acometieron dos proyectos que actualmente están culminados:
  - La inclusión de todos los números de la Revista en el catálogo de las publicaciones de Defensa, disponible en la página web <<http://publicaciones.defensa.gob.es>>, por lo que en la actualidad son accesibles para cualquier interesado desde cualquier lugar.
  - La creación de la app “Revistas de Defensa”, que permite leer los últimos números de la Revista desde cualquier dispositivo móvil y que es libre y gratuita.

Para finalizar, quiero reiterar el agradecimiento a todos ustedes por su presencia y felicitar a todos los implicados en la publicación de este número 100 de la Revista.

Muchas gracias». [Aplausos].

El presidente, don Luis Cazorla, dio las gracias a todos los presentes e intervinientes y recogió el reto de algunas de las propuestas que por ellos se hicieron. En este sentido se ofreció para que la *Revista Española de Derecho Militar* y la Sección de Derecho Militar de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación pudieran realizar en el futuro actos conjuntos como el que acababa de tener lugar. Asimismo, y ya que se había mencionado a don Luis Azcárraga y Bustamante, a quien él había conocido, anunció que iba a pedir a don Antonio Pau, que tanto sabía de historia, que realizase un estudio sobre su figura para su publicación en la *REDEM*. Y reiterando su agradecimiento dio por levantada la sesión.



# **NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN**



## REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. NORMAS EDITORIALES

La *Revista Española de Derecho Militar (REDEM)*, iniciada en 1956 y publicada por el Ministerio de Defensa, tiene su sede en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Su objetivo es el de la difusión del conocimiento de las distintas ramas del Derecho militar, fundamentalmente penal, disciplinario, administrativo, internacional, constitucional, marítimo, aeronáutico o comparado, desde cualquier perspectiva científica, ya sea esta dogmática, histórica, sociológica o filosófica. A estos efectos, publica estudios originales sobre estas materias, dirigidos a juristas nacionales o extranjeros especializados en el asesoramiento jurídico militar o en el ejercicio de la jurisdicción militar. Asimismo, se dirige a abogados, jueces o representantes del mundo académico, interesados en profundizar en la vertiente militar de sus respectivos ámbitos de especialidad. Si bien en sus cien primeros números ha tenido una periodicidad semestral, en lo sucesivo su periodicidad será anual.

Lo publicado en la *REDEM* no expresa directrices específicas ni la política oficial del Ministerio de Defensa. Los autores son los únicos responsables de los contenidos y las opiniones vertidas en los artículos.

Además de en soporte papel, la Revista es accesible a través del Portal del Ministerio de Defensa, página web [www.publicaciones.defensa.gob.es](http://www.publicaciones.defensa.gob.es)

## REQUISITOS DE LOS TRABAJOS

La *REDEM* solo aceptará para su publicación trabajos originales. Salvo que concurren circunstancias excepcionales, se rechazarán trabajos publicados con anterioridad o remitidos paralelamente para su publicación en otras revistas.

Las colaboraciones podrán adoptar la forma de estudios y notas. Los estudios habrán de tener una extensión máxima de 20.000 palabras de texto, incluida la bibliografía, equivalentes a 50 páginas impresas. La extensión máxima de las notas es de 12.000 palabras, correspondientes a 30 páginas impresas. Las colaboraciones deberán estructurarse en las siguientes partes: resumen, sumario y desarrollo.

Toda colaboración habrá de estar precedida por un resumen del contenido del artículo con una extensión máxima de 150 palabras, y cuatro palabras clave, acompañado de la correspondiente traducción o *Abstract* en inglés.

El sumario encabezará el artículo, y en él se hará constar, de forma continua y sin puntos y aparte, los distintos apartados y subapartados en los que el tema se va a desarrollar.

El contenido del artículo será desarrollado siguiendo la estructura prefijada en el sumario. En cuanto al sistema de citas, se podrá optar bien por el sistema abreviado, consistente en indicar en el texto, entre paréntesis, el nombre del autor, año de aparición de la obra y número de la página, por ejemplo: (Rodríguez-Villasante 1987, p. 2), referido a un elenco bibliográfico al final del artículo; o bien el sistema tradicional con notas bibliográficas a pie de página. En cuanto a las citas bibliográficas, siempre que se cite la obra completa deberá ser presentada de la siguiente forma: APELLIDO/S, inicial del nombre, *Título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de página. En lo que respecta a la cita de los artículos de revistas, estos irán entre comillas y, en cursiva, el título de la revista; por ejemplo: RODRÍGUEZ VILLASANTE, J. L., «La modificación del Código Penal Español por la Ley Orgánica 5/2010, en materia de crímenes de guerra», *Revista Española de Derecho Militar* 95-96, 2010, p. 149.

Los trabajos serán enviados a la redacción de la *REDEM* (Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de Ingenieros, n.º 6, 28047 Madrid), preferiblemente en soporte electrónico, a la siguiente dirección de correo-e: <emej@oc.mde.es>. Una vez recibidos, se remitirá el correspondiente acuse de recibo.

## **NORMAS DE EVALUACIÓN**

Tras la recepción del texto se procederá a una primera evaluación. Al menos dos miembros del Consejo de Redacción comprobarán que el trabajo se ajusta a los requisitos exigidos sobre extensión y sistema de citas, así como a la temática, metodología científica y líneas editoriales de la *REDEM*, pudiendo rechazarse aquellos artículos que reproduzcan temas tratados en el número anterior. En el caso de ser rechazado el trabajo, se notificará al autor, a quien también se le podrá requerir, en su caso, para que efectúe las correspondientes modificaciones.

Cada colaboración será evaluada mediante el sistema de «doble referee». A estos efectos, la colaboración se remitirá a un miembro del Consejo de Redacción, experto en la especialidad de que se trate, y que tendrá la consideración de gestor. Este se encargará de la búsqueda de dos evaluadores externos, reconocidos expertos en la materia, a quienes se remitirá, para evaluación, el citado artículo, garantizando el carácter anónimo de su autor. Los evaluadores disponen de seis u ocho semanas para entregar sus informes motivados, que se ajustarán al formulario incluido en anexo. Para ser publicado, un trabajo deberá obtener los correspondientes informes positivos de esos dos evaluadores externos. En el caso de que uno de los informes sea negativo, se estará a lo que decida el gestor o, en su caso, el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo cuya decisión será vinculante. Cualquiera de los evaluadores externos puede hacer observaciones o sugerir correcciones a los autores, a los que se dará un plazo adicional para incorporarlas a su trabajo. En este último supuesto, la publicación del trabajo, caso de que el gestor lo considere conveniente, se someterá de nuevo al Consejo de Redacción.

A los autores de los trabajos aceptados, caso de solicitarlo, se les expedirá un certificado en el que se haga constar que su manuscrito ha sido aprobado por el Consejo de Redacción de la *REDEM* y se halla pendiente de publicación.

**ANEXO**  
**INFORME SOBRE EVALUACIÓN DE TEXTOS**

TÍTULO DE LA OBRA:

OBSERVACIONES SOBRE EL CONTENIDO

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

(Utilización de fuentes primarias o secundarias, documentación...)

CALIDAD Y SOLIDEZ DE LA INVESTIGACIÓN

(Estructura, Coherencia, Fundamentación de las conclusiones)

NOVEDADES QUE APORTA A SU CAMPO DE ESTUDIO

(Originalidad de las tesis o conclusiones)

OBSERVACIONES SOBRE LA FORMA

EXTENSIÓN

ORDEN

ESTILO

¿RECOMIENDA SU PUBLICACIÓN?

SÍ, SIN OBJECIONES

NO, DEBE SER RECHAZADO

SÍ, SI SE REALIZAN CORRECCIONES

SI SON NECESARIAS CORRECCIONES, INDÍQUELAS



ISSN 0034-9399



9 770034 939003