

REVISTA
de ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

n.º 116

Madrid (España) • julio - diciembre 2021 • ISSN: 0034-9399



MINISTERIO DE DEFENSA

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

DIRECTOR

Rafael Eduardo Matamoros Martínez, general consejero togado.

CONSEJO EDITORIAL

Jacobo Barja de Quiroga López, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Antonio Alfonso Rodríguez, asesor jurídico general del Ministerio de Defensa. Juan Pozo Vilches, fiscal togado. Carlos Melón Muñoz, auditor presidente del Tribunal Militar Central. Ángel Menéndez Rexach, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Margarita García Moreno, subdirectora general de publicaciones y patrimonio cultural. Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández, secretario general técnico del Ministerio de Defensa. María Amparo Valcárcel García, subsecretaria del Ministerio de Defensa.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Javier Aparicio Gallego, exmagistrado del Tribunal Supremo. Concepción Escobar Hernández, catedrática de Derecho Internacional Público de la UNED. Francisco Fernández Segado, catedrático de Derecho Constitucional de la UCM. Federico Fernández de Buján Fernández, catedrático de Derecho Romano de la UNED. Juan Manuel García Labajo, exasesor jurídico general. Leandro Martínez-Cardós Ruiz, letrado mayor del Consejo de Estado. Ricardo Cuesta del Castillo, magistrado del Supremo. Fernando Marín Castán, magistrado del Tribunal Supremo. Francisco Menchén Herrerros, exmagistrado del Tribunal Supremo. Antonio Millán Garrido, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz. Antonio Mozo Seoane, exasesor jurídico general. Carlos Pérez del Valle, catedrático de Derecho Penal Universidad CEU San Pablo. Manuel Pérez González, catedrático emérito de Derecho Internacional de la UCM. Fernando Pignatelli y Meca, magistrado del Tribunal Supremo. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, expresidente del Tribunal Militar Central. Luis Rueda García, fiscal del Tribunal de Cuentas. Rafael Alcalá Pérez Flores, magistrado. Manuel Hernández-Tejero García, general auditor. Juan Carlos Domínguez Nafría, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones Universidad CEU San Pablo. Carlos Eymar Alonso, general auditor. Fernando García-Mercadal y García-Loygorri, general auditor. Francisco Luis Pascual Sarría, general auditor. Miguel Ángel Encinar Del Pozo, magistrado. María Ángeles Villegas García, magistrada. María Carmen Quesada Alcalá, profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la UNED. Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la UNED. María África Herrera Alonso, magistrada. Araceli Mangas Martín, catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la UCM. Eduardo José Fontán Silva, director del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial. D. Abraham Martínez Alcañiz, comandante auditor. Dña. Esmeralda Rasillo López, Fiscal de Sala de la Fiscalía Togada. D. José Alberto Fernández Rodera, magistrado del Tribunal Supremo.

MIEMBROS DE HONOR DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

Miguel Sáenz Sagaseta de Ilurdoz, académico de número de la Real Academia Española de la Lengua.

SECRETARIO

Francisco Carlos de Osuna Hervás, teniente coronel auditor

SECRETARÍO ADJUNTO

Laureano Tomás Zafrilla, coronel auditor

REDACCIÓN

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

Teléfono: 91 364 73 93

Fax: 91 364 73 99

emej@oc.mde.es

Catálogo de Publicaciones de Defensa

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

APP Revistas Defensa

Disponible para dispositivos Android en Google Play <http://play.google.com/store> y para dispositivos iOS en App Store en <http://store.apple.com/es>

Publicación de periodicidad semestral

Tarifas de suscripción anual: 12,00 €

Europa: 16,00 € Resto del mundo: 18,00 €

Precio ejemplar: 8,00 €

REVISTA *de* ESPAÑOLA DERECHO MILITAR

116 JULIO
DICIEMBRE
2021

MADRID



MINISTERIO DE DEFENSA



Catálogo de Publicaciones de Defensa
<https://publicaciones.defensa.gob.es>



Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado
<https://cpage.mpr.gob.es>

publicaciones.defensa.gob.es
cpage.mpr.gob.es

Edita:



Paseo de la Castellana 109, 28046 Madrid

© Autores y editor, 2022

NIPO 083-15-140-0 (edición impresa)

ISSN 0034-9399 (edición impresa)

Depósito legal M 523-1958

Fecha de edición: mayo de 2022

Maqueta e imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

NIPO 083-15-141-6 (edición en línea)

ISSN 2530-1497 (edición en línea)



Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad de los autores 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% libre de cloro procedente de bosques gestionados de forma sostenible.

ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 116 JULIO - DICIEMBRE 2021

IN MEMORIAM

- Antonio Millán Garrido. *A la memoria del Excmo. Sr. general consejero togado D. Eduardo Montull Lavilla* 9
- Fernando Marín Castán. *A la memoria del Excmo. Sr. general auditor D. José Cervera Pery*..... 13

ESTUDIOS

- Victoriano Gallego Arce. *Algoritmos y Fuerzas Armadas: una mirada desde la ética y el derecho militar* 17
- José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto. *Protección penal de la mujer contra la violencia sexual en el Estatuto de Roma y prohibición de la analogía in malam parte. A propósito de la condena del ex niño soldado Dominic Ongwen por la corte penal internacional*..... 57
- Rafael Sánchez de Nogués Gil. *Los mercenarios como mecanismo de elusión de la responsabilidad internacional* 111
- Alfonso López Feria. *El derecho a la protección de datos y las medidas de investigación tecnológica* 169
- Esteban José Hernando Zamanillo. *El derecho de sufragio activo de los miembros de las Fuerzas Armadas en el exterior: ¿una gestión difícil?* 201
- Jordi Casas Hervilla. *Análisis del elemento subjetivo en el delito de prevaricación administrativa*..... 237
- Vicente Manuel García Salguero. *El derecho de reunión y manifestación del personal militar: situación actual y aspectos disciplinarios*..... 267

RECENSIONES DE LIBROS

- Luis Rueda García. *Milicia y derecho* 309
- Abraham Martínez Alcañiz. *Cuaderno de prácticas de derecho internacional humanitario* 313

DOCUMENTACIÓN

- José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz. *Doctrina legal del Consejo de Estado* 319

IN MEMORIAM

**A LA MEMORIA DEL EXCMO. SR. GENERAL CONSEJERO
TOGADO D. EDUARDO MONTULL LAVILLA**



Hay personas de las que siempre guardaré un recuerdo imborrable. Una de ellas es el general consejero togado Eduardo Montull Lavilla, fallecido el pasado 4 de octubre de 2021 en Zaragoza a la edad de noventa y cuatro años. Los había cumplido el 31 de agosto y fue dicho día el último en que,

tras felicitarlo, pude, con alguna dificultad debido a su enfermedad, hablar con él y anunciarle una próxima visita que ya no podría tener lugar. Poco antes había fallecido su esposa, María Pilar Lafuente Gimeno, con la que estuvo felizmente casado sesenta y cinco años.

Conocí a Eduardo en 1981 cuando, siendo el teniente coronel auditor y yo capitán, coincidimos en Madrid en la Comisión para el Estudio y la Reforma de la Justicia Militar, en la que ambos fuimos ponentes del vigente Código penal militar, lo que sirvió para que se iniciase una buena amistad que hemos mantenido hasta ahora y que, además, resultó determinante en mi posterior trayectoria profesional.

Y es que, en esa época, me acababa de doctorar en la Universidad de Sevilla y deseaba iniciarme en el ámbito académico. Fue entonces cuando Eduardo me habló de la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de Jerez de la Frontera, de la que él, siendo aún Escuela de Comercio, había sido profesor desde 1954 a 1959 y su Director en los tres últimos años. Me habló de los buenos momentos vividos en dicho Centro, de su magnífico ambiente y de cómo habían sido profesores del mismo prestigiosos mercantilistas como Bernardo Moreno Quesada o Anibal Sánchez Andrés. Como, por otra parte, me encantaba Jerez, ciudad en la que antes había vivido de *hijo de familia*, le pedí que hiciese una gestión y viera la posibilidad de acceder a la Escuela.

Lo hizo y fue así cómo, gracias a Eduardo, logré una interinidad para el curso 1981-1982 que me permitió incorporarme al claustro de profesores de una Escuela en la que obtendría la titularidad y, posteriormente, su Cátedra de Derecho Mercantil, permaneciendo en la Universidad de Cádiz hasta mi jubilación en 2010.

A partir de entonces, como queda dicho, mantuve una continuada relación personal y profesional con Eduardo, quien prologó, con afecto y generosidad, mi segundo libro (*Régimen disciplinario de la Guardia Civil*, Trotta, Madrid, 1992, 293 páginas), siendo importantes su opinión y consejo en otros posteriores. Vino él en diversas ocasiones a Jerez y yo le visité varias veces en Zaragoza. En noviembre de 2019 estuve en su casa y lo encontré como siempre, esto es conversador, simpático y afectivo. Me habló de muchas cosas, incluso de golf, que era el deporte que practicaba, especialmente desde su jubilación, lo mismo que María Pilar, quien aseguraba ser mejor que él.

El Dr. Eduardo Montull Lavilla se licenció y doctoró con premio extraordinario en la Universidad de Zaragoza, ingresando por oposición en 1953 en el Cuerpo Jurídico Militar, donde, en sucesivos destinos (Valencia, Sevilla, Zaragoza, Burgos, etc.), desarrolló siempre una magnífica labor

profesional con afán diario de superación, amor al servicio y el rigor propio de un jurista exigente. Tales valores le llevaron a alcanzar el Generalato en 1988 y el máximo empleo de General Consejero Togado en 1990, desempeñando con brillantez los cargos de Fiscal de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo y de 2.º Jefe de la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, pasando a la situación de segunda reserva el 31 de agosto de 1992.

Fue, asimismo y según se ha indicado, Catedrático de Derecho Mercantil de las Escuelas Universitarias de Estudios Empresariales de Jerez y Zaragoza, centros en los que se le recuerda como profesor vocacional, jurista brillante y buen gestor.

Académico Numerario de la Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, que presidió durante algunos años, y de la Real Academia de Medicina de Zaragoza, fue también Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada y Correspondiente de la de España.

Autor de una treintena de publicaciones, ostentaba, entre otras muchas condecoraciones, la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort, la Gran Cruz de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo y la Gran Cruz de la Real Orden del Mérito Militar.

Hombre de profundas convicciones patrióticas y amor a las fuerzas armadas, el General Eduardo Montull era, en el plano más personal, amable, educado, gentil, caballeroso, elegante, buen conversador, siempre sonriente y con un espíritu positivo que lo acompañó toda su vida.

Quienes tuvimos la inmensa suerte de tratar y compartir vivencias con Eduardo sabemos que su recuerdo permanecerá en nosotros.

Dios lo tenga en su Gloria.

Jerez, 24 de diciembre de 2021

Antonio Millán Garrido. Catedrático de Derecho Mercantil

**A LA MEMORIA DEL EXCMO. SR. GENERAL AUDITOR
D. JOSÉ CERVERA PERY**



El director de la *Revista Española de Derecho Militar* me encomienda la necrológica del general auditor José Cervera Pery. Un honor que agradezco. Otra cosa es cumplir con el rigor requerido, pues José Cervera, Pepe para todos, es una figura a la que nada era ajeno, que trasciende a su inmensa producción bibliográfica o a una carrera militar cuajada de aportaciones a la propia entraña de la institución castrense, vertientes ambas que colmó al máximo.

Ingresado en el Cuerpo Jurídico de la Armada en 1959, siempre mostró un espíritu poliédrico, al alcance de pocos. Poeta, novelista, historiador, periodista, maritimista de enjundia y, «last but not least», oficial de la

Armada. Prestó servicios, entre otros destinos, en la Guinea española, representó a España en la Conferencia de Derecho del Mar en Montego Bay, tuvo el honor de ser el último Auditor de la Flota y su labor en el Servicio Histórico de la Armada dejó huella imborrable.

Siempre ejemplificó que un cabal asesoramiento jurídico al mando iba de la mano con una condición militar engastada en la historia y la vida de nuestra Marina de Guerra. Qué duda cabe que sus raíces familiares y regionales ayudaban, pero los saberes plurales, el patriotismo y la humorada inteligente eran decisivos para desbrozar el camino.

Vitalista, conversador amenísimo, conferenciante brillante, polígrafo incansable y amigo entrañable, su recuerdo, estoy seguro, resulta útil para vivificar el presente y mejor afrontar los retos del futuro en el mundo del derecho militar y aledaños. Léase, por tanto, su obra, que nos aporta tantas cosas, en lo histórico y en lo jurídico. Que los valores tan acertadamente reflejados en su ingente producción intelectual gocen de la vigencia que merecen. Sin ellos los Ejércitos mudan en algo muy alejado de la naturaleza que les es propia. Descansen en paz.

Fernando Marín Castán. Magistrado de la Sala V del Tribunal Supremo

ESTUDIOS

**ALGORITMOS Y FUERZAS ARMADAS: UNA MIRADA DESDE
LA ÉTICA Y EL DERECHO MILITAR**
**Premio de Defensa 2021 en su modalidad
premio José Fernández Querol y Lombardero**

Victoriano Gallego Arce

Resumen

Estas reflexiones relativas al tema «Inteligencia Artificial y el Derecho Militar» tienen el propósito de acercarnos al escenario ético y jurídico en el que actuará el militar a medida que estas tecnologías emergentes se instalen en nuestra vida diaria y en la vida castrense.

Esta cuarta revolución industrial constituye un gran reto para la sociedad y, por tanto, también para el militar y para jurista, porque la Inteligencia Artificial tiene que dirigirse hacia el interés general, la protección de la dignidad de la persona y el progreso humano, mediante una regulación adecuada.

Con estas tecnologías, la vida humana se verá transformada afectando a los conflictos armados, a las misiones de las Fuerzas Armadas y al derecho militar, por lo que el legislador tendrá que explorar los campos de una regulación proactiva, más que reactiva, sobre la base de los principios éticos y jurídicos que soportan la Institución Militar.

Palabras clave: algoritmo, ética, derecho militar, principios.

Abstract

These reflections on «Artificial Intelligence and Military Law» are intended to bring us closer to the ethical and legal scenario in which the military will act, when the emerging technologies are installed in our daily lives and in military life.

The Fourth Industrial Revolution constitutes a great challenge for society and, also for the military and for lawyers. Artificial Intelligence has to be directed, through proper regulation, towards the general interest, the protection of the dignity of the person and human progress.

With these technologies, human life will be transformed, and this will end up affecting armed conflicts, the missions of the Armed Forces and Military Law. Thus, legislators will have to explore the fields of proactive regulation, rather than reactive, based on the ethical and legal principles that support the Military Institution.

Keywords: algorithms, ethic, Military Law, regulation, legal, principles

Sumario

1. A modo de introducción: Algoritmo *¿Quo Vadis?* 2. Notas conceptuales básicas. II.1. *¿Qué debemos entender por Inteligencia Artificial?* 2.2. *¿Qué son los algoritmos?* 3. El marco de principios éticos y normativos de la inteligencia artificial en la Unión Europea. 3.1. *Los usos militares del Inteligencia Artificial a la luz de la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de enero de 2021.* 3.2. *Protección del ser humano y control por el ser humano.* 3.3. *La regulación del empleo de los Sistemas de Armas Autónomos Letales.* 4. La aplicación de la Inteligencia Artificial y los dilemas éticos. 4.1. *Aspectos generales.* 4.2. *La Ética en la profesión militar.* 5. La inteligencia artificial en el derecho militar. 6. Volver sobre los principios y leer a los clásicos. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: ALGORITMO ¿QUO VADIS?

Las primeras impresiones que nos vienen a la cabeza cuando pensamos en Inteligencia Artificial es la multitud de términos vinculados a ella (*algoritmos, big data, internet de las cosas, blockchain, machine learning o gobernanza inteligente*) que no siempre son bien comprendidos y contextualizados; otras veces se afirma que estamos ante la cuarta revolución industrial o se duda sobre si estamos ante una era de cambio o un cambio de era, mientras la palabra más usada es *disrupción*.

En todo caso, estamos ante un cambio vertiginoso que nos atropella, que nos presenta un futuro de oportunidades, de crecimiento y de bienestar humano, pero también vemos sobre el horizonte los negros nubarrones de unos riesgos y vulnerabilidades que nos exigen ponernos a cubierto o, al menos, estar ojo avizor para que el diseño, desarrollo y puesta en funcionamiento de estos programas de Inteligencia Artificial se adecúen al escrupuloso respeto a los derechos y libertades de las personas, reconocidos y garantizados en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, así como en las declaraciones y tratados internacionales que nos vinculan.

De entre las voces relevantes que han vislumbrado efectos perjudiciales (e incluso apocalípticos) de esta revolución tecnológica que vivimos, destacamos la del ilustre científico, ya desaparecido, Stephen Hawking cuando afirmó que «el desarrollo de la Inteligencia Artificial podría significar el fin de la raza humana»¹.

Sabemos que, cuando todo va bien, nadie echa en falta el derecho ni la ética, por el contrario, recurrimos a ellos cuando buscamos seguridad, protección frente a las amenazas, minimizar los efectos de los riesgos, poner orden en el caos o encontrar vías de solución a los conflictos.

Este trabajo pretende, a través de una revisión de la literatura sobre la materia y el análisis de textos jurídicos, estudiar si nuestro derecho militar está blindado frente a la posible trascendencia de la implantación de la Inteligencia Artificial en los diferentes ámbitos de la vida castrense o si, por el contrario, sería conveniente reflexionar sobre los impactos que esta revolución tecnológica va a tener en este cuerpo normativo.

Como primer paso para alcanzar ese objetivo general, es necesario llevar a cabo una aproximación conceptual a la Inteligencia Artificial y a los algoritmos, al menos, desde la perspectiva del ámbito militar.

En una segunda fase, nos proponemos recorrer las iniciativas que ha presentado la Unión Europea para la elaboración de un marco normativo sobre la materia, en la búsqueda de una posición de liderazgo y sobre la base de los principios y valores que rigen la Unión; pero también nos detenemos en el enfoque que el legislador y las políticas públicas españolas dan a estos nuevos problemas en estos nuevos escenarios. Finalmente, en

¹ Entrevista en la BBC el 11 de diciembre de 2014. En parecidos términos: Nick Bostrom: *Debemos ser capaces de saber cómo controlar la Inteligencia Artificial*. Disponible en: https://www.abc.es/cultura/abci-nick-bostrom-debemos-capaces-saber-como-controlar-inteligencia-artificial-201809090052_noticia.html. [Comprobado 15 de julio de 2021].

También han realizado manifestaciones parecidas Bill Gates o Steve Wozniak. *Vid.* https://www.eldiario.es/hojaderouter/ciencia/inteligencia-artificial-robots-elon-musk-bill-gates-steve-wozniak_1_2584819.html. [Comprobado 15 de julio de 2021].

la tercera y cuarta fase, tratamos de investigar la trascendencia ética y jurídica en el específico ámbito militar.

Así las cosas, la principal idea que se quiere transmitir con este trabajo es que, si hablamos de un marco regulador de la Inteligencia Artificial (sea cual sea el aspecto sectorial que resulte afectado), es necesario ir delante. Esta vez no podemos ir detrás del tren y subirnos al peldaño del último vagón hasta alcanzar los mandos de la máquina. Hemos creado un tren compacto y de alta velocidad que no nos permite nada de eso.

La Inteligencia Artificial, estratégicamente prioritaria, atrae a todos los ámbitos del poder y del saber (economía, política, conflictos armados, salud, catástrofes, etc.) de forma transversal. Se trata de un sistema capaz de tomar decisiones por sí mismo, a través del análisis y del procesamiento de una cantidad de datos desmedida para el cerebro humano, es decir, capaz de pensar, de desarrollar tareas complejas y de tomar decisiones; pero también (y aquí, tal vez, esté el nudo gordiano de nuestro trabajo) estos sistemas pueden ser capaces de retroalimentar su propio desarrollo, porque tienen capacidad exponencial de aprendizaje automático, rediseñándose sí mismos y, en definitiva, «aprendiendo a aprender»; lo que se conoce como *machine learning*, cuando se trata de un aprendizaje automático con un cierto grado de supervisión y, *deep learning*, o aprendizaje no supervisado por el ser humano, que se acerca a la potencia perceptiva humana. En este momento es cuando la máquina «adelanta» al ser humano porque «se pierde el control sobre ella».

Indiscutiblemente, en todos los ámbitos de aplicación y desarrollo de estos avances tecnológicos, tiene que estar presente el derecho antes de que la persona pierda su capacidad decisoria o afloren otros efectos perjudiciales. No puede obviarse que ya existen lo que podríamos denominar «usos cuestionables»² de la Inteligencia Artificial y se utilizan unas aplicaciones que, a veces, se nos presentan como genuinas oportunidades de progreso y, en otras ocasiones, las vemos como factores de riesgo y verdaderas vulnerabilidades (armas letales autónomas, control de la sociedad, fotos o vídeos *fakes*, etc.).

En definitiva, se detecta la necesidad de establecer un marco regulador para proteger a las personas, sus derechos fundamentales y las reglas de convivencia que nos hemos dado en nuestro Estado de derecho. Pero también aprovechar este gran salto tecnológico para que nuestra sociedad

² «Las prisas en la carrera de la Inteligencia Artificial arrollan la ética empresarial». El 86% de los directivos ha visto usos éticamente cuestionables mediante esta tecnología en su empresa en los dos o tres últimos años, según un reciente informe. El País. 30 de agosto de 2019.

tome la iniciativa frente al efecto disruptivo de la Inteligencia Artificial, sin limitaciones ni desventajas.

En este sentido, la Unión Europea ha proporcionado importantes textos en los que se perciben las claves para el basamento de un futuro marco regulador de la Inteligencia Artificial, capaz de generar un «ecosistema de confianza», con sujeción plena a sus valores fundamentales y centrada en el ser humano. Así se recoge, entre otros, en el *Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial: un enfoque europeo de la excelencia y la confianza*³ que, aunque no aborda ni el uso ni el desarrollo de la Inteligencia Artificial para fines militares⁴, ofrece el enfoque de un marco regulador y garantizador de una Inteligencia Artificial que proporcione confianza y brinde seguridad jurídica a todos los ciudadanos de la Unión Europea⁵. Esto es, una Europa que lidere y no sea liderada⁶.

Adentrándonos en el concreto campo que nos ocupa, la incorporación de la Inteligencia Artificial a los sistemas de armamento y a la doctrina militar genera, como luego se verá, una gran complejidad a la hora de diseñar el marco normativo adecuado que sistematice la adopción de decisiones para las distintas opciones de empleo de este método de algoritmización. Téngase en cuenta que el aumento de dicha complejidad es directamente proporcional al incremento de las dificultades de control y esto genera tendencia al caos.

Todo ello nos obliga a estar muy atento a las oportunidades que ofrecen estos avances, pero mucho más a prevenir los riesgos que pueden generarse para la persona, en su dignidad y sus derechos fundamentales, para la organización y funcionamiento de los Ejércitos y, especialmente, para el adecuado cumplimiento de las misiones que tienen constitucionalmente encomendadas, siempre sobre la base de los principios y valores que deben sustentar la vida castrense.

En 1832, el célebre militar prusiano Carl Von Clausewitz nos dejó patente, en su obra póstuma, que la guerra es camaleónica y que constituye una trinidad compuesta por el odio, la enemistad y la violencia primigenia⁷. Hoy la ciberguerra o la Inteligencia Artificial, entre otras nociones, nos enseña que la guerra ya no es aquel asunto de daños reducidos y de

³ COM (2020) 65 final.

⁴ *Ibidem*, p. 1.

⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁶ Pedreño Muñoz, A. y Moreno Izquierdo, L. (2020). Europa frente a EE. UU. y China. Prevenir el declive en la era de la inteligencia artificial. Alicante. P. 23.

⁷ Clausewitz, C. (2002). *De la guerra*. Ed. Librodot.com. P. 21. Disponible en: <http://librodot.com>. El Mariscal Clausewitz falleció en 1931 sin acabar de revisar sus manuscritos. La obra *De la Guerra* fue publicada por su esposa un año después.

grandes beneficios, sino de daños elevados y pocos beneficios, a pesar de que los partidarios del empleo de estas máquinas nos inviten a pensar que van a ser ellas las que se destruyan y no los combatientes humanos⁸.

A esto se añade que los conflictos armados son estructuras muy complejas y, cualquier suceso, por muy poco relevante que parezca (o incluso, que lo sea), puede llegar a desencadenar el caos y la desestabilización total. Es decir, que con frecuencia se producen efectos absolutamente desproporcionales respecto a la causa. La historia nos ha dado muchos ejemplos de ello y, como señala Saúl Fernández, «hay que considerar que un sistema inestable, llegado a un punto crítico se volverá caótico. Esto ocurrirá crecientemente a velocidades propias de la electrónica y a niveles de complejidad incomprensibles para operadores humanos»⁹.

No obstante, no toda temática relativa a lo militar se circunscribe al conflicto armado. Por eso el tema que nos ocupa, plantea otear otros enfoques no menos importantes. Así, en primer lugar, se debería analizar de qué manera la Inteligencia Artificial afectará al derecho y a la seguridad jurídica, que es un problema común y general en todos los ámbitos; en segundo lugar, preguntarnos si el derecho militar necesita ser revisado y actualizado para adaptarse lo antes posible a la llegada, más que previsible, de los artilugios dotados de Inteligencia Artificial y, por último, si el proceso de aplicación e interpretación de todo el conjunto de disposiciones legales y reglamentarias que regulan la organización, las funciones y la vida diaria de los Ejércitos y de su personal, se puede depositar, en todo o en parte, en un algoritmo. Todo ello empleándose una metodología de investigación sociológica-jurídica.

2. NOTAS CONCEPTUALES BÁSICAS

2.1 ¿QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL?

En la literatura aparecen distintas formas de definir la Inteligencia Artificial que, a nuestro juicio, no incurren en contradicciones ni inducen a la confusión, sino que presentan distintos enfoques que, en función del ámbito sectorial del que se trate, insertan determinados matices y elementos

⁸ Harari, Y. N. (2019). 21 lecciones para el siglo XXI. Barcelona, Ed. Debate. P. 207.

⁹ Fernández, S. (2019). Inteligencia Artificial en el Contexto de Competencia entre Superpotencias Internacionales. GESI. Grupo de Estudios en Seguridad Nacional, oct. 2019. Disponible en: <http://www.seguridadinternacional.es>, p. 1.

de mejora en las definiciones a medida que se profundiza en el conocimiento de esta.

El propio Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial predecía que «en los sucesivos instrumentos jurídicos, la definición de la Inteligencia Artificial tendrá que ser suficientemente flexible para adaptarse al progreso técnico, al tiempo que mantiene un nivel de precisión adecuado para ofrecer la seguridad jurídica necesaria»¹⁰.

Este texto que, recordemos, no se plantea el desarrollo y el uso de la Inteligencia Artificial para asuntos militares, partía de una primera definición que la Comisión Europea ofreció en su *Comunicación sobre la Inteligencia Artificial para Europa*, al establecer que el término «Inteligencia Artificial se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos»¹¹.

Más recientemente, el Parlamento Europeo pidió a la Comisión que armonizara dos definiciones de peso, necesarias para el específico caso del uso de estos avances tecnológicos con fines militares. Así y en primer lugar, se concretó que debe entenderse por «sistema de Inteligencia Artificial, todo sistema basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que muestra un comportamiento que simula la inteligencia, entre otras cosas, mediante la recopilación y el tratamiento de datos, el análisis y la interpretación de su entorno y la adopción de medidas, con cierto grado de autonomía, para lograr objetivos específicos»; y, en segundo lugar, el concepto de «autónomo» referido a un sistema de Inteligencia Artificial «que funciona interpretando determinados datos de entrada y utilizando un conjunto de instrucciones predeterminadas, sin limitarse a ellas, a pesar de que el comportamiento del sistema esté limitado y orientado a cumplir el objetivo que se le haya asignado y otras decisiones»¹².

Dicho de forma sencilla para el mejor enfoque de nuestro estudio, los ordenadores van a ser capaces de llevar a cabo tareas y actuaciones que son privativas del ser humano, desplegando habilidades y facultades características de aquellos y que les afecta de manera directa.

¿Cómo funciona la Inteligencia Artificial? Pues, operan mediante el uso de dos materiales fundamentales: los algoritmos y los datos.

¹⁰ Libro blanco. *Op. cit.*, p. 20.

¹¹ COM (2018) 237 final, p. 1.

¹² Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero de 2021, sobre inteligencia artificial: cuestiones de interpretación y de aplicación del Derecho internacional en la medida en que la UE se ve afectada en los ámbitos de los usos civil y militar, así como de la autoridad del Estado fuera del ámbito de la justicia penal [2020/2013(INI)], p. 5.

2.2 ¿QUÉ SON LOS ALGORITMOS?

Los algoritmos son, en palabras de Beriain, series de ecuaciones matemáticas que se entrelazan para proporcionar un resultado o una decisión concreta que sirva para solucionar el problema planteado, gracias a la consideración de un número de variables que varía sustancialmente de un caso a otro¹³. Es decir que, a través de la resolución de estas ecuaciones, el ordenador sigue un determinado procedimiento hasta alcanzar un objetivo determinado, a través del procesamiento de una gran cantidad de datos que, incluso, hace que los propios algoritmos puedan seguir aprendiendo mientras se utilizan¹⁴.

Es aquí donde, a nuestro juicio, es preciso poner toda la atención posible, porque el comportamiento que deben seguir estos ingenios lo definen y lo limitan quienes los diseñan, definiendo los objetivos que deben alcanzar¹⁵. Es decir que las personas han programado el algoritmo para que, siguiendo un proceso muy complejo de operaciones matemáticas, halle la solución a un determinado problema mediante la recopilación, la preparación y el análisis de grandes cantidades de datos en diversas etapas. En todo caso no concluye con una respuesta científicamente cierta, sino que ese resultado es fruto de la correlación entre datos y hechos. Por eso el algoritmo ofrece una respuesta, pero no es capaz de explicarla, porque establece esa correlación de datos, pero no explica la causa que produce algo, es decir, el porqué de las cosas¹⁶.

La reciente Resolución de la Eurocámara de 20 de enero de 2021, en la que nos detendremos más adelante, solicita que, «cuando los poderes públicos empleen la Inteligencia Artificial, los algoritmos tienen que resultar explicables y debe haber transparencia y vigilancia reglamentaria»¹⁷, reiterando que la regulación, además de mantenerse actualizada respecto a los avances tecnológicos, debe respaldarse por sistemas de auditoría, explicabilidad, rendición de cuentas y trazabilidad¹⁸.

Es lógico que la Unión Europea, debido a los ámbitos tan sensibles sobre los que actúan los algoritmos, desee testar estas aplicaciones. Pero si

¹³ De Miguel Beriain, I. y Pérez Estrada, M. J. (2020). La Inteligencia Artificial en el proceso penal español: un análisis de su admisibilidad sobre la base de los derechos fundamentales implicados. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*. 25, p. 535. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rduned.25.2019.27013>. [Consultado el 25 de junio de 2021].

¹⁴ Libro blanco. *Op. cit.*, p. 20.

¹⁵ *Ibidem*, p. 20.

¹⁶ De Miguel y Pérez Estrada. *Op. cit.*, pp. 537 y 538.

¹⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero de 2021, *Op. cit.* Considerando 62.

¹⁸ *Ibidem*. Considerando 14.

reflexionamos con detenimiento, ocurre que, en primer lugar, para poder auditar, el «auditor» deberá tener, al menos, los mismos conocimientos que el desarrollador del programa. Segundo, que si las empresas encuentran esos inconvenientes en Europa y otros Estados —Estados Unidos o China— cuentan con normativas más flexibles, se vería gravemente afectada la competitividad de nuestras empresas y será más difícil liderar esta materia. En tercer lugar, que desvelar el secreto del algoritmo puede poner en peligro el funcionamiento del propio algoritmo ante posibles filtraciones y actuaciones de los denominados «hackers». Y, por último, que las conexiones entre los datos pueden ser tan complejas que, sencillamente, las explicaciones sean difíciles de exponer¹⁹, eso que los expertos llaman «la caja negra» y que parece indicar qué cuanto menos explicable sea, más y mejores resultados ofrece²⁰.

Por lo tanto, sabemos que las personas intervienen cuando se crea el algoritmo, pero una vez que este se ha puesto en marcha y toma decisiones, frecuentemente, no vuelve a haber un control humano para comprobar dicha decisión. Y no solo no hay control, sino que tampoco conocemos los motivos de la decisión porque, como se ha dicho, no se traducen las correlaciones de los datos en causas²¹.

¿De dónde salen los datos con los que trabaja el algoritmo? El profesor Cotino²² explica que los grandes datos son generados por nosotros mismos, producidos por los billones de contactos que genera la navegación en internet o las comunicaciones del internet de las cosas, entre máquinas (comentarios, encuestas, WhatsApp, correos electrónicos, Facebook, Twitter, búsquedas en Google, YouTube, sensores, medidores, localizadores GPS, entre otras muchas fuentes)²³.

Así las cosas, los datos se convierten en la sangre del sistema. Sin ellos no es posible entrenar a los algoritmos, sin estos no existe la Inteligencia Artificial y, sin Inteligencia Artificial, una gran brecha se abre en la

¹⁹ En parecidos términos, *Vid.* Moreno, L. y Pedreños, A. *Op. cit.*, p. 141.

²⁰ Gran parte del procesamiento, almacenamiento y uso de la información es realizado por el algoritmo mismo y de forma poco transparente dentro de una caja negra de procesamiento prácticamente inescrutable.

²¹ Gil González, E. (2016). Big data, privacidad y protección de datos. XIX Edición del Premio Protección de Datos Personales de Investigación de la Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, Ed. Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Pp. 41 y 42.

²² Cotino Hueso, L. (2017). Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales. *Dilemata*. N.º 24, p. 133.

²³ *Ibidem*. El profesor recomienda la consulta a la página www.internetlivestats.com que permite comprobar las estratosféricas cifras de usuarios de distintos servicios de internet en tiempo real de forma muy visual.

competitividad de las economías y de las sociedades mundiales²⁴. ¿Dónde está esa materia prima que son los datos? Pues en grandes empresas tecnológicas²⁵. Por eso la Eurocámara insiste «en que *los Estados miembros deben tomar medidas eficaces para reducir su dependencia de datos extranjeros*, sin distorsionar considerablemente el mercado, para garantizar que la posesión de las tecnologías de Inteligencia Artificial más avanzadas por parte de poderosos grupos privados *no desemboque en que la autoridad del Estado se vea desafiada, o incluso usurpada, por parte de entidades privadas*, especialmente si dichos grupos privados pertenecen a un país de fuera de la Unión»²⁶ (la cursiva es nuestra).

3. EL MARCO DE PRINCIPIOS ÉTICOS Y NORMATIVOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea, consciente de la posición estratégica que ocupan otras potencias en esta materia²⁷, aspira a reforzar su posición a escala mundial mediante un plan coordinado entre sus Instituciones y los Estados miembros, sin renunciar —por supuesto— a los principios sobre los que se basa la creación misma de la Unión Europea y que conforman todo el marco de su actuación política, jurídica y social, tal y como se desprende de la literalidad de los artículos 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea.

Así las cosas, desde la solidez y la protección que proporciona el ordenamiento jurídico europeo, la Unión puede enfrentar la competitividad mundial en materia de Inteligencia Artificial y situarse a la vanguardia en los distintos ámbitos afectados por estas actividades disruptivas.

²⁴ En parecidos términos, Moreno, L. y Pedreño, A. *Op. cit.*, p. 218.

²⁵ Interesante el estudio presentado por Webb, A. (2021). *Los nueve gigantes: Cómo las grandes tecnológicas amenazan el futuro de la humanidad*. Barcelona, Ed. Península, refiriéndose a IBM, Google, Microsoft, Amazon, Facebook y Apple (EE. UU.) y Tencent, Baidu y Alibaba (China). Otra importante aportación sobre el tema es: Apple se muestra poderosa y ya vale más que todo el PIB español. *Cinco Días*. El País. Economía. 30 de enero de 2020.

²⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero de 2021. *Op. cit.* Considerando 51.

²⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Inteligencia Artificial para Europa. Bruselas, 25.4.2018 COM (2018) 237 final. Pp. 4 y 5. El Gobierno de los Estados Unidos presentó una estrategia sobre Inteligencia Artificial e invirtió cerca de 970 millones EUR en investigación no clasificada sobre Inteligencia Artificial en 2016. Con su «Plan de desarrollo de la Inteligencia Artificial de próxima generación», China ambiciona alcanzar el liderazgo mundial en 2030 y está efectuando ingentes inversiones. Otros países, como Japón y Canadá, también han adoptado estrategias en relación con la Inteligencia Artificial.

En los últimos años, distintas instituciones de la Unión Europea han desarrollado un amplio conjunto de acciones, propuestas y resoluciones dirigidas a poder implementar con éxito toda la amplia gama de medidas para analizar, con la amplitud que merece, los distintos aspectos a regular en relación con la Inteligencia Artificial. Fruto de esta actividad es la publicación de diversos textos, resoluciones y comunicaciones con las que se está dando forma al basamento de lo que será una amplia batería de medidas y normas, centradas en el ser humano, que desarrollarán los principios éticos, los derechos y las obligaciones jurídicas de los distintos sujetos, que les proporcione confianza en la tecnología, con seguridad, transparencia, protección contra el sesgo y la discriminación, garantizando el derecho a la reparación, la responsabilidad y el respeto a los derechos fundamentales de la persona²⁸. Lógicamente, los frutos de estas iniciativas siempre procurarán la debida coordinación y armonización con todos los Estados miembros.

Todos estos trabajos exigen una previa planificación para después establecer una hoja de ruta a seguir. Para ello el Parlamento Europeo creó, en junio de 2020, la *Comisión Especial sobre Inteligencia Artificial en la Era Digital* a la que le encomendó unas misiones estrictamente definidas²⁹. De entre esas misiones destacamos el análisis del impacto futuro de la Inteligencia Artificial en la era digital en una serie de ámbitos concretos (entre otros, la defensa); la investigación para afrontar el desafío de implementar estos avances tecnológicos, así como su contribución al valor empresarial y al crecimiento económico; el análisis del enfoque de terceros países y su contribución para completar las acciones de la Unión Europea; y, por último, la presentación al Parlamento de una evaluación que defina los objetivos comunes de la Unión Europea a medio y largo plazo que incluya los principales pasos necesarios para alcanzarlos.

El basamento para llevar a cabo esta evaluación serán cuatro instrumentos no jurídicamente vinculantes, que son: *Dar forma al futuro digital*

²⁸ *Vid.*, entre otras, *El Parlamento muestra el camino para la normativa sobre inteligencia artificial* | Noticias | Parlamento Europeo (europa.eu). [Consultado el día 1 de junio de 2021].

²⁹ Decisión del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2020, sobre la creación de una comisión especial sobre Inteligencia Artificial en la era digital y la definición de sus responsabilidades, fuerza numérica y mandato [2020/2684 (RSO)]. Se trata de una Comisión de treinta y tres parlamentarios para el estudio y el análisis de la Inteligencia Artificial en la economía de la Unión, debiendo presentar recomendaciones a través de las Comisiones Permanentes competentes del Parlamento.

de Europa³⁰; *Una estrategia europea de datos*³¹; *Libro Blanco sobre inteligencia artificial: un enfoque europeo de la excelencia y la confianza*³²; y el *Informe sobre las implicaciones de seguridad y responsabilidad de la inteligencia artificial, la Internet de las cosas y la robótica*³³.

Este cuarteto documental que define los límites de la actuación de la Comisión Especial citada no son las únicas aportaciones de la Unión Europea a la regulación de la Inteligencia Artificial³⁴, aunque en ninguno de ellos encontramos referencias a su aplicación al ámbito militar, salvo la exclusión expresa que se recoge el Libro Blanco³⁵.

A esto sumamos una prometedora propuesta legislativa que ya está en marcha (aunque también excluye al ámbito militar de su aplicación), pero digna de ser mencionada, porque ayudan a mejorar las consideraciones comunes que ya existen sobre la materia. Nos referimos a la propuesta de la Comisión del *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se Establecen Normas Armonizadas en Materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se Modifican Determinados Actos Legislativos de la Unión*³⁶ presentada el 21 de abril de 2021.

Llama la atención el instrumento jurídico elegido al efecto, es decir, el reglamento que, como sabemos, presenta un alcance general, obligatorio y directamente aplicable en todos los Estados miembros³⁷, lo que vie-

³⁰ COM/2020/67 final.

³¹ COM/2020/66 final.

³² COM / 2020/65 final.

³³ COM/2020/ 64 final.

³⁴ Entre otras, destacamos a modo de ejemplo los siguientes textos:

Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012), porque resalta la necesidad de formar en el impacto ético y jurídico de la IA, en el que se recoge una propuesta de Reglamento sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de estas tecnologías.

Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103), en la que se considera que estos ingenios inteligentes y autónomos, capaces de pensar y de discernir pueden generar efectos perjudiciales personales y sociales.

Carta Europea sobre el Uso Ético de la Inteligencia Artificial en los Sistemas Judiciales y su Entorno (CEPEJ, 2018), que proporciona directrices éticas dirigidos a políticos, legisladores y operadores del derecho para elaboren y apliquen tecnologías avanzadas en el ejercicio de la función judicial con sujeción a cinco principios éticos básicos que deben aplicarse cuando exista un tratamiento automatizado de decisiones.

³⁵ COM/2020/65 final. La finalidad del presente Libro Blanco es formular alternativas políticas para alcanzar estos objetivos; no aborda ni el desarrollo ni el uso de la Inteligencia Artificial para fines militares.

³⁶ COM (2021) 206 final.

³⁷ Art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

ne a indicar, a nuestro juicio, la preocupación de la Unión Europea por dar un paso más decidido en aras de abordar (más allá de los principios éticos y sin separarse de ellos) las ventajas y los riesgos que conlleva la Inteligencia Artificial.

En este proyecto se establecen unos objetivos específicos en el contexto político, como son la garantía de que estos sistemas de Inteligencia Artificial introducidos y usados en el mercado de la Unión Europea sean seguros y respeten la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y valores de la Unión; con seguridad jurídica y creando facilidad para el desarrollo de un mercado único que permita hacer un uso legal, seguro y fiable de las aplicaciones de Inteligencia Artificial y evitar la fragmentación del mercado³⁸.

En definitiva, sobre la base del Libro Blanco, en coherencia con los contenidos de los documentos que se han apuntado de manera sucinta *ut supra* y tratando de coordinar las implicaciones éticas y humanas de la inteligencia artificial, esta propuesta pretende armonizar —como indica el propio nombre del proyecto— el desarrollo, la introducción y la utilización de los sistemas de Inteligencia Artificial en la Unión desde un enfoque basado en los riesgos. Pero, también prohíbe prácticas y establece los requisitos que deben cumplir estos sistemas inteligentes, así como normas de control y vigilancia del mercado.

Como ya se ha dicho, esta propuesta de reglamento también excluye los sistemas de Inteligencia Artificial desarrollados o utilizados exclusivamente con fines militares cuando su uso sea competencia exclusiva de la política exterior y de seguridad común regulada en el título V del Tratado de la Unión Europea³⁹.

Llegados a este punto la pregunta es obligatoria: ¿Se ha tratado en alguno de los documentos de la Unión Europea la trascendencia que tendrá la Inteligencia Artificial en los asuntos de defensa?

3.1 LOS USOS MILITARES DEL INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LA LUZ DE LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 20 DE ENERO DE 2021⁴⁰

El Parlamento Europeo ha publicado la Resolución que recorremos a continuación y que nos permite subrayar de manera inicial que, en el

³⁸ COM (2021) 206 final. *Op. cit.*, p. 4

³⁹ *Ibidem*. Considerando 12.

⁴⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero de 2021, sobre inteligencia artificial: cuestiones de interpretación y de aplicación del Derecho internacional en la medida

tema que nos ocupa, el Parlamento Europeo considera que la Unión tiene el deber de ayudar a los Estados miembros a elaborar normas jurídicas e introducir cambios legislativos en el ámbito de los usos militares con el fin de velar por una inteligencia artificial, una robótica y unas tecnologías relacionadas que estén centradas en el ser humano y, por tanto, empleadas al servicio de la humanidad y del bien común.

La Inteligencia Artificial presenta una estructura poliédrica que afecta a todos los ámbitos y aspectos de la sociedad. Por eso, las Instituciones de la Unión Europea no pueden estar ajenas a la revolución que está causando en la doctrina y en el material militar.

En este sentido, esta Organización Internacional considera que es necesario proporcionar un marco regulador adecuado y completo, desde un enfoque apropiado, eficaz, transparente y coherente a nivel de la Unión Europea para que no tengamos que aceptar normas establecidas por otros y en el que las consideraciones éticas son necesarias, pero no suficientes, para garantizar la protección eficaz de las personas. Unos valores humanistas que han de permanecer presentes en todos los actos de desarrollo, puesta en funcionamiento y empleo de la Inteligencia Artificial en estos escenarios.

3.2. LA PROTECCIÓN DEL SER HUMANO Y EL CONTROL POR EL SER HUMANO

El Parlamento considera que todos los sistemas de Inteligencia Artificial que se empleen en el contexto militar y civil, deben permitir en todo momento que el ser humano controle su uso para su posible corrección e, incluso, que tenga capacidad para detenerla o desactivarla en el caso de la que la máquina presente unos comportamiento imprevistos, intervención accidental, ciberataque o interferencia de terceros con tecnología también basada en la Inteligencia Artificial, cuando los terceros adquieran dicha tecnología.

Además, el respeto a los contenidos del derecho internacional humanitario, basado en los principios fundamentales de humanidad, igualdad, necesidad, distinción y proporcionalidad, son requisitos ineludibles (como no podía ser de otra manera) que deben presidir cualquier desarrollo o empleo de estas máquinas inteligentes, por lo que los Estados miembros están vinculados por el principio de protección a la población civil y consecuentemente, están obligados a adoptar medidas de precaución en su caso.

en que la UE se ve afectada en los ámbitos de los usos civil y militar, así como de la autoridad del Estado fuera del ámbito de la justicia penal [2020/2013(INI)].

En este sentido, quien ejerza el mando y control debe tener la capacidad de detectar la variabilidad de las circunstancias para que, con independencia del entorno de la operación de que se trate, pueda intervenir o poner fin a un ataque con la finalidad de garantizar que aquellos principios del derecho internacional humanitario se apliquen plenamente en todos niveles subordinados⁴¹. De manera que, como a continuación subraya el documento, los sistemas basados en la Inteligencia Artificial deben permitir que las personas al mando ejerzan un control apropiado, asuman plenamente su responsabilidad y respondan de todos sus usos.

Estos propósitos van a exigir tanto al decisor como al operador de la maquina una alta capacidad y un nivel de conocimientos muy elevado para poder hacer frente a todas y cada una de las circunstancias, incidentes y vulnerabilidades que puedan surgir en una gran variedad de supuestos.

Debe observarse que la Resolución no considera que deban exigirse unos resultados, sino que se trata de una exigencia de medios. Es decir, que, al ser humano responsable del control de estos avances tecnológicos, que debe estar siempre identificado, ha de dotársele, en todo momento, de los medios para corregir, detener o desactivar el ingenio y debe adoptar medidas de precaución necesarias, tanto en el uso de estas tecnologías en los conflictos convencionales como en los no convencionales o de guerra irregular⁴².

Por tanto, como ya se ha apuntado en epígrafes anteriores, a nuestro juicio, la parte más difícil de llevar a la práctica en la redacción de los proyectos reguladores será la de apuntalarlos a través de sistemas de certificación y vigilancia apropiados o mediante mecanismos claros de auditoría, explicabilidad, rendición de cuentas y trazabilidad, porque la evolución tecnológica desbordará los controles y hará que queden rápidamente anticuados⁴³.

Debemos tener presente que la Inteligencia Artificial podrá ser empleada por las Fuerzas Armadas para apoyar las operaciones (en táctica y en logística), para proteger al personal en ambientes hostiles o contaminados, en aspectos beneficiosos para la persona que permitan detectar, anticipadamente, riesgos relacionados con el entorno⁴⁴, pero también para la gestión del personal, a través del tratamiento masivo de datos con la prevención de evitar los riesgos asociados a las decisiones que estén basadas únicamente en el tratamiento de datos, elaboración de perfiles y adopción de

⁴¹ *Ibidem*. Considerando 26.

⁴² *Ibidem*. Considerando 3, 4 y 5 de la Resolución.

⁴³ *Ibidem*. Considerando 14.

⁴⁴ *Ibidem*. Considerando 13 y 16.

recomendaciones generadas por las máquinas⁴⁵ o para mejorar la transparencia de la contratación pública.

Con todo ello hemos bosquejado los aspectos más esenciales del marco regulador de cada Estado miembro de la Unión Europea para el diseño, desarrollo, ensayos, despliegue y uso de la Inteligencia Artificial en el ámbito militar. Se trata de un marco regulador *ad intra* con un enfoque armonizado dentro de la Unión Europea. Pero también un marco que deba ser flexible, siempre atento a los cambios precipitados y continuos. Y esto indica que habrá que pensar en nuevas formas de regular.

Sin perjuicio de que, a la vez, será necesario buscar un marco jurídico *ad extra*, es decir, que la comunidad internacional debe promocionar de manera decidida las pautas necesarias que deben regir el uso de la Inteligencia Artificial con fines militares. Todo ello con respeto absoluto, insistimos, a los límites definidos por el derecho internacional público y, en concreto al derecho internacional humanitario⁴⁶, ya que el control humano, así como la protección de la persona, su dignidad y sus derechos inviolables, son los pilares fundamentales que deben regir toda la regulación sobre estas tecnologías.

No obstante, ha llegado el momento de plantearnos la siguiente cuestión: ¿Qué ocurre con el armamento con capacidad de actuación totalmente autónoma, es decir, aquellos sistemas que son capaces de adoptar decisiones de muerte en el combate?

3.3. LA REGULACIÓN DEL EMPLEO DE LOS SISTEMAS DE ARMAS AUTÓNOMAS LETALES

En la búsqueda de un concepto sobre los Sistemas de Armas Autónomas Letales, también nos ilustró el Parlamento Europeo, en septiembre de 2018, a través de una resolución específica en la que se recoge que, por «“sistemas armamentísticos autónomos letales” se entienden sistemas de armas *sin un control humano significativo* con respecto a las funciones críticas de *selección y ataque* de objetivos individuales»⁴⁷ (la cursiva es nuestra).

Tanto en este texto como en la Resolución ya estudiada de enero de 2021, la posición de la Eurocámara en este asunto es clara: pedir una po-

⁴⁵ *Ibidem*. Considerando 22.

⁴⁶ *Ibidem*. Considerando 15.

⁴⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre los sistemas armamentísticos autónomos [2018/2752(RSP)]. Considerando B.

sición común y urgente sobre estos sistemas y la «prohibición a escala internacional del desarrollo, la producción y la utilización de sistemas armamentísticos autónomos letales capaces de realizar ataques sin un control humano significativo, así como el inicio de negociaciones efectivas para su prohibición»⁴⁸ (la cursiva es nuestra).

Nos detenemos en que, en ambas resoluciones, se habla de «control humano significativo» que, en palabras del Calvo Pérez, se trata de un término que describe el umbral mínimo de control humano que es considerado como necesario para asegurar la presencia del hombre en el ciclo de la decisión⁴⁹. Nuestra opinión al respecto es que estamos ante un concepto jurídico indeterminado que viene a dificultar, aún más si cabe, la aplicación del derecho en esta materia y obstaculiza la búsqueda de soluciones racionales y razonadas, porque se convierte en la piedra angular de la fundamentación jurídica de las decisiones de empleo, de la exigencia de responsabilidades y de la rendición de cuentas en el uso de estas armas.

Además, para poder ejercer un control humano sobre el sistema tenemos que saber qué va a hacer ese sistema, es decir, requiere que sus decisiones serán predecibles (y eso lo hace vulnerable a la neutralización) y exige que el ser humano emplee un mínimo juicio para su control, con lo que cuál pierde la cualidad de autónomos⁵⁰.

En definitiva, estos Sistemas de Armas Autónomos Letales (también llamados «robots asesinos» o por sus siglas SAAL), podrían tomar decisiones de ataque con conocimiento pleno de lo que ocurre en la zona de operaciones a través del análisis y la integración de los datos que recopila y sin la intervención humana. Es cierto que reducen el riesgo de errores humanos, minimizan los efectos colaterales y eliminan las bajas propias. Por lo que es obvio que las ventajas tácticas y estratégicas que proporcionan, con toda seguridad, provocarán una clara tendencia a incentivar su empleo⁵¹.

⁴⁸ Considerando 27 de la Resolución de 20 de enero de 2021. *Op. cit.* Considerando L de la resolución de 12 de septiembre de 2018.

⁴⁹ Calvo Pérez, J. L. (2020). Debate internacional en torno a los sistemas de armas autónomos letales. Consideraciones tecnológicas, jurídicas y éticas. *Revista General de la Marina*. Vol. 278, p. 459.

⁵⁰ En otros términos, *Vid.* Del Valle, M. J. (2016). Sistemas de armas letales autónomas: ¿un riesgo que vale la pena tomar? *Lecciones y Ensayos*. Vol. 97, p. 231. Se pregunta si es realmente útil el concepto de control humano significativo a la hora de analizar los sistemas autónomos de armas letales.

⁵¹ Gómez de Agreda, A. (2020). La Inteligencia Artificial en el campo de batalla [en línea]. En: *Usos militares de la inteligencia artificial, la automatización y la robótica (IAA&R)*. Madrid, Ministerio de Defensa. [Consulta 1 junio 2021]. Disponible en: https://www.defensa.gob.es/ceseden/Galerias/ccdc/documentos/Usos_militares_inteligencia_artificial.pdf, p. 139.

No obstante, si finalmente el uso de estos sistemas se generaliza, estaremos en la antesala de los ejércitos robóticos emergentes, que supondrá «cruzar el Rubicón moral» en el tema que tratamos, porque, de alguna manera, iremos convirtiendo a los robots en deidades⁵² y al ser humano en objeto, a medida que se reduce (o se elimina) la intervención humana. No en vano algunas definiciones de estos sistemas de armas concluyen que son «son aquellas que tienen la capacidad de detectar, seleccionar y atacar objetivos, sin ningún tipo de intervención humana»⁵³.

Consecuentemente, el Parlamento Europeo aboga por la prohibición preventiva, sin excepciones y en cualquier circunstancia, pero también aconseja un acuerdo, debatido en el marco de la Convención de las Naciones Unidas, a fin de regular estas tecnologías militares emergentes con un enfoque armonizado de la Unión Europea con los Estados miembros⁵⁴.

La mayor parte de los interrogantes éticos y jurídicos sobre estos sistemas de armas pivotan sobre la despersonalización en el empleo de estos ingenios y sobre la capacidad de decisión del ser humano, porque ponen en peligro la efectividad de los principios jurídicos de distinción, proporcionalidad y precaución. Pero, si bien es cierto que las decisiones relativas a vida militar (no solo en operaciones) son muy sensibles y, por tanto, parece necesaria la intervención del ser humano, también es cierto que el ser humano no puede igualar la capacidad y la velocidad en el procesamiento de los datos. Si tenemos que esperar a la comprobación humana, los avances de la Inteligencia Artificial quedarán hueros.

Además, ya se ha dicho que las máquinas pueden llegar a aprender por sí solas, esto es, que adquieren autonomía y, entonces, cuando lo que hace

González Manrique, L. M. (2012). La nueva revolución militar. *Política exterior* [2 de febrero de 2021]. <https://www.politicaexterior.com/la-nueva-revolucion-militar/>. [Consultado el 10 de junio de 2021]. Actualmente, al menos treinta países tienen sistemas bélicos autónomos que una vez activados pueden seleccionar y atacar objetivos sin intervención de operadores humanos. El misil israelí Harpy detecta y destruye radares. El sistema de armas naval Aegis de Lockheed Martin rastrea y guía misiles y responde automáticamente a cualquier amenaza. China, Rusia, EE. UU., Francia, Israel y Reino Unido cuentan con drones invisibles al radar que tras penetrar en espacio aéreo enemigo pueden actuar de forma autónoma si se interceptan sus comunicaciones.

⁵² En parecidos términos, *vid.* Latiff Robert H. y McCloskey Patrick J., With Drone Warfare, America Approaches the Robo-Rubicon. *Wall St.*. (Mar. 14, 2013). [Consulta 10 junio 2021]. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324128504578346333246145590>.

⁵³ International Human Rights Clinic & Human Rights Watch. (2012). Losing humanity. The case against killer robots. *Human Rights Watch*. P. 2. [Consultado el 15 de junio de 2021]. Disponible en: <https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots>.

⁵⁴ Considerando 28 de la Resolución de 20 de enero de 2021. *Op. cit.*

esa tecnología no es lo que una persona le ha pedido que haga, sino que es la máquina la que decide, porque ha llegado a comprender el mundo y trabaja en su remodelación mediante sus decisiones, en ese momento, nos surgiría otro problema jurídico de gran calado, el de la personalidad, porque ya no es una herramienta sino un sujeto⁵⁵.

Asimismo, se nos plantea otra cuestión: ¿debe tratarse el empleo de estos sistemas inteligentes en una operación ofensiva de la misma manera que en defensiva? Porque el Parlamento Europeo excluye de las acciones financiadas en el marco del Fondo Europeo de Defensa las armas autónomas letales «que no permitan un control humano significativo sobre las decisiones de selección e intervención *cuando lleven a cabo ataques*»⁵⁶. Es evidente que una acción defensiva no plantea el mismo dilema moral que las acciones ofensivas. De hecho, se emplean en sistemas de defensa antiaérea con capacidad para responder de forma autónoma a un ataque aéreo⁵⁷.

4. LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LOS DILEMAS ÉTICOS

4.1. ASPECTOS GENERALES

Hablar de ética aconseja recorrer prudentemente algunas cuestiones que enumeramos: en primer lugar, recordaremos ¿qué es la ética?; en segundo lugar, nos planteamos si la adopción de estos avances tecnológicos basados en la Inteligencia Artificial en el ámbito militar genera dilemas éticos; en tercer lugar, ¿qué es un dilema ético? Y, por último, si nuestra norma deontológica por antonomasia «resiste» la llegada de esta cuarta revolución industrial. Pero teniendo siempre presente que hablar de ética, es hablar de deber y servicio.

Hasta aquí hemos visto las novedades conceptuales que nos enseña esta nueva realidad y hemos sobrevolado los esfuerzos que realizan los Estados y las Organizaciones Internacionales para fijar directrices necesarias que conduzcan a la creación de un marco normativo, conscientes de los problemas que emergerán en este sentido. Por eso, en palabras del

⁵⁵ Battelli, E. (2021). La decisión robótica: algoritmos, interpretación y justicia predictiva. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. N.º 40, enero-junio 2021p. 53. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.03>.

⁵⁶ Considerando 28 de la Resolución de 20 de enero de 2021. *Op. cit.*

⁵⁷ Ejemplo ilustrado es el de la «cúpula de Hierro» (*Iron Dome*) con el que el Estado de Israel protege sin intervención humana su espacio aéreo de los cohetes lanzados desde Gaza.

profesor Cotino, «estamos en un periodo temprano para pensar en respuestas regulatorias más concretas y globales», «pero sí que estamos en un momento oportuno para la ética de la Inteligencia Artificial»⁵⁸.

Sí es verdad que, en cuanto a la regulación jurídica, en estos momentos, solo cabe desplegar medios de alerta temprana y, con mentalidad preventiva y proactiva, anticiparnos a las consecuencias que los algoritmos pueden producir sobre la dignidad de la persona, sobre su libertad y sus derechos fundamentales o sobre la democracia (efectos de la denominada gobernanza inteligente o algocracia), para evitar que los beneficios, los retos y oportunidades que nos pueda proporcionar esta nueva era de disrupción tecnológica supongan un detrimento de nuestros derechos y libertades.

Por el contrario, no es que estemos ahora en el momento oportuno para la ética, sino que para la ética siempre estamos en el momento oportuno. Precisamente ahí radica la cara triste de la ética, porque es la gran olvidada a la que todo el mundo acude cuando ya es demasiado tarde y, cuando acudimos, no siempre otorgamos al término «ética» su auténtico sentido por la sensación de estar acercándonos a un terreno movedizo.

Atendiendo a la definición del profesor Junquera de Estéfani⁵⁹, ética es «argumentar por qué debo seguir un determinado comportamiento u otro distinto». Con ella, atendemos a esa pregunta constante que nos requiere: ¿qué debo hacer? Y que nos exige reflexionar sobre la orientación que debemos dar a nuestra conducta y a nuestra praxis diaria⁶⁰. De ahí la diferencia entre moral y ética, porque la ética es, como decía el profesor Aranguren, pensar sobre la moral, por eso se refería a ella como la «moral pensada» (*ética docens*)⁶¹. En definitiva, saber actuar de manera racional, reflexionar sobre lo moralmente aceptable y gobernar las emociones, como nos enseña la profesora Victoria Camps⁶². De ahí que la ética haya de fundamentarse en la moral y no separarse de la razón⁶³.

En nuestro caso cabría hablar de una ética aplicada a las máquinas y, por tanto, será preciso preguntarnos si sería éticamente aceptable la cons-

⁵⁸ Cotino Hueso, L. (2019). Ética en el diseño para el desarrollo de una Inteligencia Artificial, robótica y Big Data confiables y su utilidad desde el Derecho. *Revista Catalana de Derecho Público*. N.º 58, p. 44.

⁵⁹ Junquera de Estéfani, R. (coord.). (2018). *Ética y Deontología Pública* (2.ª ed.). Madrid, Universitas. P. 40.

⁶⁰ Aguirre Oráa, J. M. (2016). De la Ética a la Justicia. Bajo Palabra. *Revista de Filosofía. II Época*. N.º 8, p. 128.

⁶¹ Aranguren, J. L. (1997). *Ética*. Madrid, Ed. Biblioteca nueva. Pp. 58 a 60. En estas páginas el profesor expresó la, ya clásica, distinción entre la moral, es decir, la «moral vivida» o *ética utens* y la ética, que llama, «moral pensada» o *ética docens*.

⁶² Camps, V. (2012). *El Gobierno de las emociones*. Barcelona, Herder. Pp. 14 y 15.

⁶³ Aguirre Oráa, J. M. *Op. cit.*, p. 132.

trucción de una máquina que emitiera juicios éticos (es decir, que exprese qué debe hacerse y qué no) o si podríamos utilizar la Inteligencia Artificial para ser más éticos. Como escépticos en eso, sin embargo, creemos aconsejable que se utilicen todas estas ventajas tecnológicas para ayudarnos a adoptar decisiones más éticas, porque para eso toda ayuda es insuficiente.

Lo cierto es que en todos los documentos nacionales e internacionales que hemos citado y revisado, encontramos unas referencias a la ética que son siempre necesarias y que acreditan su relevancia. Pero eso es una cosa y, otra bien distinta, es creer que los problemas a los que nos enfrentamos con la implantación de la Inteligencia Artificial se van a solucionar elaborando un «código de buenas prácticas» o un «código deontológico».

Entre otras razones porque, con solo hablar de ética no se es ético, como tampoco atribuyendo el calificativo «ético» a una actividad o a una empresa, se logra obtener la confianza que otorga un actuar ético. Esto podríamos llamarlo *estética* o *cosmética*, pero no es ética. La ética requiere un proceso de razonamiento e interiorización⁶⁴. La ética no es «porque sí» o «porque lo mando yo», sino que es la razón de la acción⁶⁵, es el motivo razonado, la motivación, para uno mismo y para los demás. Lo contrario es construir sobre un arenal que conduce, más temprano que tarde, al quebrantamiento de la confianza.

Precisamente porque desconfiamos de las personas para comportarse como deben, es por lo que el imperio de la ley pretende abarcarlo todo⁶⁶ y porque es difícil pensar que el ser humano va a renunciar o se va a abstener de buscar la satisfacción de sus intereses en pro de unas virtudes morales o éticas. Será necesaria, como siempre, la fuerza coactiva de la ley, de manera preventiva, para anticiparse a los efectos la Inteligencia Artificial.

Esta vez no sirven aquellas sabias palabras de Kant en las que afirmaba que la invención del puñal precedió a la conciencia del imperativo categórico («no matarás»), es decir, que los avances técnicos se anticiparon a las orientaciones morales sobre cómo hacer uso de ellos y que explica la profesora Adela Cortina⁶⁷.

Ahora, tal y como dice la Eurocámara, «las orientaciones éticas van a constituir un buen punto de partida, pero no basta para garantizar que las

⁶⁴ Gallego, V. *Juristas para los tiempos de algoritmos*. Comunicación presentada en el Congreso Internacional Hispano-Luso e Iberoamericano sobre «Sociedad Digital y Derecho Civil». Universidad de Granada. 13 al 15 de abril de 2021.

⁶⁵ En similares términos se expresa Torre, F. J. de la. (2000). *Ética y deontología jurídica*. Madrid, Dykinson. P. 64.

⁶⁶ Camps, V. *Op. cit.*, p. 209.

⁶⁷ Cortina Orts, A. (2019). Ética de la Inteligencia Artificial. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. N.º 96, p. 24.

empresas actúen de manera justa y aseguren la protección eficaz de las personas»⁶⁸. Es decir que es evidente la creación de un marco adecuado de actuación en el que el desarrollo de esta tecnología automatizada debe ir de la mano del derecho y de la ética, porque sus implicaciones son fundamentales en todo el ciclo de desarrollo de la Inteligencia Artificial.

No en vano la recientísima Carta de Derechos Digitales exige una evaluación de impacto que incluya un análisis de los riesgos a los que se verán sometidos los principios éticos y los derechos relativos a la Inteligencia Artificial contenidos en la Carta⁶⁹.

4.2. LA ÉTICA EN LA PROFESIÓN MILITAR

Tradicionalmente al militar siempre se le ha exigido un plus de moralidad o eticidad superior al del resto de los ciudadanos⁷⁰, de tal forma que su actuación siempre ha de estar anclada a su deontología profesional y a los principios y valores que guían la vida castrense. El compendio de esos principios éticos y sus reglas de comportamiento se encuentran en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas⁷¹ que conforman un código deontológico⁷², de acuerdo con lo previsto en el marco de normas de rango legal de los miembros de las Fuerzas Armadas⁷³.

⁶⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero de 2021. *Op. cit.* Introducción G.

⁶⁹ *Carta de Derechos Digitales*. *Op. cit.*, pp. 13, 20 y 23. Y en parecidos términos se expresa la *Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial*, en su medida. N.º 27.

⁷⁰ Entre otras muchas, Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Militar. Sentencia n.º 75/2020. FJ Decimotercero.

⁷¹ Aprobadas mediante el *Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas*.

⁷² «no debemos confundir la *deontología* con los *códigos deontológicos*. La *deontología* tiene un carácter más amplio, y puede incluir normas que no figuren en ningún código particular. El *código deontológico* es la aplicación de la deontología a un campo concreto pues para la aplicación de la deontología se elaboran códigos deontológicos, los cuales reglamentan, de manera estricta o bien a modo de orientación, las cuestiones relativas al “deber” de los miembros de una determinada profesión. Su pretensión es obrar de acuerdo a un código ético predefinido.

El contenido de los Códigos deontológicos: Pero ¿qué debiera contener un código deontológico? Un *código deontológico* es un documento que recoge un conjunto más o menos amplio de valores, criterios y normas de comportamiento que, apoyados en la deontología, son asumidos por quienes llevan a cabo una actividad profesional. Los códigos deontológicos se ocupan de los aspectos éticos del ejercicio de la profesión que regulan». Junquera de Estéfani, R. *Op. cit.*, p. 189.

⁷³ Aunque la exposición de motivos del Real Decreto 96/2009 habla de trilogía y solo cita a la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional y Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, nosotros añadimos la Ley Orgánica 9/2011, de 27

Tanto los principios deontológicos de carácter universal (probidad, desinterés, decoro)⁷⁴ como los principios orientadores comunes y, por tanto, válidos para todas las profesiones (beneficencia —en sus dos niveles el de beneficencia propiamente dicha y el de no maleficencia—, autonomía y justicia)⁷⁵, más los principios del servidor público⁷⁶, están todos ellos contenidos en estas Reales Ordenanzas como pautas de conductas específicas del militar, a los que hay que sumar otros muchos específicos que exige el servicios de las armas.

Así, destacamos cuatro pilares básicos que delimitan el Estatuto del Militar y que son la jerarquía, disciplina, unidad, y el respeto y protección de la dignidad de la persona, sus derechos fundamentales y las libertades públicas⁷⁷.

La axiología militar obliga a comportarse de determinadas maneras, atender a ciertos usos o desempeñar ciertos actos en relación con el resto de los componentes de las Fuerzas Armadas (la lealtad, el compañerismo, ejemplaridad, entre otros) o en relación con la Patria (austeridad o sacrificio) y teniendo la consciencia plena de que la sociedad recibe en tiempo real los beneficios del servicio de nuestros Ejércitos, por lo que la vivencia de los valores serán apreciados, pero también exigidos, por la ciudadanía. Porque la tarea del militar no se circunscribe a la responsabilidad primordial que es la preparación para el combate, sino que, entre sus misiones puede estar el actuar de cooperante, participar en catástrofes o emergencias e incluso en actuaciones de vigilancia y protección⁷⁸.

Este código deontológico está imbuido del principio de autonomía y libertad porque la lealtad, la prontitud, el amor al servicio, el constante deseo de ser empleado en las ocasiones de mayor riesgo y fatiga o el trato digno, entre otros, que conforman el orden de valores objetivos y trascendentes, preexisten al militar. De tal forma que la aceptación del compromiso de servir a España implica la adhesión a los bienes morales que ha de proteger, así como la calidad ética que, a modo de valor añadido, ha de aportar a sus actuaciones⁷⁹.

de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, por recogerse así en su preámbulo (I).

⁷⁴ Santaella López, M. (1994). *Ética de las profesiones jurídicas*. Madrid, Ed. Universidad Complutense y Universidad Pontificia de Comillas. Pp. 19-20.

⁷⁵ Junquera de Estéfani, R. *Op. cit.*, pp. 192 y 193.

⁷⁶ *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Artículos 52-54.

⁷⁷ Artículos 9 al 12 de las Reales Ordenanzas.

⁷⁸ Moliner González, J. A. (2018). Algunos problemas éticos de las tecnologías militares emergentes. *Boletín IEEE*. N.º 9, p. 6.

⁷⁹ Gallego, V. (2017). *El Suboficial como formador moral. Reflexiones desde la Filosofía del Derecho*. Albacete, Uno. P. 31.

De ahí deriva el valor de la responsabilidad, de su vinculación a la autonomía y de la libertad de asumir un compromiso. En palabras de Victoria Camps, no nos damos cuenta de que «no puede haber una sociedad libre sin autonomía individual, y no puede haber una sociedad sostenible que descansa solo en la autonomía»⁸⁰.

Así las cosas, lo que nos trae aquí es que las nuevas misiones asignadas a las Fuerzas Armadas, los avances tecnológicos y la propia evolución social, entre otras circunstancias, engendran cambios en el pensamiento ético, con trascendencia e implicaciones jurídicas, que desembocan en debates técnico-jurídicos, pero que exige estar muy atentos para que no se produzcan trasgresiones —a veces difíciles de detectar— de los límites infranqueables que aparecen señalizados por el respeto a los derechos fundamentales de las personas, a la dignidad del ser humano y al interés general⁸¹. En suma, nuevos problemas en un mundo nuevo que exige actualización de los valores y reforzamiento de los principios.

Pues bien, el enfoque ético de la Inteligencia Artificial nos hace pensar que pueden surgir conflictos entre dos o más principios éticos, cuando el militar no sepa muy bien cómo aplicar algunos valores morales y ninguna de las opciones le dirija hacia la decisión que considera más adecuada. Esto es, un dilema ético.

Con la noción de «dilemas éticos»⁸² no solo nos referimos a situaciones en las que brota ese choque entre principios éticos (entre autonomía y justicia, por ejemplo), sino también a aquellas situaciones en las que en-

⁸⁰ Camps, V. P. 124.

⁸¹ Gallego, V. El suboficial... *Op. cit.*, p. 37

⁸² Sandel, M. J. (2016). *Justicia ¿hacemos lo que debemos?* Barcelona, Ed. Debolsillo. Pp. 35 al 37. Describe un ejemplo de dilema ético producido en combate es la situación ocurrida en junio de 2005, cuando una patrulla de las fuerzas de operaciones especiales de la Marina de los Estados Unidos (los afamados SEAL), compuesta por suboficial Marcus Lutrell y otros tres soldados, realizaba una misión secreta de reconocimiento en las montañas de Afganistán, cerca de la frontera con Pakistán, para localizar a un jefe talibán que capitaneaba un contingente de unos 140 o 150 combatientes. Poco después tomar posiciones próximas al objetivo, los militares estadounidenses se toparon con tres pastores afganos (uno era un chico de 14 años), desarmados y que vigilaban un rebaño de cabras. Los soldados retuvieron a los cabreros y deliberaron sobre la decisión a adoptar: estaban desarmados y no representaban un peligro inminente. No obstante, si les dejaban marchar, corrían el riesgo de que alertaran a los talibanes de la presencia de los soldados. La deliberación concluyó con que uno de los soldados abogó por matarlos, otro se abstuvo, un tercero se negó al considerar que se convertiría en un asesino. El voto de Lutrell fue decisivo y los pastores fueron liberados. Hora y media después, los cuatro militares se vieron rodeados y se produjo un combate que acabó con la vida de los tres soldados y los dieciséis soldados que iban en un helicóptero de rescate.

contramos argumentos morales, tanto para realizar una acción como para no realizarla⁸³.

Consideramos que, de la misma manera que se han incorporado a la vigente redacción de las Reales Ordenanzas preceptos relativos al derecho internacional humanitario, a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar o a la innovación en el desarrollo de los medios, entre otros, podría preverse que los propios sistemas de Inteligencia Artificial pueden ser fuentes de verdaderos dilemas éticos en una situación de conflicto armado o en la simple aplicación diaria en las tareas propias de gestión.

Así, el razonamiento de las órdenes, la decisión prudente basada en el análisis de la situación, la valoración de la información (que recordemos, puede recaer sobre un algoritmo), la detección de posibles actuaciones discriminatorias, la protección de la vida humana, el principio del menor daño o la autonomía y libertad, entre otros, pueden generar en un futuro la necesidad de incorporar una guía para la toma de decisiones, como herramienta eficaz para resolver, con confianza, los problemas éticos que puede generar el empleo de la Inteligencia Artificial.

A saber, un protocolo para resolver con eficacia la controversia entre los argumentos morales del militar responsable acerca de una situación particular, generada por una máquina que piensa más y mejor que él y el resto de los principios a los que debe atenerse de acuerdo con las Reales Ordenanzas. En otras palabras, un mapa para recorrer eso que el profesor Sandel describe como «ir cambiando del propio mundo de la acción al del reino de las razones, y de este, de nuevo a aquel»⁸⁴.

5. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO MILITAR

La cuestión ahora es desentrañar de qué forma todo cuanto hasta aquí se ha dicho interesa hoy o afectará a este cuerpo normativo en el que se recogen las reglas y principios que regulan los distintos aspectos relativos a la organización y funcionamiento de los Ejércitos, así como los mecanismos necesarios que permitan alcanzar su pleno cumplimiento y exigibilidad.

Ya se ha dicho que la Inteligencia Artificial genera retos y oportunidades, pero también riesgos. Y la mera posibilidad de la existencia de estos riesgos, como sostiene el profesor Cotino, exige por responsabilidad

⁸³ En palabras de Úriz Peman, M. J. e Idareta Goldaracena, F. (2017). La ética en las intervenciones sociales: algunos modelos de resolución de dilemas éticos. *Revista Aldaba*. N.º 42, p. 41.

⁸⁴ Sandel. *Op. cit.*, p. 39.

constitucional impedirlo, sin que ello suponga la necesidad de negar la Inteligencia Artificial⁸⁵ y los efectos beneficiosos que puedan aportarnos.

Dicho de otra forma, la paradoja formulada por David Collingridge, en la que describe que, si se intenta controlar un determinado desarrollo tecnológico, es muy difícil al inicio de su andadura, porque el desconocimiento sobre la misma hace difícil predecir los efectos y resultados. Sin embargo, cuando por fin se tienen conocimientos precisos, se encuentra en una etapa tan avanzada de desarrollo, que los factores que la integran se han solidificado, afloran los intereses de los diversos grupos sociales y ya es más difícil regularla o modificarla⁸⁶. En síntesis, cuando se dispone del poder falta información y cuando se tiene información, el poder está limitado⁸⁷.

También se ha dicho que esta vez el derecho tiene que ir por delante de los hechos antes de que estos sean irreversibles, que estamos tratando una realidad que atañe, más pronto que tarde, a los conceptos más elevados sobre los que se basan los derechos humanos, esto, es la dignidad y la vida de la persona⁸⁸, pero también porque el propio funcionamiento de esta realidad sobre la que el derecho debe regular no permite dejar que el caos se enfríe, sino que el propio caos se retroalimenta y se hace más fuerte.

Ante esta situación cabe no estar tan aferrado a una técnica normativa con enfoque reactivo y, en cambio, adentrarse en un planteamiento proactivo del derecho. La regulación proactiva significa que se toma la iniciativa y, por tanto, que se alcanza el control de la situación para promover los resultados que son deseables e intentar evitar, reducir o paliar aquellos que no lo son tanto y que constituyen riesgos jurídicos⁸⁹.

⁸⁵ Cotino Hueso, L. (2019). Riesgos e impactos del Big Data, la Inteligencia Artificial y la robótica. enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho. *Revista General de Derecho Administrativo*. 50, p. 16.

⁸⁶ Cotino Hueso, L. *Ibidem*, p. 17. Con referencia a Collingridge, D. (1980). *The Social Control of Technology*. New York, St. Martin's Press.

⁸⁷ Calleja López, A. (2009). Ciencia, tecnología e integración social: el proyecto STIR (Socio-Technical Integration Research). *Argumentos de razón técnica: revista española de ciencia, tecnología y sociedad y filosofía de la tecnología*. 12, pp. 157-165.

⁸⁸ Porcelli, A. M. (2021). La Inteligencia Artificial aplicada a la robótica en los conflictos armados. Debates sobre los sistemas de armas letales autónomas y la (in)suficiencia de los estándares del derecho internacional humanitario. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*. N.º 23, p. 523. [Consultado 20 de julio de 2021]. Disponible en: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.9269>.

⁸⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «El planteamiento proactivo del Derecho: un paso más hacia una mejor legislación a nivel de la UE» (2009/C 175/05). Conclusión 5.3. Además, refiere en la conclusión 5.2 que «El acento del planteamiento proactivo es diferente: recae en el futuro. Ser proactivo es lo contrario de ser reactivo o pasivo. El planteamiento específicamente llamado Derecho proactivo surgió en

En otras palabras, regular de forma proactiva supone situar al derecho antes del conflicto; por el contrario, el derecho reactivo es un derecho que sigue al hecho y que, además, exige no legislar «en caliente». Pero aquí es difícil no legislar en caliente porque la vertiginosa velocidad de los cambios tecnológicos y sociales no permiten que la situación «se enfríe». Por lo tanto, es preciso detectar potenciales riesgos, prever las posibles relaciones que pueden surgir y generar una cultura preventiva del problema⁹⁰, en un entorno de disposición permanente para el cambio y adaptación continua a las circunstancias. Y si el derecho no aporta en tiempo y forma estas guías de resolución de dilemas éticos, que ya hemos referido en epígrafes anteriores, para hacer frente a los posibles escenarios que los algoritmos pueden crear en el actuar del militar, siempre queda, a modo de disposición general, el artículo 95 de las Reales Ordenanzas⁹¹.

En relación con el derecho penal militar⁹², la puesta en funcionamiento de ingenios que utilicen algoritmos haría necesario adaptar ciertos tipos delictivos, en especial los «delitos contra los deberes del mando»⁹³, en los que sería necesario introducir algunas acciones u omisiones (o adaptar las conductas ya descritas) de acuerdo con el adecuado empleo o no de estos medios cuando se dispone de ellos⁹⁴, así como las extralimitaciones en el ejercicio de este⁹⁵.

La eficacia o el resultado en el empleo de un arma o material militar depende de la habilidad del usuario, de las características técnicas (que son conocidas) y de las circunstancias del entorno (frio, lluvia, noche, día, etc.).

Finlandia en los años noventa. En respuesta a la necesidad de desarrollar en mayor medida los métodos prácticos y teorías jurídicas en este ámbito emergente, se creó en 2004 la Escuela Nórdica del Derecho Proactivo».

⁹⁰ En parecidos términos, *vid.* Rodrigo de Larrucea, J. El derecho y la legislación proactiva: nuevas perspectivas en la ciencia jurídica. aspectos metodológicos. *III Congreso Internacional de la Real Academia Europea de Doctores. Julio 2017 Congreso Europeo de Investigaciones Interdisciplinarias. La evolución de la Ciencia en el Siglo XXI*. Disponible en: <https://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2117/112254/el%20derecho%20proactivo%20120617.pdf>. [Consultado 21 de julio de 2021].

⁹¹ «Artículo 95. Adaptación a situaciones complejas. El militar utilizará toda su capacidad de análisis e iniciativa para hacer frente a las situaciones complejas, diversas e imprevisibles en las que pueda verse involucrado y se adaptará a ellas con mentalidad abierta, atendiendo al cumplimiento de la misión, aplicando el principio de humanidad y sin descuidar su seguridad y la de su unidad».

⁹² Recogidos en la *Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar*.

⁹³ Capítulo IV del Código Penal Militar.

⁹⁴ Cumplir o dejar de cumplir la misión de combate, abstenerse de combatir o perseguir al enemigo junto con la obligación de empleo de todos los medios que exija el cumplimiento de los deberes (artículo 62.1 del Código Penal Militar).

⁹⁵ Si empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas (artículo 62.1 del Código Penal Militar).

El adiestramiento del combatiente permite alcanzar el mejor conocimiento teórico y práctico de las condiciones de empleo, porque el arma se convierte en una herramienta directamente usada por esa persona y, con la instrucción y el adiestramiento, el combatiente y el arma se convierten en un todo. Pero las máquinas de Inteligencia Artificial, tal y como se ha descrito hasta ahora, pueden llegar a ser tan complejas que inician su marcha sin que se sepa, *a priori*, el detalle de lo que va a hacer y los resultados que persigue, por lo que el militar, prácticamente, se encargaría de comprobar que el sistema está en funcionamiento.

Además, el espacio terrestre, el aire o el mar estaban ahí cuando el ser humano creó la guerra, pero el mundo de los datos, de los algoritmos y de las transmisiones electromagnéticas, este «cibermundo», lo ha creado el ser humano y no todos nos paseamos por él con los mismos «derechos sobre su uso y dominio». Por eso, en plena operación, el mando militar puede verse en medio de la nada, impedido para utilizar o, peor aún, para controlar los actos del sistema, precisamente por perder la capacidad de moverse en ese entorno artificial (por ejemplo, en caso de un ciberataque).

Además, en el ámbito disciplinario será necesario tipificar como sancionables determinadas conductas relativas al comportamiento del militar respecto al uso de estos medios a fin de lograr la debida preocupación en la preparación técnica del militar, la atención a los subordinados, la protección de los datos personales, la equidad o el amparo ante conductas discriminatorias, entre otras.

Son solo ejemplos de la necesidad de reflexión y de proactividad jurídica respecto al tema que estudiamos.

Por último, la Administración Militar no es ajena al empleo de algoritmos en las actuaciones diarias de gestión de personal. Las pruebas basadas en algoritmos, la resolución de recursos administrativos, los procesos de selección para el acceso a la carrera militar, evaluaciones o la asignación de destinos pueden requerir en algún momento el empleo de estos medios. En *resumen*, la garantía de los derechos frente al uso de la Inteligencia Artificial y, en particular, los previstos en la legislación respecto del empleo de decisiones automatizadas en los procesos relativos a los recursos humanos⁹⁶, pues el aprendizaje automático y el desconocimiento del funcionamiento algorítmico, reducirían la eficacia del derecho a plantear recurso o a formular alegaciones si se desconocen los motivos⁹⁷.

⁹⁶ En parecidos términos se expresa la Carta de Derechos Digitales. Julio 2021. P. 22.

⁹⁷ *Conclusiones del I Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial*. (2019). Centro de Estudios Europeos Luis Ortega Álvarez. Universidad de Castilla-La Mancha. Disponible en: <https://www.um.es/idertec/wp-content/uploads/2019/04/CONCLUSIONES-SEMINARIO-DAIA.vfinal.pdf>

Para ello, toda la normativa de gestión de personal tendrá que ajustarse, *mutatis mutandis* a estos instrumentos de políticas públicas de España (Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial o la Carta de Derechos Digitales); a los textos de la Unión Europea⁹⁸ (el parlamento Europeo pide a los Estados miembros que formen convenientemente a su personal civil y militar para que le sea posible detectar con precisión y evitar la discriminación y los sesgos en los conjuntos de datos que hemos para ascenso basada en perfiles) y a las normas que ya se están incorporando a nuestro ordenamiento jurídico como el Reglamento Europeo de Protección de Datos⁹⁹.

6. VOLVER SOBRE LOS PRINCIPIOS Y LEER A LOS CLÁSICOS

Hemos visto que el impacto que puede generar el uso de la Inteligencia Artificial en los derechos de las personas causa confusión e incertidumbre, porque el desconocimiento del funcionamiento interno de los algoritmos y, consecuentemente, las razones en las que se basan las decisiones de estas máquinas, junto a la trascendencia de sus actuaciones, llevan la semilla de la intranquilidad y de la inseguridad que, como es evidente, produce el lógico temor.

Como nos ilustra la profesora Victoria Camps, hay un temor que impide actuar y otro que anima a hacerlo. «Este último es un temor responsable, es el temor por el que me pregunto: ¿Qué le sucederá a *eso* si *yo no* me ocupo de ello? Cuanto más incierta sea la respuesta, más habrá que activar la responsabilidad»¹⁰⁰.

Es evidente que en el ejercicio de la responsabilidad del uso de la Inteligencia Artificial en las Fuerzas Armadas se demandarán directrices sobre cómo se aplican las normas vigentes (*lege data*) en el empleo de esta tecnología para el cumplimiento de las distintas misiones y cometidos del militar, pero también se necesitará que las normas futuras (*lege ferenda*), tengan muy en cuenta la ruta de progreso que sigue esta revolución industrial, con el fin de anticiparnos a la mejor defensa de los supremos bienes que se pretende proteger.

No obstante, también en este nuevo mundo artificial que nosotros mismos hemos creado, el jurista sabe que cuando camina hacia el horizonte de la justicia y de la equidad, en algún momento puede sentirse desorientado.

⁹⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero de 2021. Considerando 75.

⁹⁹ Ley Orgánica 3/2018. *Op. cit.*, artículo 22.

¹⁰⁰ Camps, V. *Op. cit.*, p. 192.

Pues bien, en esos casos, siempre puede (tal vez deba) volver sobre sus pasos hasta llegar a los principios del derecho, porque estos nunca les fallarán.

En este sentido, además de los principios generales del derecho que son siempre inamovibles; los principios de la buena administración, elevado a la categoría de derecho y que pretende sentar la bases para dirigir la actuación de las Instituciones Públicas hacia la excelencia en la calidad del servicio; y los principios y valores que presiden la actuación del militar, en el tema que analizamos, es preciso incidir en unos principios que pueden ser referencias claras para la interpretación de las normas y propuestas de las nuevas.

Así las cosas, pretendemos subrayar aquellos principios que afectan directamente a los conflictos armados, en relación con el uso de algoritmos implantados en los sistemas de armas, por la repercusión directa que presentan para la vida de las personas y sus derechos inviolables. Entendemos que en el empleo de los Sistemas de Armas Autónomos Letales aparecen la preservación ineludible de, al menos, tres principios sobre los que se basa el derecho internacional humanitario y que son el principio de distinción, proporcionalidad y precaución.

De forma muy sucinta, la distinción no es más que la capacidad de dirigir la fuerza letal solamente hacia un objetivo de importancia militar, es decir, aquel que proporcione alguna ventaja táctica o estratégica en las operaciones y solo hacia «combatientes» que, como su propio nombre indica, estén operativos, por lo que se excluyen civiles y aquellos que estén ya «fuera de combate» por estar heridos, desarmados o prisioneros; la proporcionalidad, por su parte, busca el equilibrio entre la ventaja militar que se logra con la acción y los daños producidos; por último, el principio de precaución o cautela implica la comprobación, la evaluación y la adecuada gestión de los riesgos para evitar daños innecesarios¹⁰¹.

Además, en los conflictos armados son claves los denominados «principios de humanidad» (que implican compasión, capacidad de proteger y que prohíben el empleo de medios y procedimientos capaces de infligir sufrimientos estériles y que no sean necesarios para lograr la ventaja militar que se pretende) y los «dictados de la conciencia pública» (capacidad de discernir entre lo bueno y lo malo, enjuiciar lo que está bien y lo que está mal y lo que se debe o no se debe hacer). Ambos conforman la conocida

¹⁰¹ De ahí la importancia de la evaluación de impacto que incorporan determinadas normas o documentos como es el Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016 o la Carta de Derechos Digitales, ambos ya citados.

como «Cláusula Martens»¹⁰² y que permite reflexionar sobre la legalidad en el uso de los sistemas autónomos de armas, porque lo que recoge en sí esta cláusula es que impide aplicar el principio de que «lo que no está expresamente prohibido está permitido».

Aunque la exigibilidad de la cláusula no goza de apreciación unánime debido a que un sector doctrinal considera que se trata solo de un mecanismo que permite salvar las posibles lagunas del derecho¹⁰³.

Otro importante principio, al que estaremos atentos y del que no podemos separarnos en ningún momento, es el de seguridad jurídica, en cuanto a la incertidumbre o intranquilidad que puede producir la aplicación de los algoritmos en la vida castrense.

La seguridad jurídica es una necesidad humana que se ha convertido, no solo en un principio constitucional¹⁰⁴, sino en un patrimonio irrenunciable de la humanidad, porque genera la paz individual y colectiva al saber que el derecho ampara al ciudadano, porque le permite predecir las consecuencias que las normas tienen previstas para las distintas relaciones jurídicas¹⁰⁵.

Todos estos principios exigen siempre un deber y una responsabilidad. Una responsabilidad que, en ningún caso, puede ser transferida a las máquinas. Tampoco ampara una separación moral, ética y jurídica —más que física— entre quien dirige las operaciones y el propio sistema, a modo de parapeto que permita eludir dicha responsabilidad.

No obstante, en el ejercicio del principio de responsabilidad, en este caso concreto, dirigido a la exigencia del exacto cumplimiento de las

¹⁰² López Díaz. P. (2009). Principios Fundamentales del Derecho Internacional Humanitario. *REVISMAR*. N.º 3, p. 233. «Esta idea sería recogida en 1899 por Frederic de Martens, quien indicó que las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos de los principios de humanidad y de los dictados por la conciencia pública. Esta cláusula conocida como Cláusula de MARTENS fue consagrada en el artículo 1.2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977 que prescribe que en los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública». <https://revistamarina.cl/revistas/2009/3/lopez.pdf>

¹⁰³ Human Rights Watch & Human Rights Clinic. (2020). Construyendo el caso. Los peligros de los robots asesinos y la necesidad de una prohibición Preventiva. *Human Rights Watch*. P. 15. [Consultado el 26 de mayo de 2021]. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/report/2020/03/06/construyendo-el-caso/los-peligros-de-los-robots-asesinos-y-la-necesidad-de-una>.

¹⁰⁴ Artículo 9.3 de la Constitución Española.

¹⁰⁵ «El principio de seguridad jurídica, entendido como certeza del ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación de derecho». STC 29/2016 de febrero de 2016, entre otras.

obligaciones que asume el militar de acuerdo con los principios y valores éticos exigibles, su saber profesional y los conocimientos y competencias adquiridas, habrá que resolver, a nuestro juicio, la paradoja que ya se ha enfocado: si la máquina toma decisiones de forma autónoma, no hay responsabilidad en el humano y si el humano es responsable, no podrá decidir la máquina de manera autónoma.

Junto a la seguridad que ofrece la certeza de estar asentado en los principios, la mitología, en su afán de explicar las lecciones de vida y los fundamentos morales e históricos del ser humano, no deja de sorprendernos. Cuanto más creemos que con nuestra revolución tecnológica estamos por encima de las apolilladas historias de dioses, titanes, ninfas, mitos o leyendas, más pronto surge en alguno de sus textos, el aplastante valor didáctico de sus relatos, como si fuera un documento de cura psicológica que nos devuelve a la realidad y a la humildad del ser humano. Ahí radica la inmutabilidad de los mitos de la Grecia Clásica: sus ficciones nos devuelven a la realidad.

Pues bien, hace solo 2700 años, Hesíodo mencionó la historia de Talos, el primer robot de la historia mundial. De forma escueta diremos que se trataba de un gigante de bronce, con forma de humanoide, construido por Hefesto, el dios griego de la invención y la herrería, por encargo de Zeus, el rey de los dioses griegos. Este ingenio funcionaba mediante un sistema hidráulico de tuberías por el que recorría un líquido, que los griegos llamaban *icor* y que era su fuente de vida.

Talos era un ser autónomo, letal e inmortal que tenía la misión de proteger la isla de Creta de cualquier ataque o invasión, por lo que patrullaba la costa tres veces al día y era capaz de lanzar grandes piedras hundiendo a los barcos o eliminando a los enemigos que se acercaban.

Medea (de *Medeia*, «ingeniosa»), con el fin de que Jason y los argonautas alcanzaran la costa, derrotó a Talos de forma muy sencilla. Le distrajo para poder actuar sobre un perno que tenía en el tobillo y que permitió que el líquido icor saliera, dejando «desangrado» e inoperativo al gigante de bronce¹⁰⁶.

En definitiva, los textos clásicos nos quieren recordar que los legisladores no deben olvidar exigir que el robot, por muy inteligente que sea,

¹⁰⁶ Vid., entre otros, *Talos, ¿un robot en Jasón y los argonautas?* [Consulta: 2 julio 2021]. Disponible en: <https://www.larazon.es/cultura/20191201/lefugy3cvzhcdirwf7tpuffctu.html>.

Mitos antiguos ya recogieron fantasías sobre la inteligencia artificial. [Consulta: 2 julio 2021]. Disponible en: <https://www.informacion.es/sociedad/2019/03/02/mitos-antiguos-recogieron-fantasias-inteligencia-5475859.html>.

debe tener, sin que él lo sepa, un botón de apagado. En todo caso, el ingenio humano siempre encontrará la forma de neutralizarlo.

7. CONCLUSIONES

La primera idea que se extrae del estudio sobre la aplicación de la Inteligencia Artificial en el ámbito de las Fuerzas Armadas ya sea en operaciones militares, conflictos armados o la, no menos importante, actividad diaria y propia de la Justicia Militar y de la Administración Militar, es que, al igual que en el resto de los ámbitos sectoriales de nuestra sociedad, no están claros ni definidos los ecos que esta tecnología puede presentar sobre las distintas normas del derecho militar.

Aunque los gobiernos se esfuerzan en diseñar e implementar estrategias y políticas aplicables al futuro de la Inteligencia Artificial, al tratarse de una temática presidida por la interconexión e interdependencia, exige una mínima coordinación entre los Estados y parece claro que el derecho de la Unión Europea es una referencia clara para afrontar la regulación de estas consecuencias.

Tenemos perfilado el fundamento nuclear de la Inteligencia Artificial, pero el gran obstáculo que nos encontramos jurídicamente, para poder hacer efectiva la protección de esta nueva realidad, es que la inmensa mayoría de las aproximaciones se asientan sobre instrumentos que no son jurídicamente vinculantes.

Si se enfoca el empleo de la Inteligencia Artificial como un oráculo o una deidad que nos fabrica a velocidad de vértigo las acciones y decisiones que necesitamos, la vida puede parecer cómoda y sencilla. Pero abandonaremos el preciado y humano valor de pensar, sobre todo, de pensar bien, que a su vez implica, cuando lo requiera la ocasión, el dudar bien. Aquí está el gran problema de los usos de estos avances, la despersonalización o deshumanización de las decisiones, la disolución del individuo y que serán aún más importantes, porque algunas de esas máquinas ya disponen de una pseudo «red neuronal» que les permiten «aprender a aprender».

Si la cantidad de información, la rapidez de su procesamiento y la excelencia de las soluciones que aportan estos inventos tecnológicos son inalcanzables para una persona e incluso para un equipo coordinado de personas, el ser humano puede pasar de dominar la tecnología, a ser dominado, es decir, convertirse en una especie de «mascota» de la máquina.

El pensar humano exige prudencia¹⁰⁷, como actitud reflexiva para enfrentarse a los problemas vitales con capacidad analítica, distinguiendo lo bueno de lo malo, lo que debe hacerse y lo que no debe hacerse, es decir, actuando moral y éticamente¹⁰⁸.

¿Renunciaremos a este tesoro humano? ¿reemplazaremos al juez o al mando de una Unidad Militar por una máquina que se alimenta de una gran nube de datos que no está en la naturaleza, que no es demanial, sino que ha sido creada por el ser humano y controlada por él? ¿cómo sabremos que ese gran almacén de datos es «apto para el consumo humano» y no está contaminado?

Al mismo tiempo somos conscientes de que la Inteligencia Artificial es el futuro de la humanidad y no podemos darle la espalda. No podemos oponernos a la evolución tecnológica, sino aprovechar los beneficios de esta disrupción, conocerlos, tomar la iniciativa y ponerlos al servicio de las personas, de la humanidad y al cultivo de sus principios y valores. Pero sin reemplazarlos y evitando riesgos no tolerables. Recordemos las palabras del presidente de Rusia: «quien se convierta en el líder de esta tecnología se convertirá en el líder del mundo»¹⁰⁹.

Es evidente que el derecho tendrá la responsabilidad, como siempre ha sido, de poner orden, de salvaguardar la paz y la libertad, regulando la conducta de las personas, las relaciones jurídicas y sus consecuencias y concretando los principios éticos. «Su fin es eliminar la guerra» decía el profesor Carnelutti¹¹⁰.

Pero, si asistimos a la denominada «cuarta revolución industrial», tal vez no sería prudente afrontar la *ius algoritmia* con técnicas regulatorias de la segunda o tercera revolución. Tendremos que habérnosla con el cambio, en escenarios novedosos, con la serenidad que otorga la ataraxia y desde el convencimiento de que el cambio es la única certeza. Pero sin caer en la trampa de que se puede alcanzar la justicia desde la simple correlación de datos. Las máquinas no pueden elaborar la justicia porque este es un ideal enteramente humano.

Consecuentemente, junto a aquella guía ética —ya esbozada— que permita resolver los principios éticos, planteamos tres ejes de actuación

¹⁰⁷ Del latín *prudentia*, de *pro* *videntia*. Que ve por adelantado o va por delante.

¹⁰⁸ En parecidos términos: Ruíz, J. C. (2018). *El arte de pensar*, Córdoba, Ed. Berenice. P. 115.

¹⁰⁹ La Vanguardia. *La guerra oculta por la inteligencia artificial*. 10 de octubre de 2020, aun que se refiere a unas declaraciones realizadas por Vladimir Putin el día 1 de septiembre de 2017.

¹¹⁰ Carnelutti, F. (2004). Como nace el Derecho. *Monografías jurídicas*. 54, p. 8. [Consulta: 20 julio 2021]. Disponible en: <https://www.ilustracionjuridica.com/producto/como-nace-el-derecho-francesco-carnelutti-pdf/>

que trataríamos, en todo caso, como una base de partida y nunca como un punto de llegada.

En primer lugar, la necesidad de precisar las distintas actuaciones y actos de la vida castrense que pueden verse afectados por el uso de medios de Inteligencia Artificial, relativos, no solo a las situaciones de combate o frente al enemigo, sino en operaciones de paz, en misiones asignadas a las Fuerzas Armadas en Territorio Nacional o fuera del mismo, relativas a la actuación en catástrofes, auxilio a la población, evacuación de residentes españoles en el extranjero, vigilancia o protección de objetivos estratégicos, siempre en concordancia con nuestro ordenamiento jurídico-constitucional¹¹¹, pero atendiendo también a los contenidos propios de la Administración Militar que, como Administración Pública, evoluciona hacia una administración inteligente¹¹² (procedimiento administrativo, contratación pública, protección de datos, gestión de personal o la gestión logística entre otras muchas y que todos conforman un elenco de normas aplicables muy extenso) y sin olvidar el uso que esta tecnología puede tener en el ámbito procesal militar, tanto en la actuación diaria de los juzgados y tribunales de la Jurisdicción Militar como en la situación de conflicto armado o en estado de sitio.

En segundo lugar, sería necesario reconducir las conductas tipificadas en la normativa penal y disciplinaria para que todas estas actuaciones, enumeradas en el párrafo anterior, se desarrollen con las garantías necesarias para preservar el interés general, el buen régimen de los Ejércitos, así como los derechos y libertades de las personas. Pero también para salvaguardar la transparencia, la motivación de las decisiones y la sujeción a un régimen de responsabilidad, adaptado a la capacidad de interacción con la máquina.

Por último, procedería la articulación de determinados mecanismos de control y de supervisión de las decisiones adoptadas por estos ingenios, así como la revisión periódica de su funcionamiento interno, para el asegurarnos de que sirven plenamente a finalidad para la que fueron creados. Esta actividad exigiría la creación de equipos en el que participarían perfiles profesionales de distintos ámbitos, entre otros, lógicamente, especialistas jurídicos¹¹³.

Por eso hemos propuesto en nuestro trabajo una mirada proactiva en la regulación de esta temática, con procedimientos ágiles, que sean capaces

¹¹¹ Fundamentadas en el artículo 8.1 de la *Constitución Española* y en la *Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional*.

¹¹² Conclusiones del *I Seminario Internacional de Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial*. *Op. cit.*, p. 2.

¹¹³ En parecidos términos, *ibidem*, p. 5.

de adaptarse de manera continua a los entornos complejos, que mire el derecho militar con un fin prospectivo ante los nuevos retos que plantea la Inteligencia Artificial, haciéndolo compatible con la salvaguarda de los principios y valores que soportan la Institución Militar y sus tradiciones. Aunque es posible que el vértigo de los acontecimientos nos sitúe, en algún momento, ante aquella «Hipótesis de la Reina Roja» de «Alicia a través del Espejo»¹¹⁴, en la que se afirmaba que, en aquel país, era preciso correr mucho para permanecer siempre en el mismo lugar.

No obstante, y como se ha apuntado, los juristas tenemos aprendido y aprehendido que, aferrados a los principios, superaremos con éxito todas las tempestades. Además, los que pasaron antes por aquí, nos enseñaron con sus historias, que incluso la construcción más poderosa e invencible, siempre presenta una debilidad que permite a la perspicacia humana actuar sobre ella haciendo que se desmorone y que caiga.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre Oráa, J. M. (2016). De la ética a la justicia. Bajo palabra. *Revista de Filosofía. II Época*, n.º 8, pp. 125-138.
- Aranguren, J. L. (1997). *Ética*. Madrid, Biblioteca Nueva.
- Battelli, E. (2021). La decisión robótica: algoritmos, interpretación y justicia predictiva [en línea]. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. N.º 40, pp. 45-86. [Consulta: 2022]. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.03>
- Bonete, E. (1989). *Aranguren: la ética entre la religión y la política*. Madrid, Tecnos.
- Calleja López, A. (2009). Ciencia, tecnología e integración social: el proyecto STIR (Socio-Technical Integration Research). *Argumentos de razón técnica: revista española de ciencia, tecnología y sociedad y filosofía de la tecnología*. 12, pp. 157-165.
- Calvo Pérez, J. L. (2020). Debate internacional en torno a los sistemas de armas autónomos letales. Consideraciones tecnológicas, jurídicas y éticas. *Revista General de la Marina*. Vol. 278, pp. 457-469.
- Camps, V. (2012). *El Gobierno de las emociones*. Barcelona, Herder.
- Capdeferro, O. (2020). La Inteligencia Artificial del sector público desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial [en línea]. *UOC. IDP: Revista de Internet, Dere-*

¹¹⁴ El conocido cuento de Lewis Carroll.

- cho y Política*. N.º 30. [Consulta: 10 julio 2021]. Disponible en: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/159487/1/699298.pdf>.
- Carnelutti, F. (2004). Como nace el derecho [en línea]. *Monografías jurídicas*. 54, p. 8. [Consulta: 20 julio 2021]. Disponible en: <https://www.ilustracionjuridica.com/producto/como-nace-el-derecho-francesco-carnelutti-pdf/>.
- Cerrillo Martínez, A. (2019). ¿Cómo abrir las cajas negras de las Administraciones Públicas? Transparencia y rendición de cuentas en el uso de los algoritmos [en línea]. *Revista Catalana de Derecho Público*. N.º 58, p. 17. [Consulta: 2021]. Disponible en: <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-rcdp.i58.2019.3277>.
- Clausewitz, C. (2002). De la guerra. *Librodots.com*. P. 21. [Consulta: 10 junio 2021]. Disponible en: <https://librodots.com/producto/guerra-de-la/>
- Cotino Hueso, L. (2017). Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales. *DILEMATA*. N.º 24, pp. 131-150.
- . (2019). Ética en el diseño para el desarrollo de una Inteligencia Artificial, robótica y Big Data confiables y su utilidad desde el Derecho. *Revista Catalana de Derecho Público*. N.º 58.
- . (2019a). Riesgos e impactos del Big Data, la Inteligencia Artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho. *Revista General de Derecho Administrativo*. 50.
- Criado, J. I. (2021). Inteligencia Artificial (y Administración Pública). *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*. N.º 20, pp. 348-372.
- Gamero Casado, E. (2021). *Necesidad de motivación e invalidez de los actos administrativos sustentados en Inteligencia Artificial o en algoritmos*. [Consulta 12 junio 2021]. Disponible en: <https://almacenederecho.org/necesidad-de-motivacion-e-invalidez-de-los-actos-dministrativos-sustentados-en-inteligencia-artificial-o-en-algoritmos>.
- Gómez de Agreda, A. (2020). La Inteligencia Artificial en el campo de batalla [en línea]. En: *Usos militares de la inteligencia artificial, la automatización y la robótica (IAA&R)*. Madrid, Ministerio de Defensa, Centro Conjunto de Desarrollo de Conceptos. [Consulta 18 junio 2021]. Disponible en: https://www.defensa.gob.es/ceseden/Galerias/ccdc/documentos/Usos_militares_inteligencia_artificial.pdf
- González Manrique, L. M. (2021). La nueva revolución militar [en línea]. *Política exterior*. [Consulta 8 julio 2021]. Disponible en: <https://www.politicaexterior.com/la-nueva-revolucion-militar/>

- Harari, Y. N. (2019). *21 lecciones para el siglo XXI*. Barcelona, Debate.
- Human Rights Watch y Human Rights Clinic. (2020). Construyendo el caso. Los peligros de los robots asesinos y la necesidad de una prohibición Preventiva. *Human Rights Watch*. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/report/2020/03/06/construyendo-el-caso/los-peligros-de-los-robots-asesinos-y-la-necesidad-de-una>
- Gallego, V. (2017). El suboficial como formador moral. *Reflexiones desde la Filosofía del Derecho*. Albacete, Uno.
- . (2021). *Juristas para los tiempos de algoritmos* [inédito]. En: Congreso Internacional Hispano-Luso e Iberoamericano sobre «Sociedad Digital y Derecho Civil». Universidad de Granada. 13 al 15 de abril de 2021. Pendiente de publicación.
- Gil González, E. (2016). Big data, privacidad y protección de datos. *XIX Edición del Premio Protección de Datos Personales de Investigación de la Agencia Española de Protección de Datos*. Madrid, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Junquera de Estéfani, R. (coord.). (2018). *Ética y Deontología Pública* (2.ª ed.), Madrid, Universitas.
- Latiff Robert H. y McCloskey Patrick J. (2013). With Drone Warfare, America Approaches the Robo-Rubicon. *The Wall Street Journal*. [Consulta: 8 julio 2021]. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/SB1000142412788732412850457834633246145590>.
- López Díaz, P. (2009). Principios Fundamentales del Derecho Internacional Humanitario. *REVISMAR*. 3/2009. [Consulta: 18 julio 2021]. Disponible en: <https://Revistamarina.cl/revistas/2009/3/lopez.pdf>.
- Miguel Beriain, I. de y Pérez Estrada, M. J. (2020). La Inteligencia Artificial en el proceso penal español: un análisis de su admisibilidad sobre la base de los derechos fundamentales implicados. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*. 25, pp. 531- 561. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rduned.25.2019.27013>
- Moliner González, J. A. (2018). Algunos problemas éticos de las tecnologías militares emergentes. *Boletín IEEE*. N.º 9, pp. 522-541.
- Pedreño Muñoz, A. y Moreno Izquierdo, L. (2020). *Europa frente a EE. UU. y China. Prevenir el declive en la era de la inteligencia artificial*. Alicante, autoed.
- Porcelli, A. M. (2021). La Inteligencia Artificial aplicada a la robótica en los conflictos armados. Debates sobre los sistemas de armas letales autónomas y la (in)suficiencia de los estándares del derecho internacional humanitario [en línea]. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*. 23(1), pp. 483-530. [Consulta: 25 junio 2021].

- Disponible en: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.9269>.
- Rodrigo de Larrucea, J. (2017). El derecho y la legislación proactiva: nuevas perspectivas en la ciencia jurídica. Aspectos metodológicos [en línea]. En: Congreso Europeo de Investigaciones Interdisciplinarias (2017. Países Bálticos). *La evolución de la ciencia en el siglo XIX*. [Consulta: 20 julio 2021]. Disponible en: <https://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2117/112254/el%20derecho%20proactivo%20120617.pdf>
- Ruíz, J. C. (2018). *El arte de pensar*. Córdoba, Berenice.
- Sandel, M. J. (2016). *Justicia ¿hacemos lo que debemos?* Barcelona, Debolsillo.
- . (2020). *Filosofía Pública*. Barcelona, Debate.
- Santaella López, M. (1994). *Ética de las profesiones jurídicas*. Madrid, Universidad Complutense y Universidad Pontificia de Comillas.
- Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial (1.º 2019. Toledo). (2019). *Conclusiones del I Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial* [en línea]. Toledo, Centro de Estudios Europeos Luis Ortega Álvarez. Universidad de Castilla-La Mancha. [Consulta: 20 julio 2021]. Disponible en: <https://www.um.es/idertec/wp-content/uploads/2019/04/CONCLUSIONES-SEMINARIO-DAIA.vfinal.pdf>
- Torre, F. J. de la. (200). *Ética y deontología jurídica*. Madrid, Dykinson.
- Valle, M. J. del. (2016). Sistemas de armas letales autónomas: ¿un riesgo que vale la pena tomar? *Lecciones y Ensayos*. Vol. 97, pp. 225-247.
- Webb, A. (2021). *Los nueve gigantes: Cómo las grandes tecnológicas amenazan el futuro de la humanidad*. Barcelona, Península.

**PROTECCION PENAL DE LA MUJER CONTRA LA VIOLENCIA
SEXUAL EN EL ESTATUTO DE ROMA Y PROHIBICIÓN DE LA
ANALOGÍA *IN MALAM PARTE***

***A PROPÓSITO DE LA CONDENA DEL EX NIÑO SOLDADO
DOMINIC ONGWEN POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL***¹

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
General consejero togado ®

La violencia sexual es un tema que ha estado envuelto en un manto de silencio, y en gran medida lo sigue estando... Invertir en la prevención de la violencia sexual es una muestra de confianza en el futuro de la humanidad.

V. Bernard y H. Durham ²

Resumen

Este estudio presenta el marco legal aplicable a la violencia sexual contra mujeres y niñas, de conformidad con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El artículo examina la definición del término

¹ Este estudio corresponde a la ponencia presentada por el autor en el Seminario *Protección de las mujeres y niñas contra la violencia sexual en situaciones de conflicto armado*, que tuvo lugar en Madrid, organizado por el CEDIH de la Cruz Roja Española el 24 de marzo de 2021.

² (2014). Sexual violence in armed conflict. *International Review of the Red Cross*. 96, n.º 894.

«género», crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra (delitos: violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable) y crimen de matrimonio forzado como acto inhumano de carácter similar (crimen de lesa humanidad conforme al artículo 7 (1) K del Estatuto de Roma). Además, muestra los problemas específicos de la protección penal de las mujeres, incluida la posición relativa al artículo 22.2 del Estatuto (la definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía). El estudio también examina el veredicto de la Sala de Primera Instancia IX de la Corte Penal Internacional de fecha 4 de febrero de 2021 (sentencia pronunciada sobre Dominic Ongwen por crímenes de los que fue considerado culpable). El artículo analiza los límites del ámbito de la exigente de órdenes superiores, por la presunción de que la ilicitud de la orden es manifiesta, cuando los crímenes de genocidio y crímenes de lesa humanidad son cometidos en su cumplimiento. Finalmente, se presentan las conclusiones.

Palabras clave: Derecho Penal Internacional, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional, violencia sexual, delitos, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, género, analogía y exigente de obediencia jerárquica.

Abstract

This study presents the legal framework applicable to sexual violence against women and girls, in accordance with the Rome Statute of International Criminal Court. The article examines the definition of the term «gender», crimes against humanity, war crimes (crimes: rape, sexual slavery, forced prostitution, forced pregnancy, forced sterilization or any other form of sexual violence of comparable gravity) and the crime of forced marriage as an inhumane act of a similar nature (crime against humanity, under Article 7 (1) K of the Rome Statute). In addition, it shows the specific problems of the criminal protection of women, including the position regarding Article 22.2 of the Statute (the definition of crime shall be strictly interpreted and shall not be extended by analogy). The study also examines the verdict of Trial Chamber IX of International Criminal Court dated 4 February, 2021 (judgement rendered on Dominic Ongwen for crimes of which he was found guilty). The article analyzes the limits

of the scope of the superior order defence, due to the presumption that the unlawfulness of the order is manifest, when crimes of genocide and crimes against humanity are committed in its fulfilment. Finally, conclusions are presented.

Keywords: International Criminal Law, Human Rights, International Humanitarian Law, Rome Statute, International Criminal Court, sexual violence, crimes, crimes against humanity, war crimes, gender, analogy and exoneration of hierarchical obedience.

Sumario

1. Introducción *A. Determinaciones previas. B. La evolución de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (CPI) en materia de violencia sexual.* 2. La definición de género en el Estatuto de Roma. 3. Los crímenes de lesa humanidad y la violencia sexual. *A. El umbral y el apartado 1. g) del artículo 7 del Estatuto de Roma (ER). B. El tipo residual de los crímenes de lesa humanidad, el caso Ongwen y la prohibición de la analogía in malam parte. C. Referencia especial a otros crímenes.* 4. La presunción *iuris et de iure* en la eximente de obediencia jerárquica. 5. Los crímenes de guerra de violencia sexual. *A. Consideraciones generales. B. Crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales (CAI). C. Crímenes de guerra cometidos en conflictos armados sin carácter internacional (CANI).* 6. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

A. DETERMINACIONES PREVIAS

Aunque la violencia sexual está tipificada como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra en el Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional (CPI), este Tribunal internacional no ha pronunciado una sentencia condenatoria sobre estos graves crímenes internacionales hasta la sentencia dictada el 8 de julio de 2019 por la Sala de Primera Instancia en el caso Bosco Ntaganda («Terminator») en la República Democrática del Congo, 17 años después de la constitución de la Corte Penal Internacional.

Y ciertamente no han faltado casos de la competencia de la CPI, donde se han investigado supuestos de crímenes de violencia sexual, que han sido objeto de acusación fiscal o sentencias absolutorias sobre esta materia. Ejemplos destacados han sido las situaciones de la propia República

Democrática del Congo, Uganda, Kenia, República Centroafricana, Costa de Marfil, Sudán o Mali, entre otros³.

Como afirma la profesora Escobar Hernández⁴ la propia Corte Penal Internacional no ha salido, todavía, de lo que podríamos llamar «la fase de construcción», aun reconociendo el gran valor y significado que ha tenido para el derecho internacional contemporáneo la adopción del Estatuto de Roma y la constitución de la CPI. Compartimos esta postura e incluso su esperanza de que se pueda concluir esta fase y la Corte vuele «a velocidad de crucero».

Hasta ahora la CPI no ha alcanzado, en nudos (millas por hora), esta velocidad de crucero seguramente por la escasa colaboración de algunos Estados y la complejidad que presentan los tribunales penales internacionales para una investigación territorial. De la «eficacia» de la CPI son muestra los datos siguientes: Desde el 1 de julio de 2002 a julio de 2021 (19 años de funcionamiento) ha pronunciado ocho sentencias en juicio oral sobre crímenes de su competencia material y una sobre delitos contra la Administración de Justicia, algunas pendientes de recurso de apelación.

Sentencias condenatorias en los casos de Thomas Lubanga (2012, República Democrática del Congo), Germain Katanga (2014, República Democrática del Congo), Ahmad Al Faqi Al Mahdi (2016, Mali), Bosco Ntaganda (2019, República Democrática del Congo) y Dominique Ongwen (2021, Uganda). Absolutorias en los casos de Mathieu Ngudjolo (2012, República Democrática del Congo), Jean Pierre Bemba (2018, Uganda, absuelto por la Sala de Apelaciones), Laurent Gbagbo y Charles Blé (2019, Costa de Marfil). Además, el condenado Tomas Lubanga no fue acusado (y por tanto no fue condenado) por esclavitud sexual y Germain Katanga, condenado por otros crímenes, fue absuelto de las acusaciones de violación y esclavitud sexual. Asimismo, Jean Pierre Bemba, Aimé Kilolo Musamba y Jean-Jacques Mangenda Kabongo fueron condenados por delitos contra la Administración de Justicia (soborno de testigos y testigos falsos). Están en periodo de juicio oral Yekaton y Ngaïs Sona de la República Centro Africana y Al Hassan de Mali, este último acusado, entre otros delitos, de

³ Cottier, M. y Mzee, S. (2016). Comentario al artículo 8 del Estatuto de Roma, «Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence». En: Triffterer, O. y Ambos, K. (coords.). *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*. Munich. 3.^a ed. C. H. Bech, Hurt, Nomos. Pp. 484 y ss.

⁴ Escobar Hernández, C. (2018). La Corte Penal Internacional en construcción: Nuevos retos veinte años después de la Conferencia de Roma, II Foro. *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 70, 2, p. 215.

los crímenes de guerra de violación, esclavitud sexual y de los crímenes de lesa humanidad de otros actos inhumanos y matrimonios forzados.

En el Preámbulo del Estatuto de Roma, los Estados Partes expresan que son conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y conocen que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad. Es decir, afirman la existencia de valores humanitarios universales⁵.

Concretándonos a los crímenes de lesa humanidad tipificados en el ER, para responder a la cuestión de la existencia de valores universales, se debe hacer mención a la Propuesta⁶ presentada por once Estados en la Comisión Preparatoria de la CPI (Nueva York, 1999) En el texto, relativo a los Elementos de los Crímenes (artículo 7 del ER) y dentro de apartado artículo 7, 1), e): Esclavitud, se plantea: *3. Que el poder análogo a la propiedad no haya incluido derechos, deberes ni obligaciones accesorias respecto al matrimonio entre un hombre y una mujer o a la relación entre un padre y un hijo.* En el apartado del artículo 7, 1), g), 1): Violación, se expresa que: *4. Nada en esos elementos afectará a las relaciones sexuales matrimoniales naturales y lícitas con arreglo a determinados principios religiosos o las normas culturales y a las distintas legislaciones nacionales.* En el apartado del artículo 7, 1), g), 2): Esclavitud sexual, se propone: *3. Que el poder análogo a la propiedad no haya incluido derechos, deberes ni obligaciones accesorias respecto al matrimonio entre un hombre y una mujer.* En el apartado del artículo 7, 1), g), 6): Toda forma de violencia sexual de gravedad análoga, se sostiene que: *3. Nada en esos elementos afectará a las relaciones sexuales matrimoniales naturales y lícitas con arreglo a determinados principios religiosos o las normas culturales y a las distintas legislaciones nacionales.*

⁵ En la historia de las doctrinas filosóficas no ha habido unanimidad y no han faltado autores (desde el inglés Guillermo de Ockam en el siglo XIII frente a la escolástica de Santo Tomás de Aquino) que cuestionaron la existencia de ideas de validez universal: El ser humano es único, sin que puedan deducirse unas cualidades abstractas que abarquen a toda la humanidad (Bertrand Russell).

⁶ Documento de las Naciones Unidas PCNICC/1999/WGEC/DP.39, Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Grupo de Trabajo sobre los Elementos de los Crímenes, 3 de diciembre de 1999 (original en inglés y árabe), Propuesta presentada por la Arabia Saudita, Bahrein, los Emiratos Arabes Unidos, el Iraq, la Jamahiriya Árabe Libia, Kuwait, el Líbano, Oman, Qatar, la República Árabe Siria y el Sudán, en relación con los elementos de los crímenes contra la humanidad.

La propuesta fue apoyada por los Estados Unidos de América. Se debe destacar que seis de los Estados proponentes son Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966). La mayoría de las representaciones estatales rechazaron la propuesta al considerarla contraria a la tipificación del artículo 7 del ER, porque introducía un elemento negativo del injusto que produciría la justificación de estos graves crímenes de lesa humanidad. En particular fue relevante la inequívoca postura negativa de Suecia, Italia, Portugal, España, Nueva Zelanda, Finlandia, Angola, Colombia, Reino Unido y Francia, entre otros Estados.

Ahora bien, el rechazo de esta propuesta, que confunde ejemplificación con ejemplaridad⁷, no resuelve la duda sobre la existencia universal de valores humanitarios, al parecer no compartidos por algunos Estados.

Desde el punto de vista del DIH, la cuestión ofrece pocas dudas. Basta el examen de la Opinión Consultiva de 1996, sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, del Tribunal Internacional de Justicia, para constatar la existencia de principios cardinales, tan fundamentales para el respeto de la persona humana que se imponen a todos los Estados porque constituyen «principios intransgredibles» del derecho internacional consuetudinario⁸. La existencia de valores universales humanitarios se deduce también la ratificación universal de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

Volviendo al estudio de la violencia sexual en los conflictos armados, las profesoras Ojinaga Ruiz y Abril Stofells⁹ escriben que la acumulación de cargos por crímenes de violencia sexual (violación y esclavitud sexual) ofrece un cauce adecuado para la represión de estos crímenes contra las niñas asociadas con grupos armados, aunque precisa de un mayor grado de desarrollo¹⁰ y clarificación, destacando las lagunas sobre la tipificación del matrimonio forzado en el Estatuto de Roma.

⁷ Ruiz, J. C. *A Platón*, afirma que «Apelar a lo concreto y convertirlo en categoría manifiesta el sesgo arbitrario del que cree haber alcanzado la verdadera comprensión del mundo». *El País Semanal*, 11 de julio de 2021, p. 5.

⁸ Pérez González, M. (2017). El Derecho Internacional Humanitario frente a la violencia bélica: Una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto. En: *Derecho Internacional Humanitario*. Cruz Roja Española y Tirant. 3.ª ed. Valencia. Pp. 38 y 39

⁹ Ojinaga Ruiz, R. y Abril Stofells, R. M. (2020). La protección de las niñas asociadas con fuerzas armadas o grupos armados. *REEI*. N.º 39. DOI: 10.17103/reei.39.08. P. 40.

¹⁰ Aportación relevante del Instituto Universitario «General Gutiérrez Mellado» ha sido la convocatoria de la Conferencia Internacional *Un paso más hacia el desarme sexual de los conflictos armados*, que ha tenido lugar en Madrid el 21 de junio de 2021. Ver también, Caracul Raya, M. A. (2020). Las redes sociales y la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad. *Revista Española de Defensa*. Pp. 14 y ss.

B. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI) EN MATERIA DE VIOLENCIA SEXUAL

1. La sentencia de Thomas Lubanga Dyilo y el principio acusatorio

La primera sentencia dictada en juicio oral por la Sala de Primera Instancia de la CPI lleva fecha de 14 de marzo de 2012 y, después de una significativa demora (la CPI comenzó sus funciones el 1 de julio de 2002), declaró culpable a Thomas Lubanga Dyilo¹¹ de tres crímenes de la competencia de la Corte: reclutamiento de niños menores de quince años (niños soldados), alistamiento de niños menores de quince años y hacerles participar activamente en las hostilidades. Se trataba de la situación del conflicto armado no internacional de Ituri (República Democrática del Congo), desde septiembre de 2002 a agosto de 2003. Lubanga fue calificado como coautor (art. 25 del ER) por su contribución esencial al plan delictivo común.

Sin embargo, no fue declarado culpable por su conducta en relación con las niñas que fueron objeto de violencia sexual, que podría constituir un crimen de esclavitud sexual, como estimó la Magistrada Elisabeth Odio Benito en su opinión disidente.

La evidente razón de esta omisión hay que residenciarla en la falta de acusación fiscal sobre este crimen u otros constitutivos de violencia sexual, aunque no faltaban elementos de prueba para sostener este cargo.

En efecto, el principio acusatorio es básico en el procedimiento penal ante la CPI (art. 74.2 ER). No cabe condenar a un sujeto sometido a un proceso por hechos distintos de los que han sido objeto de acusación. Y, como es sabido, el Fiscal de la CPI tiene el monopolio de la acción penal, ante la inexistencia de la acusación particular y de la acción popular. Las víctimas no son titulares de la acción penal y no son partes en el procedimiento.

Si el fiscal estima que debe modificar los cargos, debe pedir nueva audiencia de confirmación de cargos, para que pueda ser rectificadas la anterior de la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 61.9 del ER).

Este defecto procesal ha significado algunas consecuencias indeseables, como la proliferación de cargos por parte del fiscal (caso Bemba) o el abigarrado muestrario de acusaciones en el caso Ongwen.

Pero en el caso Lubanga ni siquiera se planteó la acusación por esclavitud o violencias sexuales por parte de la Fiscalía.

¹¹ Ambos, K., Malarino, E. y Steiner, S. (eds.). *Análisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional. El caso Lubanga*.

No deja de ser significativo que la Sala de Primera Instancia en su segunda sentencia sobre el caso de 10 de julio de 2012, justamente la que se refiere a la imposición de la pena (art. 76 ER), dedica un párrafo para lamentar enérgicamente la actitud del anterior fiscal por no presentar cargos por violencia o esclavitud sexual, disintiendo su criterio de que no hay base probatoria para acusar por estos crímenes.

La magistrada Elisabeht Odio Benito, en su voto disidente, estima que la violencia sexual contra las niñas reclutadas (pero no exclusivamente) ha sido probada más allá de toda duda, entendiendo que ha concurrido una violencia masiva contra las niñas soldados, convertidas en esclavas sexuales. Ante la ausencia de acusación fiscal, propone en su voto particular la pena agravada de quince años de reclusión, frente a los catorce años impuestos por la Sala que, en su opinión no ha tenido en cuenta los daños causados a las víctimas para la determinación de la pena.

En resumen, la primera sentencia de la CPI no fue muy afortunada por lo que se refiere a la penalización de los actos atroces de violencia sexual (lesa humanidad o crímenes de guerra), como crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, que no deben quedar sin castigo (Preámbulo del ER)

2. Otros casos sentenciados por la Corte Penal Internacional

La segunda sentencia de la CPI fue pronunciada por la Sala de Primera Instancia el día 18 de diciembre de 2012 y absolvió al «Coronel» Mathieu Ngudjolo Chui por su actuación en Ituri, República Democrática del Congo. Más concretamente, se enjuiciaba su responsabilidad en el ataque a la aldea de Hema de Bogoro. Fue acusado, entre otros, del crimen de violación. La absolución se fundamentó al no probarse que Ngudjolo fuera el comandante en jefe de los combatientes de la etnia Lendu que atacaron Bogoro el 24 de febrero de 2003, cometiendo las violaciones y otros crímenes.

El 7 de marzo de 2014 recayó la segunda sentencia condenatoria de la CPI. La Sala de Primera Instancia declaró la culpabilidad de Germain Katanga, comandante de la «Fuerza de Resistencia patriótica» en Ituri (República Democrática del Congo). Fue considerado cómplice (art. 25.3.d del ER) de un cargo de lesa humanidad (asesinato) y cuatro acusaciones de crímenes de guerra (homicidio intencional, ataque contra la población civil en cuanto tal, destrucción de bienes del enemigo y pillaje). Sin embargo, fue absuelto de los demás cargos, entre ellos violación y esclavitud sexual, en relación con el ataque lanzado contra la aldea de Bogoro.

La Sala de Primera instancia III, por sentencia de 21 de marzo de 2016, declaró culpable a Jean Pierre Bemba Gombo, alto dirigente de Uganda y Jefe del Ejército de Liberación del Congo, de dos crímenes de lesa humanidad (asesinato y violación, art. 7.1.g) del ER) y tres crímenes de guerra (homicidio, violación —artículo 8.2.e.vi— y pillaje del ER). Estimó la sentencia que Bemba tenía el mando y control efectivo de la operación realizada por sus tropas en la República Centroafricana, dentro de un conflicto armado sin carácter internacional, desde el año 2002 al 2003. Fue condenado como responsable penal (jefe militar) de los crímenes perpetrados por sus subordinados (art. 28 del ER), que conocía y no adoptó las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenirlos y reprimirlos.

En consecuencia, por sentencia de 21 de junio de 2016 (art. 76 ER), J. P. Bemba Gombo fue condenado a la pena total de 18 años de reclusión. El límite máximo de la pena de 18 años se impuso, concretamente, por violaciones como crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Sin embargo, la Sala de Apelaciones de la CPI, por sentencia de 8 de junio de 2018, absolvió por mayoría a Bemba Gombo, al considerar que no conocía los crímenes cometidos por sus subordinados en la República Centroafricana y, cuando los conoció, actuó para evitarlos. La Sala estimó que la de Primera Instancia incurrió en un error al condenar por delitos al margen de los cargos confirmados por las pruebas y testigos.

El mismo Bemba, Aimé Kililo Musamba y Jean-Jacques Mangenda Kabongo, fueron condenados (Sala de Primera Instancia VII, sentencia de 17 de septiembre de 2018) por atentados contra la Administración de Justicia (soborno de testigos y presentación de testigos falsos). La pena fue señalada por la Sala de Apelaciones de la CPI por sentencia de 27 de noviembre de 2019.

Por sentencia de la Sala de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2016, fue condenado a 9 años de reclusión, Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Alias Abu Turab, miembro de *Ansar Eddine*, grupo asociado a Al Qaeda en el Magreb Islámico (Mali) y Presidente de un Tribunal Islámico. Fue declarado culpable como coautor de un crimen de guerra por haber dirigido intencionadamente un ataque contra edificios religiosos e históricos, produciendo su destrucción. Concretamente en Tombouctou (9 mausoleos y la mezquita de Sidi Yahya), patrimonio de la humanidad.

Una nueva absolución fue acordada por sentencia de la Sala de Primera Instancia de 15 de enero de 2019 a los acusados Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé, por los crímenes presuntamente cometidos en el contexto de la elección presidencial de Costa de Marfil, en los años 2010 y 2011. La abso-

lución perentoria¹² se fundamentó en la falta de pruebas suficientes. Entre los cargos figuraba la acusación por violación y otros actos de violencia sexual como crímenes de lesa humanidad.

3. La primera sentencia condenatoria por crímenes de violencia sexual (2019). El caso Bosco Ntaganda

Por sentencia de la Sala de Primera Instancia VI de la CPI de 8 de julio de 2019, Bosco Ntaganda (alias «*terminator*») fue declarado culpable de 18 cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, cometidos en Ituri (República Democrática del Congo) durante el conflicto armado no internacional¹³ que tuvo lugar desde el 6 de agosto de 2002 al 31 de diciembre de 2003. Se calificó la participación de Bosco Ntaganda, que ejercía la función militar importante de jefe de Estado Mayor adjunto encargado de las operaciones (Unión de los Patriotas Congoleños UPC y Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo FPLC) en el conflicto armado, como autor directo en tres de los cargos y como autor indirecto en los restantes (art. 25.3.a. del ER). Fue absuelto de otros cargos presentados por el fiscal.

Se destaca en la sentencia que era práctica constante la violación y el sometimiento a otras formas de violencia sexual a las integrantes del sexo femenino de las fuerzas de UPC/FPLC, durante el servicio, comprendiendo niñas de menos de 15 años. En la operación de ataque a la ciudad de Bunia, mujeres capturadas por los soldados UPC/FPLC fueron violadas y muertas algunas que intentaron resistir. Otro grupo de cautivas en el buque «El Paraiso» fueron violadas antes de ser asesinadas. También fue probada la muerte de hombres después de ser violados.

Bosco Ntaganda fue declarado culpable de los crímenes siguientes:

- Violación como crimen de lesa humanidad del artículo 7 (1) (g) ER, como coautor indirecto según el artículo 25 (3) (a) ER.
- Violación como crimen de guerra del artículo 8 (2) (e) (vi) ER, como coautor indirecto según el artículo 25 (3) (a) ER.

¹² Lanz Raggio, M. (2021). Caso Gbagbo y Blé Goudé: Una nueva sentencia absoluta de la Corte Penal Internacional. *Revista Jurídica Militar*. Año 18, n.º 184, pp. 1 a 8. Madrid.

¹³ Sobre el caso Ntaganda y en relación con la sentencia de la Sala de Apelaciones de la CPI que confirma la jurisdicción de la Corte sobre los cargos de presuntos crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual de niños soldados, ver la Comunicación de Rosario Ojinaga Ruiz presentada al Congreso Internacional *Protección de la infancia en los conflictos armados*. Universidad de Granada, 21 y 22 de marzo de 2019.

- Esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad, artículo 7 (1) (g) ER, como coautor indirecto según el artículo 25 (3) (a) ER.
- Esclavitud sexual como crimen de guerra, artículo 8 (2) (e) (vi) ER, como coautor indirecto según el artículo 25 (3) (a) ER.

Por sentencia de 7 de noviembre de 2019, de la misma Sala, le fue impuesta la pena de 30 años de reclusión. Ambas sentencias no son firmes al estar recurridas en apelación ante la Sala de Apelaciones de la CPI.

4. La sentencia condenatoria del ex niño soldado Dominic Ongwen (2021)

Por sentencia de la Sala de Primera Instancia IX de 4 de febrero de 2021, Dominic Ongwen fue declarado culpable de 61 crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Fue acusado de 70 cargos por la Fiscalía, en una proliferación de tipicidades y un abigarrado muestrario de crímenes, de los que fue condenado por 61 delitos y absuelto por 8 cargos. La Sala, en una extensa sentencia de más de mil páginas, estableció la culpabilidad del ex niño soldado Dominic Ongwen por crímenes cometidos en el norte de Uganda, como alto jefe del Ejército de Resistencia del Señor entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2005. Llama la atención la capacidad criminal del condenado, capaz de la comisión (en tan corto periodo de tiempo) de tal cantidad y variedad de crímenes, a la vez que ejercía el mando militar de la Brigada Sinia, dirigía la acción bélica, planificaba los ataques y tenía a su cargo centenares de hombres armados.

La participación criminal se atribuye a Ongwen como autor, conforme al artículo 25 (3) (a) del ER, salvo en uno de los crímenes de intento de asesinato.

Por lo que se refiere a los numerosos crímenes sexuales y de carácter sexista que la sentencia atribuye al autor, se concretan en los cometidos contra siete mujeres y los perpetrados contra niñas y mujeres en el contexto de la Brigada Sinia, de la forma siguiente:

- Cuatro crímenes de lesa humanidad, violación, esclavitud sexual, embarazo forzado y matrimonio forzado como acto inhumano similar.
- Tres crímenes de guerra, violación, esclavitud sexual y embarazo forzado.

La Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, en relación con la sentencia que declara la culpabilidad de Ongwen, afirmó el 4 de febrero de 2021 que «la decisión de hoy marca una etapa decisiva en la larga búsqueda de justicia del pueblo ugandés», esperando que se ponga fin a la

impunidad de los autores de atrocidades como los crímenes sexuales y de carácter sexista. Curiosamente, la acusación fiscal solicitó para Ongwen en el juicio oral la pena de «al menos» 20 años de reclusión, en una forma inconcreta poco acorde con la gravedad de los hechos probados, mientras que la Sala de Primera Instancia IX en la sentencia sobre la pena, estableció «contrariamente a lo propuesto por el Fiscal» (20 años de reclusión) que no responde esta petición a la culpabilidad por todos los numerosos crímenes cometidos. La Sala, entre un mínimo posible de 20 años de prisión y la reclusión a perpetuidad, a la vista de la gravedad de los crímenes, atenuantes, agravantes y circunstancias individuales, rebasó a la acusación fiscal al imponer la pena de 25 años de reclusión.

En efecto, por sentencia de 6 de mayo de 2021, conforme al artículo 76 del ER, Dominic Ongwen fue condenado por mayoría a una pena separada por cada crimen, teniendo en cuenta las circunstancias agravantes, pero también las atenuantes de la infancia del culpable que había sido reclutado como niño soldado (a los 9 años de edad) por el Ejército de Resistencia del Señor y, conforme al artículo 78. 3 del ER, a la pena única total de 25 años de reclusión. El periodo de detención (entre el 4 de enero de 2015 y el 6 de mayo de 2021) será deducible (abonado) de la duración total de la pena impuesta. El magistrado Raul Cano Pangalangan formuló una opinión en parte disidente de la mayoría (voto particular) proponiendo una pena total de 30 años de reclusión.

La sentencia también contiene las disposiciones relativas a las observaciones y el comienzo inmediato de las reparaciones, teniendo en cuenta el ingente número de víctimas (4.095) representadas por sus abogados y autorizadas a intervenir en el procedimiento. Como afirmó el Presidente de la Sala de Primera Instancia IX, Bertram Schmitt, «El derecho de las víctimas a las reparaciones es también una parte esencial del sistema de justicia de esta Corte».

En esta sentencia se establece para los crímenes de violencia sexual y con carácter sexista la concurrencia de la circunstancia agravante de comisión por motivo que implique discriminación contra la mujer y, como tal, razón de género.

Se consideran, entre otros, crímenes de la mayor gravedad los de esclavitud sexual, violación, matrimonio forzado y embarazo forzado, por los que se impone la pena de 20 años de reclusión, subsumidos en la pena única total de 25 años.

Las sentencias no son firmes, al haber sido apeladas por la defensa del condenado el 21 de mayo de 2021. Se encuentran pendientes de la sentencia definitiva de la Sala de Apelaciones de la CPI.

5. Otros casos pendientes de juicio oral en la Corte Penal Internacional

El 14 de julio de 2020 se abrió el proceso ante la Sala Primera Instancia X de la CPI, contra Al Hassam Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, de Mali, región de Tombouctou, comisario *de facto* de la Policía islámica y asociado del Tribunal Islámico de Tombouctou, acusado de diversos crímenes de lesa humanidad, concretamente violación, esclavitud sexual y otros actos inhumanos, entre los cuales se le imputan matrimonios forzados. Dentro de los cargos de crímenes de guerra, presuntamente cometidos en un conflicto armado de carácter no internacional, figuran también la violación y la esclavitud sexual. Las audiencias se desarrollan durante el año 2021.

El 16 de febrero de 2021 ha dado comienzo el juicio oral ante La Sala de Primera Instancia V de la CPI contra Alfred Yekatom, alias «Rambo», antiguo comandante jefe de las Fuerzas Armadas de la República Centroafricana y contra Patrice-Edouard Ngaïssona, como presuntos responsables de los crímenes siguientes:

En Bangui (República Centroafricana) entre el 5 de diciembre de 2013 y agosto de 2014, crímenes contra la humanidad (incluyendo otros actos inhumanos de carácter similar) y crímenes de guerra.

La Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI, el 9 de julio de 2021 confirmó 31 cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad contra Alí Muhammad Alí Abd-Al-Rahman, alias «Ali Kushayb», presuntamente cometidos en Darfur (Sudan) entre agosto de 2003 y abril de 2004. La acusación comprende la violación como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra.

La anterior fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, en su 33.º Informe ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (9 de junio de 2021) sobre la situación en Darfur (Sudan), hizo constar su consternación ante los informes que indican un aumento en los incidentes de violencia sexual y de género contra mujeres y niñas, especialmente desplazados internos, en Sudan, incluido Darfur.

6. El examen preliminar de la situación de Venezuela I

Como consecuencia del reenvío a la CPI por un grupo de seis Estados Partes (art. 14 del ER) sobre la situación en la República Bolivariana de Venezuela, la Fiscal de la CPI Fatou Bensouda inició el examen preliminar del caso (2018), que concluyó en 2021, sin que por su cese (junio de 2021) hubiera podido formular la correspondiente propuesta de apertura de la investigación a la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, que corresponderá a su sucesor el fiscal Karim Khan. No obstante, la fiscal Besouda en su Informe sobre la situación estima la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad y, entre otros, la violación y otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, tipificadas en el artículo 7.1-g) del ER.

2. LA DEFINICIÓN DE GÉNERO EN EL ESTATUTO DE ROMA

El artículo 7.3 del ER, relativo a los crímenes de lesa humanidad, establece que «A los efectos del presente Estatuto, se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede».

Este precepto fue aprobado en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998, a instancia de un grupo de los Estados más conservadores y se concreta en las características biológicas que definen a las mujeres y a los hombres¹⁴. La palabra «sexo» es utilizada por normas internacionales de ámbito universal, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (arts. 24 y 26), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (art. 1) y los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, entre otros.

En la actualidad¹⁵ se utiliza el término «género» (violencia de género o perspectiva de género), en particular por las Naciones Unidas a partir de la Conferencia de Pekin de 1995, sin que se haya hecho desaparecer la palabra sexo, utilizada por el ER. Hay que destacar la acepción¹⁶ que las Academias de la Lengua añadieron a la clásica palabra «género»: «Grupo

¹⁴ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N., III. Paragraph. Definition of gender. En: Triffterer, O. y Ambos, K. (coords.). *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*. Ob. cit., pp. 292 y ss.

¹⁵ Grijelmo, A. La palabra «sexo» no está prohibida. *El País*, 4 de julio de 2021.

¹⁶ Grijelmo, A. Artículo citado

al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde el punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico». Sirva esta reflexión como introducción a la crítica que puede formularse a la desafortunada definición del ER que comentamos, basada en el criterio de las características biológicas, obviando la posición de las Naciones Unidas, ya entonces centrada en un concepto de género construido socialmente.

El primer problema que se presenta consiste en determinar el ámbito de la aplicación de la definición de género. El debate en la Conferencia Diplomática de Roma se refería al delito de persecución de un grupo o colectividad (art. 7.1.h) ER), dentro de los crímenes de lesa humanidad. En este precepto, en efecto, se utiliza la palabra «género» y no sexo para tipificar los motivos que incriminan la acción punible. Los autores del ER, por tanto, ya habían asumido la terminología utilizada por las Naciones Unidas. Ello no es óbice para que en otros crímenes de lesa humanidad (art. 7.1.g) ER) o crímenes de guerra (art. 8.2.b) xxii y art. 8.2. e) vi ER) se incrimine la esclavitud «sexual» o cualquier otra forma de violencia «sexual» (no de violencia de género). Sería erróneo concluir que la definición de género del Estatuto se aplica únicamente al crimen de lesa humanidad de persecución o exclusivamente a los crímenes de lesa humanidad. Se puede llegar fácilmente a la conclusión, con una interpretación integradora de todos los tipos penales del ER (en particular los que describen los crímenes de guerra y de lesa humanidad), que la definición es aplicable a todo el ER, incluidas las referencias a la violencia sexual (o de género).

No obstante, es de destacar que la definición de género está situada, de forma poco sistemática, en apartado final del artículo 7 (crímenes de lesa humanidad), pero no entre las definiciones referidas a tales delitos. Comienza con la expresión «A los efectos del presente Estatuto», que distingue su ámbito de las mencionadas definiciones que la anteceden y abarca, por tanto, a todo el articulado del ER. Esta interpretación es bien lógica, pues en otros preceptos del ER se utilizan expresiones como «motivo de género» (art. 21.3 ER) o «violencia sexual o violencia por razones de género» (art. 42.9, 54.1. b) y 68.1 ER).

La doctrina¹⁷, además de estar de acuerdo con la expresada interpretación, explica el uso por las Naciones Unidas de los términos «sexo» (características físicas y biológicas de la mujer y el hombre) y «género» (diferencias entre el hombre y la mujer basadas en la asignación de papeles o roles sociales, es decir: en una construcción social). Estos autores tratan

¹⁷ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N., III. Paragraph. Definition of gender. Ob. cit., p. 293.

de justificar el balance (consensuado en Roma) entre ambos conceptos en la literalidad del artículo 7.3 que emplea la frase «en el contexto de la sociedad», como referencia a la construcción de roles sociales y diferencias entre géneros. Sin embargo, el artículo 7.3 añade una categórica frase que no refleja bien el pretendido consenso: «El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede».

Una aportación, que puede considerarse decisiva, para la interpretación de este desafortunado y regresivo precepto¹⁸, es la referencia al artículo 21.3 ER (derecho aplicable), cuando dispone que la interpretación y aplicación del derecho deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en párrafo 3 del artículo 7 ER. La ambigüedad de este precepto conduce al desconocimiento de la intersexualidad, a la discriminación basada en la orientación sexual y, en el terreno penal, a la tipificación de los ataques basados en la indicada orientación sexual.

Por su parte, la Fiscalía de la CPI, al referirse a los crímenes basados en el género, ha comprendido tanto los cometidos contra personas (hombres o mujeres) con motivo de su sexo, como los perpetrados por su rol de género construido socialmente. Es obvio señalar que el concepto de «violencia sexual» no es idéntico a la de «violencia de género», que comprende otras formas muy graves de violencia no sexual.

En las numerosas legislaciones que han tipificado en sus Códigos penales o leyes penales especiales el contenido de los crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra previstos en el ER, no se ha reproducido la polémica definición de «género» del párrafo 3 del artículo 7 del ER. No así en las legislaciones que se han limitado a reproducir el texto del ER o realizar un reenvío a la totalidad del ER, lo que añade una nueva razón para la crítica de esta poco adecuada técnica legislativa.

En el Código Penal español, en efecto, no se reproduce el controvertido concepto de «género» entre los delitos de lesa humanidad del Capítulo II bis del Título XXIV, artículo 607 bis (redactado conforme a la LO 15/2003), donde se incluye el término «género» (art. 607 bis, 1, apartado 1.º).

Tampoco lo hace el Capítulo III, delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (arts. 608 a 614 bis), modificado por Leyes Orgánicas 15/2003 y 5/2010, ni las Disposiciones Comunes (arts. 615, 615 bis, 616 y 616 bis del referido Título XXIV del Código Penal).

¹⁸ *Ibid.*, p. 293

En conclusión, pese a las dificultades literales, interpretamos de forma amplia e inclusiva la definición de «género» del ER, comprendiendo el sexo biológico y el género social, esperando que la jurisprudencia de la CPI comparta este análisis por lo que se refiere a la violencia de género, integrante de la violencia sexual tipificada en el ER.

En la citada sentencia condenatoria de Dominic Ongwen (2021) se hace concreta referencia a los crímenes sexuales y con carácter sexista. En relación con los crímenes basados en el sexo y el género, la Sala de Primera Instancia IX fundamenta la circunstancia de agravación de la comisión delictiva en motivos que supongan discriminación contra la mujer y motivos de género.

3. LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y LA VIOLENCIA SEXUAL

A. EL UMBRAL Y EL APARTADO 1. G) DEL ARTÍCULO 7 DEL ESTATUTO DE ROMA (ER)

1. Observaciones preliminares

Una de las características básicas de los delitos incriminados en el ER es que no se tipifican crímenes aislados, sino situaciones (arts. 13 y 14), ejerciendo la CPI su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (Preámbulo y art. 1 ER).

La definición de los crímenes de lesa humanidad (art. 7 ER) comienza estableciendo un umbral de gravedad para todos estos delitos que precisan ser perpetrados en una situación, solo cuando se cometan «como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población común y con conocimiento de dicho ataque». Este requisito es aplicable a todos los crímenes de lesa humanidad y, naturalmente, a los integrantes de violencia sexual.

Resulta importante para definir este umbral, el concepto que el propio ER precisa de «ataque contra la población civil» [art. 7.2.a) ER] como una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos antes mencionados (crímenes de lesa humanidad) contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

El apartado 1. g) de artículo 7 del ER tipifica, como característicos crímenes de violencia sexual, la violación¹⁹, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado (definido en el art. 7.2.f) del ER), esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable²⁰.

Esta tipificación de la violación y otros crímenes de violencia sexual tiene su origen en la calificación de estas conductas como crimen de guerra a nivel internacional (después de la Segunda Guerra Mundial) y, en el ámbito interno, en los mismos orígenes del derecho de la guerra o derecho internacional humanitario. En el artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, se establece que «las mujeres serán especialmente amparadas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, contra el forzamiento a la prostitución y contra todo atentado a su pudor». Sin embargo, estos crímenes no figuran en la relación de infracciones graves del artículo 147 del mismo convenio. Casi idéntica redacción se reproduce en el artículo 76.1 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, que tampoco los califica como crímenes de guerra en el artículo 85 de este Protocolo.

Por lo que se refiere a los conflictos armados no internacionales, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 no prohíbe expresamente la violación ni otros actos de violencia sexual contra las personas protegidas, aunque pueden considerarse incluidos entre los atentados contra la «integridad corporal» o contra «la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes». El artículo 4.2,e) del Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, prohíbe los atentados contra la dignidad personal, entre los que cita la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor.

Por tanto, constituye un notorio progreso²¹ del derecho penal internacional que las más graves formas de violencia sexual no se incriminen únicamente como crímenes de guerra (como figuran en el artículo 8 del ER), sino que se tipifiquen también como crímenes de lesa humanidad cometidos contra la población civil.

La evolución de la doctrina, normas internacionales y Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales (*ad hoc* o híbridos) anteriores a la CPI, ya habían propiciado la mención expresa (no puede hablarse de tipificación

¹⁹ Garrigues Garrido, B. La violación como arma de guerra. La violencia sexual en los conflictos armados. *Revista Española de Derecho Militar*. N.º 105.

²⁰ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. En: Triffterer, O. y Ambos, K. (coords.). *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*. Ob. cit., pp. 206 y ss.

²¹ *Ibid.*, p. 208.

en sentido técnico jurídico) de la violación y otras violencias sexuales como crímenes de lesa humanidad, que constituyen una infracción de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (Nueva York, 1979). Así, en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda o los Paneles Especiales para Timor Leste. Y en la jurisprudencia de tales tribunales internacionales (casos Foca, Furundzija y Akayesu, entre otros). Resulta curioso y paradójico que en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia no se incriminan expresamente los delitos de violación o actos de violencia sexual como crímenes de guerra²², aunque sí como crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, pudieran estar comprendidos en la criticable cláusula residual que establece que esta lista no es exhaustiva, contraria al principio de legalidad (taxatividad).

Por el contrario, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda incrimina las violaciones y otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad (art. 3) y crímenes de guerra (art. 4).

Destaca la doctrina²³ que estas incriminaciones del ER son aplicables a mujeres y hombres, al utilizar una expresión gramaticalmente neutral en cuanto al género, incluyendo —por tanto— a las víctimas masculinas de la violación o violencia sexual y a las mujeres perpetradoras de tales crímenes sexuales.

En los Elementos de los Crímenes²⁴ del ER, definitivamente aprobados por la Asamblea de los Estados Partes, figuran los relativos a la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

2. Violación

La violación, como crimen internacional, no había sido definida²⁵ en la normativa internacional (DIH y Derecho de los Derechos Humanos),

²² Pignatelli Meca, F. Capítulo 33. La punición de las infracciones de Derecho Internacional Humanitario. Los Tribunales internacionales de crímenes de guerra. En: *Derecho Internacional Humanitario*. Ob. cit., p. 1056.

²³ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. Ob. cit., pp. 208 y 209.

²⁴ Hay que destacar la propuesta de España en la Comisión Preparatoria de la CPI, Nueva York, 2000, con referencias a su estructura: sujeto activo y pasivo, conducta, resultado y descripción de la acción típica, antijuridicidad, eximentes, intencionalidad, circunstancias del contexto y umbral.

²⁵ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. Ob. cit., p. 209.

con anterioridad a la Conferencia Diplomática de Roma que aprobó el ER de la CPI (1998), donde fue tipificada como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra. Sin embargo, la doctrina destaca la influencia de la definición contenida en el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas del Grupo de Trabajo sobre las formas contemporáneas de esclavitud, violación sistemática, esclavitud sexual y prácticas de esclavitud semejantes durante los conflictos armados²⁶. Una definición gramaticalmente neutral en cuanto a género que consta de dos componentes: la invasión física del cuerpo de la víctima y la coacción²⁷.

El artículo 179 del Código penal español considera que existe violación *cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías*. La agresión sexual se tipifica como un atentado contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación.

Con independencia de la descripción típica de la invasión del cuerpo de una persona (no necesariamente una mujer), el requisito de la falta de consentimiento de la víctima (ausencia de autonomía sexual personal) o concurrencia de violencia o intimidación, ha sido polémico en la jurisprudencia nacional o internacional.

Aunque en todas las situaciones no recayó una condena, la CPI ha conocido de las acusaciones por los crímenes de violación y esclavitud sexual como crímenes de lesa humanidad en numerosos casos como Jean-Pierre Bemba, Bosco Ntaganda, Katanga, Ngudjolo, Kenyatta, Laurent Gbagbo, Charles Blé, Kony, Mbarushimana, Al Bashir, Harun y Kushayb, Huseim, Simene Gbagbo, Dominic Ongwen, Al Hassam y Al Rahman, entre otros.

En los Elementos de los Crímenes de lesa humanidad, crimen de violación [art. 7.1).g)-1] figuran los siguientes requisitos:

1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

Es importante una nota a pie con la siguiente redacción: El concepto de «invasión» se utiliza en sentido amplio para que resulte neutro en cuanto al género.

²⁶ *Vid.* UN Doc.E/CN.4/Sub.2/1998/13, de 22 de junio de 1998.

²⁷ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. *Ob. cit.*, p. 209

Resulta de interés comparar esta definición con la aportada por el informe citado del Relator Especial de las Naciones Unidas del Grupo de Trabajo sobre las formas contemporáneas de esclavitud, violación sistemática, esclavitud sexual y prácticas de esclavitud semejantes durante los conflictos armados, con el siguiente texto: La inserción, en condiciones de fuerza, coacción o compulsión, de cualquier objeto, incluido pero no limitado al pene en la vagina o ano de la víctima; o la inserción, en condiciones de fuerza, coacción o compulsión, del pene en la boca de la víctima²⁸.

2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.

En nota a pie se especifica que se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad. Esta nota se aplica también a los crímenes de prostitución forzada, esterilización forzada y otras formas de violencia sexual de gravedad comparable.

3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil. O haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

3. Esclavitud sexual

Se trata, en términos penales, de un tipo mixto alternativo, de gran complejidad en la descripción típica, pues comprende elementos del crimen de esclavitud, detención o privación ilícita de libertad y violación reiterada u otras formas de violencia sexual.

La complejidad de este delito se destaca en nota a pie de los Elementos de los Crímenes al establecer que, dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que sus autores podrán ser dos o más personas con un propósito delictivo común. Es decir, nos encontramos ante un fenómeno de

²⁸ *Vid.* UN Doc.E/CN.4/Sub.2/1998/13, cit.

odelincuencia, pluralidad de autores (coautoría) o partícipes en la acción punible.

En estos Elementos de los Crímenes de lesa humanidad, crimen de esclavitud sexual (art. 7.1.g)-2], figuran los siguientes requisitos:

1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad.

Es relevante la extensa nota a pie relativa a este primer requisito, que desarrolla este tipo de privación de libertad, que podrá, en algunas circunstancias incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a la condición servil, según se define en la Convención suplementaria de 1956 sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. Añade la nota que la conducta descrita incluye el tráfico de personas, en particular mujeres y niñas.

2. Que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual. Este requisito comprende la violación u otros crímenes de violencia sexual.
3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil. O haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Para la doctrina²⁹ la esclavitud sexual comprende las situaciones en las cuales mujeres y niñas son obligadas a un «matrimonio» forzoso, servicios domésticos o trabajos forzados, que supongan una actividad sexual forzada incluida la violación por parte de sus captores.

Volviendo a la cita del Informe³⁰ del Relator Especial de las Naciones Unidas del Grupo de Trabajo sobre las formas contemporáneas de esclavitud, violación sistemática, esclavitud sexual y prácticas de esclavitud semejantes durante los conflictos armados, se alude a que prácticas tales como la detención de mujeres en campos de violación o estaciones de confort, «los matrimonios temporales» con soldados y otras prácticas que tratan a las mujeres como enseres (bienes muebles), constituyen de hecho y

²⁹ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. Ob. cit., p. 212.

³⁰ *Vid.* UN Doc.E/CN.4/Sub.2/1998/13, cit.

de derecho formas de esclavitud y, en tanto que tales, infracciones de las normas imperativas que la prohíben.

Se precisa que la situación de los llamados «matrimonios forzados» ha sido perseguida por los tribunales penales internacionales, acusando a sus autores por los crímenes de lesa humanidad de esclavitud, esclavitud sexual u otros actos inhumanos.

En el Informe del «Caucus» de Mujeres por una Justicia de Género³¹, en relación con el delito de esclavitud sexual se ejemplifica históricamente con la esclavización de mujeres asiáticas por parte del ejército japonés durante la Segunda Guerra Mundial y con las víctimas de esclavitud en los campos de concentración nazis. En la actualidad, el informe se refiere a los conflictos armados de la ex Yugoslavia (caso Foca) y Ruanda, con muchas mujeres raptadas, mantenidas en cautiverio y violadas repetidamente; Uganda (niños como esclavos sexuales. Los comandantes reciben como «esposas» a niñas hasta de 12 años de edad); Sierra Leona (abusos sexuales de niñas por los soldados); Ruanda (se obliga a las mujeres a «matrimonios temporales»); fuerzas paramilitares de Argelia (secuestro y esclavitud sexual); Birmania (casamientos a la fuerza) y Liberia (niñas y mujeres como esclavas sexuales).

Más recientemente, en el caso Bosco Ntaganda condenado por la CPI (sentencia de 8 de julio de 2019) y declarado culpable de los crímenes de violación y esclavitud sexual (como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), se razonó que el concepto de esclavitud sexual es particularmente apto para tipificar situaciones en las que las mujeres o las niñas son forzadas a compartir su existencia con una persona con quien ellas están obligadas a realizar actos de naturaleza sexual.

4. Prostitución forzada

Como continuación al desarrollo histórico, doctrinal y normativo de la prohibición e incriminación de la violencia sexual³², incluido el crimen de prostitución forzada, el artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 1949 dispone que las mujeres serán especialmente amparadas contra todo

³¹ Documento de Recomendaciones y observaciones del «Caucus» de Mujeres por una Justicia de Género, presentado ante el Comité Preparatorio para la Corte Penal Internacional. Nueva York, 12 al 30 de junio del 2000.

³² Oginaga Ruiz, M.ª R. Cap. 26: La protección de la mujer en el Derecho Internacional Humanitario. En: *Derecho Internacional Humanitario*. Ob. cit., p. 855 y ss.

atentado a su honor y, en particular, contra la violación, contra el forzamiento a la prostitución y contra todo atentado a su pudor.

Posteriormente, el artículo 75.2.b) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, establece que están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar (ya sean realizados por agentes civiles o militares), los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor³³. Prohibición que repite literalmente el artículo 4.2.e) del Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (CANI).

Ciertamente, como afirma Ojinaga Ruiz³⁴, estas disposiciones han adquirido un carácter consuetudinario, concluyendo que las violencias sexuales en situaciones de conflicto armado están prohibidas por el DIH convencional y consuetudinario. Y lo mismo cabe afirmar de la prostitución forzada como crimen de lesa humanidad.

Concretándose a los crímenes de lesa humanidad tipificados en el ER, Pignatelli Meca³⁵ estima que la prostitución forzada, entre otros crímenes, constituyen una novedosa concepción de la criminalidad de lesa humanidad de género, que viene ahora a tutelar no ya la honestidad de la víctima sino su libre autodeterminación en el ámbito sexual.

La prostitución forzada reúne las características de un delito complejo (mixto alternativo) y continuado, pero también puede integrar un único acto criminal. En el primer caso, pueden abarcar violaciones u otras formas de violencia sexual, que quedan subsumidas en el crimen continuado de prostitución forzada.

En los Elementos de los Crímenes (art. 7.1g)-3. Crimen de lesa humanidad de prostitución forzada) figuran los siguientes:

Uno. Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.

³³ Alonso Pérez, F. Cap. 22: La protección de la población civil. En: *Derecho Internacional Humanitario*. Ob. cit., p. 742.

³⁴ Ojinaga Ruiz, M.ª R. Cap. 26: La protección de la mujer en el Derecho Internacional Humanitario. Ob. cit., pp. 839 y 840.

³⁵ Pignatelli Meca, F. Cap. 34: La Corte Penal Internacional. En: *Derecho Internacional Humanitario*. Ob. cit., pp. 1107 y 1108.

Dos. Que el autor u otra persona hayan obtenido, o esperaran obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos.

Los otros dos elementos (tres y cuatro) reproducen los genéricos o contextuales de los crímenes de lesa humanidad.

El primer elemento es idéntico al correspondiente al crimen de violación y es el segundo el que añade lo característico de la prostitución: las ventajas pecuniarias obtenidas a cambio de los actos de naturaleza sexual.

La doctrina³⁶ estima desafortunado el término clásico de «prostitución forzada», al considerar que la esclavitud sexual comprende formas de la prostitución forzada, consistentes en las condiciones de control sobre la persona coaccionada dedicada a la actividad sexual. Sin embargo, el mantenimiento del tipo penal de prostitución forzada se debe a que tal término es el utilizado por los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales, que constituyen normas de derecho internacional consuetudinario de aplicación a los crímenes de lesa humanidad. Y ello, sin perjuicio de compartir la crítica a las antiguas definiciones de tales normas de DIH que ponen énfasis en el ataque inmoral al honor de la mujer. Por otra parte, no es aceptable el reproche de que las normas humanitarias no reconocen el carácter forzado del acto ni el sufrimiento de la víctima.

5. Embarazo forzado

Este crimen ha sido incorporado al ER (como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra), a la vista de la experiencia sufrida por las víctimas civiles (mujeres) en el conflicto armado de la ex Yugoslavia, donde se cometieron atentados de violencia sexual que responden a la descripción típica ahora calificada como embarazo forzado. Se trata de una lamentable aportación europea y original a la nutrida panoplia de los crímenes atroces, relacionada con la depuración étnica mediante actos de terror contra las mujeres y familias.

El propio artículo 7. 2 del ER, a la vista de la jurisprudencia penal internacional, se preocupó de definir el embarazo forzado como el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves de derecho internacional.

³⁶ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. Ob. cit., p. 214.

En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo.

Se trata de un delito complejo, integrado por dos acciones: causar un embarazo por la fuerza (que describe una forma de violación) y mantener en el tiempo un confinamiento ilegal de la embarazada para que se produzca el parto. Se requiere, como elemento subjetivo del injusto, que concurra la intención de modificar la composición étnica de una población (elemento que nos acerca a la intencionalidad propia del crimen de genocidio del art. 6 del ER). El tipo mixto alternativo residual, contenido en la definición, de «cometer otras violaciones graves del derecho internacional», describe un elemento normativo que podría ser calificado por su amplitud y falta de concreción como tipo penal en blanco que difícilmente satisface el principio de legalidad proclamado en el ER (art. 22, *nullum crimen sine lege*), en su vertiente de taxatividad. Se alude a violaciones graves del derecho internacional, lo que rebasa la tipificación del ER y se remite a actos antijurídicos indeterminados de gran amplitud. Aquí la definición del crimen debe ser interpretada estrictamente por imperativo del artículo 21.2 del ER.

No aportan mayores precisiones los Elementos de los crímenes (artículo 7. 1) g)-4, crimen de lesa humanidad de embarazo forzado, que establece las siguientes condiciones:

Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave de derecho internacional.

Los otros dos elementos (dos y tres) reproducen los genéricos o contextuales de los crímenes de lesa humanidad.

Es importante la nota a pie que aclara que «Esto no incluye las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica».

Esta nota y el apartado final de la definición del ER, obedecen al debate que tuvo lugar en la Conferencia de Roma³⁷, en el que diversas delegaciones expresaron su temor de que algunas políticas internas que no facilitan servicios para practicar el aborto, pudieran ser interpretadas como constitutivas de un crimen de embarazo forzado.

³⁷ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. Ob. cit., p. 215.

6. Esterilización forzada

Como antecedente de este crimen de lesa humanidad, se debe hacer referencia al artículo 12 del Primer y Segundo Convenio de Ginebra de 1949 (que prohíbe estrictamente efectuar experiencias biológicas con los heridos o enfermos que una Parte tenga en su poder), al artículo 13 del Tercer Convenio de Ginebra (protege a los prisioneros de guerra contra las experiencias médicas o científicas) y al artículo 32 del Cuarto Convenio de Ginebra (prohibición de los experimentos médicos contra las personas civiles protegidas). Todos estos preceptos humanitarios³⁸ son la respuesta a los crímenes de guerra consistentes en experimentos médicos perpetrados contra prisioneros de guerra y personas civiles en campos de internamiento durante la segunda guerra mundial. Posteriormente, el artículo 11.2. b) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, prohíbe los experimentos médicos o científicos, aunque medie el consentimiento de las personas protegidas.

En el artículo 609 del Código Penal español se incrimina el sometimiento de la víctima a experimentos biológicos, tipo que proscribe —según la doctrina³⁹— las experiencias médicas o científicas, categóricamente vedadas, sin excepción alguna.

La esterilización forzada ha sido tipificada en el ER como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra, abarcando diferentes formas de experimentos médicos que tienen como resultado la esterilización forzada.

Se trata de un crimen muy próximo al de genocidio, cuando concurre el elemento subjetivo del injusto integrado por la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, si se satisface la descripción de la acción típica. Particularmente, si consiste en medidas destinadas a impedir el nacimiento en el seno del grupo [apartado d) del artículo 6 del ER].

La doctrina⁴⁰ ha llegado a la conclusión de que la castración forzada u otras formas de mutilación genital grave contra los hombres pueden ser capaces de ser tipificadas como esterilización forzada.

En los Elementos de los Crímenes (crimen de lesa humanidad de esterilización forzada, artículo 7.1.G)-5), se establecen los siguientes requisitos:

³⁸ Otero Solana, V., La protección del medio sanitario en los conflictos armados. En: *Derecho Internacional Humanitario*. Ob. cit., p. 657.

³⁹ Pignatelli Meca, F., Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español. En: *Derecho Internacional Humanitario*. Ob. cit., p. 1178.

⁴⁰ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. Ob. cit., p. 216.

Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica. En la nota a pie 19 se aclara que esto no incluye las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica.

Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas, ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento. Se entiende que «libre consentimiento», según la nota a pie 20, no incluye el consentimiento obtenido mediante engaño.

Los otros dos elementos (tres y cuatro) reproducen los genéricos o contextuales de los crímenes de lesa humanidad.

Finalmente, se apunta doctrinalmente⁴¹ que las medidas no permanentes de control de la natalidad pueden violar una amplia variedad de derechos humanos relacionados con la autonomía personal, incluso cuando abusan de bases no discriminatorias. Con infracción del derecho a no ser sometido a injerencias arbitrarias de la propia familia.

7. Otras formas de violencia sexual de gravedad comparable

La expresión «violencia sexual» es la utilizada como residual al final del apartado g) del artículo 7 para describir un tipo de cierre de todo este apartado de los crímenes de lesa humanidad. Ya hemos visto que los términos utilizados por el DIH clásico (Convenios de Ginebra) eran la violación, la prostitución forzada y el atentado al pudor de la mujer. Pero, evidentemente, la violación es un concepto mucho más preciso que el de violencia sexual, definida por la doctrina⁴² como un tipo de violencia llevada a cabo por medios sexuales, con un motivo sexual o con un objetivo sexual.

En la Comisión Preparatoria de la CPI se debatió la Propuesta de Alemania y Canadá⁴³ sobre estos crímenes de lesa humanidad, que sirvió de precedente para los futuros Elementos de los Crímenes. Fue el término «gravedad comparable» el que originó la discusión, con la referencia limitada a los restantes crímenes del mismo apartado 1. g) del ER (Austria, Suecia, Holanda, Bélgica, Portugal y Bosnia), mientras que China mencionó a todos los crímenes de lesa humanidad y Grecia y Corea del Sur apoyaron una mayor amplitud con el empleo de términos tales como abusos humillantes o degradantes.

⁴¹ *Ibidem*, p. 216.

⁴² *Ibidem*, p. 216.

⁴³ Documento PCNICC/1999/WGEC/DP.36.

En los Elementos de los Crímenes (artículo 7.1.g)-6) se establecen los siguientes requisitos:

Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

Este primer requisito ha tenido en cuenta la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso Akayesu, donde se define la violencia sexual (incluyendo la violación) como cualquier acto de naturaleza sexual cometido sobre una persona bajo circunstancias de coacción. Coerción que no comprende únicamente la fuerza física sino la amenaza, intimidación, extorsión u otras formas de coacción incluso inherentes a ciertas circunstancias como la presencia militar en caso de conflicto armado.

Una diferencia con la violación está constituida al no requerirse la penetración o cualquier contacto físico. La jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales (casos Akayesu, Furundzija o Bemba) y la doctrina nos suministran ejemplos de estos tipos de violencia sexual como la desnudez pública forzosa, obligar a una mujer a realizar desnuda ejercicios gimnásticos en público dentro de una oficina comunal, la castración forzosa, la mutilación genital femenina o el contagio doloso de enfermedades de transmisión sexual como el sida.

La doctrina⁴⁴ concluye incluyendo en el tipo actos cometidos con intención sexual o para gratificación sexual del perpetrador, escenarios donde dos o más personas son forzadas a llevar a cabo actos sexuales u actos cometidos con propósito de humillación o degradación.

Sin embargo, merece crítica⁴⁵ la restrictiva interpretación de la CPI en el caso Kenyatta, Muthaura y Ali, relativo a la circuncisión forzada de un hombre de determinada etnia.

Pero el verdadero problema de este delito reside en el segundo de los Elementos de los Crímenes: Que esa conducta haya tenido una gravedad comparable a la de los demás crímenes del artículo 7.1.g) del ER. Se introduce así un elemento valorativo al exigir referirse a una gravedad semejante a otros delitos de violencia sexual inculcados en el mismo apartado. El

⁴⁴ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. Ob. cit., p. 217.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 217.

requisito no incurre en la prohibida extensión por analogía (artículo 22.2 del ER), siempre que sea «interpretado estrictamente» por el tribunal sentenciador y su fundamento reside en la imposibilidad de tipificar todas las conductas de violencia sexual atroces (físicas y psíquicas) que la depravada imaginación criminal ha ideado a lo largo de la historia y que aporta la actualidad.

En las recomendaciones y observaciones del Caucus de Mujeres por una Justicia de género⁴⁶ se propuso no limitar este crimen a aquellos de gravedad comparable a los tipificados en la letra g) del artículo 7 del ER y que la referencia se realice a todos los demás delitos del ER o a todos los crímenes de lesa humanidad. La propuesta no fue asumida por el Comité Preparatorio por su excesiva amplitud que podría infringir la prohibición de la analogía. Además, el concepto de violencia sexual no requiere el contacto o invasión física sino una gravedad comparable.

En esta materia, es obligada la referencia al Código Penal español que distingue entre las agresiones sexuales (incluida la violación) y los abusos sexuales por una parte, y el acoso sexual, igualmente delictivo pero de menor gravedad (arts. 178 a 184).

El tercero de los Elementos de los Crímenes está constituido, en el terreno de la intencionalidad o *mens rea*, por la necesidad de que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinan la gravedad de la conducta.

Los otros dos elementos (tres y cuatro) reproducen los genéricos o contextuales de los crímenes de lesa humanidad.

B. EL TIPO RESIDUAL DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, EL CASO ONGWEN Y LA PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA *IN MALAM PARTE*

1. El tipo residual de los crímenes de lesa humanidad y el caso Ongwen

En los Elementos de los Crímenes se desarrolla el crimen residual previsto en el artículo 7.1. k) de los crímenes de lesa humanidad (otros actos inhumanos) con los siguientes requisitos:

⁴⁶ Documento de Recomendaciones y observaciones del «Caucus» de Mujeres por una Justicia de Género, presentado ante el Comité Preparatorio para la Corte Penal Internacional, cit.

Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto.

Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto.

En nota a pie se aclara que se entiende que «carácter» se refiere a la naturaleza y la gravedad del acto.

Los otros dos elementos (cuatro y cinco) reproducen los genéricos o contextuales de los crímenes de lesa humanidad.

Se analiza este crimen de lesa humanidad, previsto en el artículo 7.1.k) del ER, en relación con el contenido de la sentencia de la Sala de Primera Instancia IX de la CPI de 4 de febrero de 2021, condenatoria de Dominic Ongwen como autor de 61 crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra⁴⁷.

En esta sentencia, además de la condena por crímenes de lesa humanidad tipificados en el artículo 7.1.g) del ER (violación, esclavitud sexual y embarazo forzado), se considera a Ongwen culpable de un delito nuevo: el crimen de matrimonio forzado, como acto inhumano de carácter similar a los actos previstos en el artículo 7 (1) (a-j). Es decir, del tipo residual de los crímenes de lesa humanidad.

En la resolución condenatoria, todavía no firme al estar pendiente del recurso de apelación en la CPI, se califica a Dominic Ongwen como autor directo de un crimen de matrimonio forzado como otro acto inhumano similar [art. 7.1.k) del ER] contra cinco mujeres que se encontraban en su poder como alto jefe del llamado Ejército de Resistencia del Señor en el norte de Uganda.

En la sentencia se razona que la conducta calificada como matrimonio forzado no fue abarcada del todo por otros crímenes de lesa humanidad, tales como la esclavitud sexual o la violación, de los que Ongwen había sido declarado responsable.

Se añaden algunas consideraciones bien conocidas sobre los matrimonios forzados. Así, el estatus matrimonial se basa en una relación consensuada y contractual (es una institución y un acto o rito), pero el elemento central de los matrimonios forzados es la imposición de ese estatus a la víctima. Tal estatuto, más allá de su ilegalidad, tiene efectos sociales, éticos y religiosos, con grave impacto sobre el bienestar físico y psicológico de la víctima. Las víctimas pueden verse a sí mismas como unidas a otra persona

⁴⁷ Ver esta sentencia en la página web de la CPI, referencia N.º ICC-02/04-01/15.

a pesar de su falta de consentimiento. Adicionalmente, en el área de su grupo social puede verse a la víctima como «legítima» esposa. Se extienden los resultados del matrimonio forzado al nacimiento de niños, con efectos muy complejos, emocional y psicológicamente, sobre las víctimas y sus hijos, además de los efectos obvios del embarazo y parto. En consecuencia, afirma la sentencia, el daño sufrido en el matrimonio forzado puede consistir en el ostracismo por parte de la comunidad, traumas mentales, graves ataques a la dignidad de las víctimas y sus niños, y privación a la víctima de su derecho fundamental de encontrar esposo o esposa.

En el caso de la Brigada Sinia, liderada por Kony y Ongwen, dedicaron sus esfuerzos (coordinada y metódicamente) a cometer crímenes sexuales y de género contra las mujeres y niñas. Bajo su control, los militares combatientes del Ejército de Resistencia del Señor secuestraron mujeres y niñas en el norte de Uganda y las forzaron a servir en la Brigada como denominadas «esposas» de sus miembros y sirvientas domésticas. Las pruebas han demostrado que este abuso fue sistemático e institucional, incluyendo el matrimonio forzado, la violencia sexual y el embarazo forzado. El modo de llevarlo a cabo comprendía el secuestro y reparto entre los combatientes de la Brigada de mujeres y niñas para yacer con ellas y, en ocasiones, el propio Ongwen las asignaba personalmente. El coito era considerado como parte del rol de las llamadas «esposas», que eran tratadas como objetos de propiedad exclusiva.

2. La prohibición de la analogía «*in malam parte*»

Ahora bien, podemos preguntarnos, si era necesario residenciar estas conductas de Dominic Ongwen, como autor de los imputados matrimonios forzados, en el tipo residual del artículo 7.1. k) del ER. Debería deducirse, incluso de los hechos probados y razonamientos de la sentencia, que podrían ser tipificados como delitos de violación, esclavitud sexual o embarazo forzado del artículo 7.1.g) del ER. E incluso calificados como otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, crimen previsto en el artículo 7.1.g), en su inciso final.

Se acude, por el contrario y sin necesidad que lo justifique, a imputar un tipo (inexistente como *nomen iuris*) en el ER y residenciarlo en el tipo residual y polémico de los crímenes de lesa humanidad. No discutimos que, en otras circunstancias de hecho, los matrimonios forzados puedan encontrar acomodo en los tipos residuales del artículo 7.1.g) in fine e incluso en el artículo 7.1.k), ambos del ER.

El apartado k) del artículo 7.1 del ER suscita graves dudas sobre su conformidad con los principios generales del derecho penal proclamados en el ER, pues su redacción contiene la descripción de una acción típica que incurre en la prohibición estatutaria de la analogía en contra del reo. No ofrece este reparo el resultado típico (causar «intencionadamente grandes sufrimientos» o atentar «gravemente contra la integridad física o la salud mental o física»), integrado por elementos valorativos que describen las consecuencias (intencionales) de la acción típica. Pero los términos de esta acción, que deberían describir la conducta punible, se definen de forma imprecisa como «otros actos inhumanos de carácter similar», en clara referencia los precedentes crímenes de lesa humanidad

Ya en la Conferencia Diplomática de Roma, durante la elaboración del ER, la delegación de España no perdió la ocasión de poner de manifiesto la extensión analógica que presentaba el precepto, sin que las razones para mantenerlo resultaran convincentes desde el punto de vista del derecho penal y de la propia redacción del ER. La inconcreta descripción típica se debe considerar un caso de analogía *legis* (norma extraída de la propia ley), pero no un tipo abierto que pueda ser complementado por elementos normativos o valorativos. Por el contrario, sus resultados lesivos (causar «intencionadamente grandes sufrimientos» o atentar «gravemente contra la integridad física o la salud mental o física») pueden satisfacer la exigencia de certeza⁴⁸ al remitirse a elementos valorativos.

El requisito de *lex stricta* (taxatividad) ha sido recogido en el artículo 22.2 del ER (*Nullum crine sine lege*) como uno de los principios generales del derecho penal. Así, la definición de crimen será interpretada restrictivamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. (principio *pro reo*).

En consecuencia, en los Elementos de los Crímenes (Art. 7. Crímenes de lesa humanidad. Introducción) se establece lo siguiente:

Por cuanto el artículo 7 corresponde al derecho penal internacional, sus disposiciones, de conformidad con el artículo 22, deben interpretarse de forma estricta, teniendo en cuenta que los crímenes de lesa humanidad, definidos en el artículo 7, se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto...

⁴⁸ Pignatelli Meca, F. Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español. En: *Derecho internacional humanitario*. Ob. cit., p. 1108.

3. La sentencia del caso Ongwen y la prohibición de la analogía

En la sentencia de 4 de febrero de 2021, que condenó a Dominic Ongwen como autor de crímenes de matrimonio forzado, calificándolos en el tipo residual de otros actos inhumanos similares [art. 7.1.k) del ER], se realiza una interpretación no estricta, analógica e innecesaria de este precepto que cierra la relación de los crímenes de lesa humanidad.

Se infringe la prohibición de la analogía por lo ya expuesto al analizar el debatido tipo residual contenido en el citado artículo 7.1.k) del ER. Pero, además, es innecesario acudir a este crimen, que viola el principio de taxatividad penal, cuando los hechos declarados probados como matrimonios forzados en la sentencia e imputados a Ongwen pueden ser calificados, sin forzar los tipos penales, como constitutivos de diversos delitos de violación, esclavitud sexual, embarazo forzado u otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, previstos específicamente como violencias sexuales en el artículo 7.1.g) del ER.

La sentencia, por otra parte, no respeta el criterio de evitar duplicidades, incurre en la acumulación de cargos, incide en una proliferación de tipicidades y presenta un abigarrado muestrario de crímenes que, aun teniendo en cuenta las relaciones de alternatividad de que adolece el ER, puede afectar al derecho de defensa.

C. REFERENCIA ESPECIAL A OTROS CRÍMENES

Entre los diversos tipos de crímenes de lesa humanidad, la violación, la esclavitud sexual, el embarazo forzado u otras violencias sexuales inculminadas como delito, pueden constituir el crimen de genocidio si concurre el dolo específico de intentar la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como expresión de la denominada depuración étnica. Citan los autores⁴⁹ las situaciones de los conflictos de Ruanda (caso *Akayesu*) y de Sudán (caso *Al Bashir*).

Por lo que se refiere al crimen de lesa humanidad de tortura, se plantea igualmente el concurso con los crímenes de violación u otras violencias sexuales inculminadas como delito en el ER, por cuanto todas ellas suponen la violación de la dignidad personal, en particular si el autor directo o el inductor es un funcionario público o persona revestida de autoridad.

⁴⁹ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. Ob. cit., p. 218.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, frente a otros supuestos (caso Delalic en el campo de Celibici, del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y caso Akayesu del Tribunal Penal Internacional para Ruanda), el ER al definir la tortura en el artículo 7.2.e) no exige que el autor tenga la condición de funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas (como lo hace el artículo 1.1. de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984), sino que basta que el acusado tenga a la persona objeto de tortura bajo su custodia o control.

La doctrina⁵⁰ estudia el caso Bemba, visto por la CPI en relación con la violación de una mujer ante su familia. A pesar de que el Fiscal formuló cargos por violación y tortura, la Sala de Cuestiones Preliminares II objetó la acumulación de cargos razonando que el acto de tortura era totalmente subsumible en la violación. Aunque, en relación a la víctima cabría afirmar que el precepto penal más amplio o complejo absorbe a las infracciones consumidas en aquel (art. 8.3.º del Código penal español), sin embargo es difícil no compartir la crítica de esta resolución que realizan los autores, en el sentido de que no debe ser excluido el dolor y sufrimiento de los miembros de la familia como víctimas del crimen de tortura pero no de la violación.

4. LA PRESUNCIÓN *IURIS ET DE IURE* EN LA EXIMIENTE DE OBEDIENCIA JERÁRQUICA

En la Parte III del ER, Principios Generales del Derecho Penal, aflora una discutible diferenciación entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, objeto de crítica por la jurisprudencia⁵¹, instituciones⁵² y doctrina⁵³, que ahora concretamos en los crímenes de violencia sexual.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 218 y 219.

⁵¹ Sentencia de 26 de enero de 2000 de la Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia, asunto Dusko Tadic. En contra, opinión disidente del juez Cassese.

⁵² El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja ha rechazado la irracional distinción que implica una mayor gravedad de los crímenes de lesa humanidad en relación con los crímenes de guerra.

⁵³ Bueno Arús, F. (2000). Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En: *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática. N.º 4. Madrid. P. 124. En contra, Garraway, Ch. (1999). Superior orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied. *International Review of Red Cross*. Vol. 81, n.º 836, pp. 785 y ss.

En efecto, el artículo 33, párrafo 2 del ER (Órdenes superiores y disposiciones legales) establece que: *A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas*. Se trata, de una presunción *iuris et de iure* (que no admite prueba en contrario) que se concreta únicamente en los crímenes de genocidio y lesa humanidad⁵⁴. Y se aplica al requisito señalado en el apartado 1. c) del mismo precepto (*que: ...c) la orden no fuera manifiestamente ilícita*), que establece la excepcional consideración (la regla general es la no exención de responsabilidad) de la eximente de obediencia jerárquica⁵⁵.

En consecuencia, en los restantes crímenes tipificados en el ER (en este momento: los crímenes de guerra y el crimen de agresión), es de aplicación en relación con el requisito de licitud manifiesta de la orden recibida por el autor, una presunción *iris tantum*, que no necesita ser analizada ni establecida de forma explícita, pues existe en todo proceso penal que cumpla con el principio de presunción de inocencia que preside el procedimiento criminal (art. 66 del ER). En la doctrina penal caben pocas dudas sobre que una presunción *iuris et de iure* infringe el principio de la presunción de inocencia y afecta al elemento de intencionalidad (art. 30 del ER). En definitiva, un moderno derecho penal culpabilista (que no puede prescindir del elemento subjetivo del delito: intencionalidad) y un derecho procesal garantista no pueden admitir las presunciones *iuris et de iure* en perjuicio del reo.

Pero es que, además, en el caso de los crímenes de violencia sexual, los castigados en el ER como crímenes de lesa humanidad (art. 7.1.g) del ER) describen una acción típica casi idéntica que la prevista como crímenes de guerra en los conflictos armados de carácter internacional (art. 8.2.b) xxii del ER) o sin carácter internacional (art. 8.2.e) vi del ER), por lo que resulta contradictorio que en un caso (crímenes de lesa humanidad) se aplique una presunción *iuris et de iure* (en relación con la prueba de la orden manifiestamente ilícita) y en los otros supuestos (crímenes de guerra) se establezca una presunción *iuris tantum*. Es efectivamente idéntica la incriminación de la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada.

Las escasas diferencias entre ambas familias penales pueden encontrarse en el umbral de ambos crímenes, puesto que en los de lesa humanidad el

⁵⁴ Ambos, K. (1999). Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma. *Revista de Derecho Procesal*. P. 122.

⁵⁵ Triffterer, O. y Bock, S. T. Superiors orders and prescription... En: *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*. Ob, cit., p. 1195.

ER exige la comisión como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (art. 7.1) y en los crímenes de guerra, en particular, cuando se comentan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes (art. 8.1 ER). Es fácil deducir que puede haber una gran coincidencia entre ambos umbrales, establecidos para determinar la competencia de la CPI.

La segunda disparidad aflora en el tipo residual. Así en los crímenes de lesa humanidad se trata de *cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable* (art. 7.1.g) *in fine*). En los crímenes de guerra en conflictos armados internacionales (CAI), se refiere a *cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra* (art. 8.2.b) xxii ER) y en los crímenes de guerra en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional (CANI), se concreta en *cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra* [art. 8.2.e) vi ER]. La diferencia que es relevante en términos de taxatividad (principio de legalidad), no es apreciable a la hora de basar en esta desigualdad la atribución de la carga de la prueba de una orden manifiestamente ilícita (presunción *iuris et de iure* frente a presunción *iuris tantum*), ante la posible y notoria coincidencia de la conducta típica.

En consecuencia, el precepto (art. 33. 2 ER) merece una fundada crítica desde la óptica de los principios básicos del derecho penal y procesal, pues en todos los crímenes se debería admitir la prueba en contrario sobre la manifiesta ilicitud de la orden emitida.

5. LOS CRIMENES DE GUERRA DE VIOLENCIA SEXUAL

A. CONSIDERACIONES GENERALES

Si bien la tipificación de la violencia sexual⁵⁶ como crimen de lesa humanidad supone una aportación novedosa y acertada del ER, el castigo de los crímenes de guerra de violencia sexual (por lo menos en los conflictos armados internacionales, CAI) reviste una larga tradición en el ámbito del derecho internacional humanitario. La violación y otras formas de violencia sexual constituyen infracciones graves cuando son cometidas contra

⁵⁶ Garrigues Garrido, B. La violación como arma de guerra. La violencia sexual en los conflictos armados. *Revista Española de Derecho Militar*. Art. cit.

personas protegidas en un CAI y pueden ser calificadas de tortura, tratos inhumanos, causar intencionadamente grandes sufrimientos o atentados graves a la integridad física o a la salud⁵⁷.

Los usos y costumbres de la guerra, a los que hacen referencia los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, ya recogieron las restricciones existentes en la conducta de los beligerantes derivadas de consideraciones humanitarias⁵⁸. Bien conocidas son las citas del artículo 44 del Código Lieber (1863) y del Reglamento de las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, Anexo al IV Convenio de La Haya de 1907, que prohíbe indirectamente la violencia sexual. Ya nos hemos referido al contenido del artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 1949, artículo 76.1 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y artículo 4. 2. e) del Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra.

Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* e híbridos, así como la jurisprudencia emanada de sus sentencias, prepararon la tipificación en el ER de la violencia sexual como crimen de guerra de la competencia de la CPI, tanto en los CAI como en los CANI. Los Manuales Militares de los Estados y las legislaciones penales nacionales, en especial a partir de los últimos años del siglo XX, prohibieron y tipificaron específicamente los crímenes sexuales como crímenes de guerra, siendo pionero el Código Penal Español aprobado por Ley Orgánica 10/1995 (artículo 611.9.º, en redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010).

En la Conferencia de Diplomática de Roma, que aprobó el ER de la CPI, se puso de manifiesto por las Delegaciones de los Estados y oenegés (Lobby por los Derechos de la mujer y el Caucus de mujeres para la justicia de género) la frecuente impunidad de estos crímenes de violencia sexual cometidos en los conflictos armados. Se superó así su inclusión de forma genérica en incriminaciones tales como *los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor* (art. 75.2.b) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra) De forma que las delegaciones acordaron elaborar una tipificación específica de los crímenes de guerra consistentes en violencia sexual en los conflictos armados

⁵⁷ Gaggioli, G. Sexual violence in armed conflicts: A violation of International Humanitarian Law and Human Rights Law. *International Review of the Red Cross* (2014), 96, n.º 894, pp. 511 y 526.

⁵⁸ Pérez González, M. El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica... Ob. cit., p. 35.

e incluirlos en el artículo 8 del ER. Esta incriminación ya se incorporó en el Comité Preparatorio de la Conferencia de Roma, durante 1997.

El debate de los crímenes de guerra de violencia sexual en la Conferencia de Roma fue paralelo con el que tuvo lugar sobre los crímenes de lesa humanidad de la misma naturaleza y con un resultado muy parecido en su redacción final.

En el texto aprobado y por lo que se refiere a los conflictos armados internacionales (CAI), se castigan en el artículo 8.2.b) xxii del ER la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado (definido en el art. 7.2.f) del ER), esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra.

En los crímenes de guerra en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional (CANI), se pena cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado (definido en el art. 7.2.f) del ER), esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. En el conocido caso *Tadic* (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia) se estableció que las violaciones graves del mencionado artículo 3 común constituyen también crímenes de guerra y la violación y otras formas de violencia sexual están implícitamente prohibidas por tal precepto y por el Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra. No hay duda, se afirma⁵⁹, de que constituyen crímenes de guerra en el ámbito de los CANI.

Esta posición se define también, desde la óptica del DIH Consuetudinario, en los comentarios a la Norma 156 por el Comité Internacional de la Cruz Roja⁶⁰

Podemos preguntarnos⁶¹ si lo expuesto significa que toda forma de violencia sexual constituye una violación grave del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y debe ser sancionada conforme al artículo 8.2.b) xxii (CAI) ó artículo 8.2.e)vi (CANI) del ER. Hay que tener en cuenta que los Elementos de los Crímenes, como veremos, establecen que estos actos deben tener una gravedad comparable a una infracción grave de los Convenios de Ginebra o a una violación grave del referido artículo 3 común. Ahora bien, algunos actos que no alcancen esa gravedad pueden

⁵⁹ Gaggioli, G. Sexual violence in armed conflicts... Cit., p. 527.

⁶⁰ Henckaerts, J. M. y Doswald-Beck, L. *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*. Comentario a la Norma 156. Vol. I. Buenos Aires, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, CICR, 2007.

⁶¹ Gaggioli, G. Sexual violence in armed conflicts... Cit., p. 529.

constituir otro crimen internacional como los atentados a la dignidad de la persona, especialmente los tratos humillantes y degradantes infligidos en un CAI, incriminados en el artículo 8.2.b) xxi del ER.

Como escribe la doctrina⁶², es una acertada novedad la introducción en la incriminación de la *criminalidad de guerra de género*, a través de la previsión de hasta seis subtipos o figuras delictivas, ya referidas. Se trata de un gran avance en la protección de los derechos de la mujer en tiempos de conflicto armado ante la frecuente impunidad de estos crímenes. Se recuerda la infrecuencia con que se ha perseguido la utilización de la violación y otras agresiones sexuales como medio de guerra, política o estrategia, llegando a integrar el crimen de genocidio como fenómeno de depuración étnica. Ahora bien, es preciso destacar que, salvo el delito de embarazo forzado (cuya víctima solo puede ser una mujer), los restantes crímenes de guerra de violencia sexual pueden cometerse contra una mujer (aunque no se deben ignorar las graves consecuencias de su violación, en particular sobre una maternidad no deseada y la identificación de la paternidad de los hijos) o contra un hombre y el perpetrador puede ser indistintamente del género masculino o femenino, por lo que son incriminaciones neutrales en cuanto al género.

Aunque, como hemos escrito, ha habido que esperar al año 2019 para que la CPI dictara una sentencia (caso Bosco Ntaganda) condenando a un autor de violencias sexuales (violación y esclavitud sexual como crímenes de lesa humanidad y crímenes de Guerra), no han faltado declaraciones de la propia CPI y de la Fiscal proclamando una política de persecución prioritaria de los crímenes de naturaleza sexual y de género y otros delitos conexos, respondiendo al incremento de la condena internacional centrada en la rendición de cuentas (búsqueda y enjuiciamiento) de los autores de crímenes de guerra de índole sexual, en especial contra la infancia.

No se puede olvidar, desde el punto de vista de la técnica penal, que la persecución internacional de los crímenes de violencia sexual incurre con frecuencia en rechazables relaciones de alternatividad entre los diversos tipos delictivos, que conducen a una acumulación (y proliferación) de cargos que afecta al derecho de defensa. La condena de Dominic Ongwen por un abigarrado muestrario de crímenes (61 delitos) resulta paradigmática. Pero es lo cierto que la masiva comisión de los crímenes de guerra de violencia sexual guarda estrecha relación con el genocidio, la depuración étnica,

⁶² Pignatelli Meca, F. La Corte Penal Internacional. Ob. cit., p. 1113. Cottier, M. y Mzee, S. Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence. Ob. cit., pp. 477 y 478.

los crímenes de lesa humanidad, la tortura y mutilación, la encarcelación ilegal, los tratos inhumanos, la causación deliberada de grandes sufrimientos, los atentados y ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes. Esta relación no pretende ser exhaustiva. Naturalmente, estas relaciones de alternatividad son inevitables entre los propios tipos específicos de violencia sexual (art 7. 1. g), art. 8.2.b) xxii y art. 8.2. e) iv del ER)

No podemos dejar de recordar que el ER señala un umbral relativo (en particular) para los crímenes de guerra de la competencia de la CPI, aludiendo a que se comentan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes (art. 8.1 ER).

B. CRÍMENES DE GUERRA COMETIDOS EN CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES (CAI)

1. Identidad de los tipos de violencia sexual con los crímenes de lesa humanidad

La redacción en el ER de los cinco crímenes de guerra de violencia sexual tipificados en el artículo 8. 2. B) xxii (violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada) es idéntica a la incriminación de tales conductas como crímenes de lesa humanidad en el artículo 7. 1. g) del mismo ER. Ambos preceptos difieren únicamente en el tipo residual (cualquier otra forma de violencia sexual) que se castiga en el inciso final de tales normas. Nos remitimos, en consecuencia, a lo escrito en el correspondiente apartado de este trabajo.

En los Elementos de los Crímenes, aunque la descripción típica de los apartados de los crímenes de guerra de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada, es idéntica a la de los correspondientes crímenes de lesa humanidad, sin embargo son diferentes los elementos genéricos o contextuales propios de los crímenes de guerra, con la redacción siguiente:

Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él⁶³.

Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establezcan la existencia de un conflicto armado.

⁶³ Gaggioli, G. Sexual violence in armed conflicts... Cit., pp. 513 a 517.

2. Consideraciones sobre el crimen de guerra de esclavitud sexual

El crimen de guerra de esclavitud sexual, lo mismo que el de lesa humanidad, es un delito complejo integrado por la noción de esclavitud unida a la realización de abusos de naturaleza sexual. Como destaca la doctrina⁶⁴, después de un examen de las formas tradicionales de esclavitud, se deben analizar las nuevas formas y prácticas semejantes a la esclavitud como crimen de guerra, con obligada referencia a los conflictos armados de la antigua Yugoslavia (caso Kunarac y Kovac), Ruanda y Liberia.

Aunque la descripción de los Elementos de los Crímenes en la esclavitud sexual como crimen de guerra [art. 8.2.b) xxii-2] es idéntica la relativa a los crímenes de lesa humanidad, las notas a pie merecen una especial consideración. Así, en la nota 52 se establece que «Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que sus autores podrá ser dos o más personas con un propósito delictivo común». Es decir, un caso de coautoría, de autoría mediata, de autoría por inducción o de contribución a la comisión de un crimen por un grupo de personas que tenga una finalidad común [art. 25.3.a), b) o d) del ER].

Desde la óptica del DIH, es notable la ausencia de referencia específica a la esclavitud en los instrumentos humanitarios aplicables a los conflictos armados internacionales, aunque la conducta de causar de propósito grandes sufrimientos se califica como infracción grave en los Convenios de Ginebra de 1949 (arts. 50, 51, 130 y 147 de los I, II, III y IV Convenios, respectivamente) y se establece la prohibición de los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes (art. 75. 2.b) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra y art. 3.1.º, c) común a los cuatro Convenios de Ginebra). Por el contrario, la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas se prohíbe expresamente en el artículo 4. 2. f) del Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra y aplicable a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (CANI).

La privación de libertad de la víctima es un elemento esencial de la esclavitud, aunque no se requiere que sea indefinida y tiene especial relevancia en relación con la protección por el DIH de las personas privadas de libertad en poder de la parte adversa⁶⁵, particularmente con los prisioneros de guerra

⁶⁴ Cottier, M. y Mzee, S. Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence. Ob. cit., p. 490

⁶⁵ Pérez González, M. La protección de las personas privadas de libertad en poder de la parte adversa. En: *Derecho internacional humanitario*. Ob. cit., pp. 757 y ss.

e internados civiles. La doctrina destaca⁶⁶ que la Sala de Apelaciones en el caso Kunarac al concluir que no es posible la enumeración exhaustiva de todas las formas de esclavitud, estima que la cuestión reside en investigar la cualidad o índole (*quality*) de la relación entre el acusado y la víctima.

En la nota 53 de los mencionados Elementos de los Crímenes (esclavitud sexual), se aclara que en el tipo de privación de libertad exigido se incluyen determinados ejemplos que la constituyen como elementos semejantes.

En primer lugar, la exacción de trabajos forzados. Ahora bien, el III Convenio de Ginebra de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, establece que la potencia en cuyo poder se encuentren podrá emplear como trabajadores a los prisioneros de guerra válidos, con notables restricciones (arts. 49 al 57 III CG). En el caso de los internados civiles, el IV Convenio de Ginebra de 1949 dispone que no podrá obligarse a trabajar a las personas protegidas, si no es en igualdad de condiciones que a los ciudadanos de la Parte contendiente en cuyo territorio residen, estableciendo esenciales limitaciones (art. 40 IV CG). En los territorios ocupados, la obligación de trabajar de las personas protegidas es excepcional y sometida a elevadas garantías (art. 51 IV CG).

El segundo ejemplo de los citados Elementos de los Crímenes (nota 53) hace referencia a la reducción (de cualquier manera) de una persona a condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956 [arts. 1 y 7.b) de la Convención] que detalla las instituciones o prácticas de las que se deriva la condición servil.

La nota 53 aún aporta un último ejemplo de privación de libertad, al incluir el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños. Se pueden citar como referencias la Convención de 2 de diciembre de 1949 sobre Supresión del Tráfico de personas y la Explotación con fines de Prostitución, el Protocolo de 15 de noviembre de 2000 sobre Prevención, Supresión y Penalización del Tráfico de personas, especialmente mujeres y niños, suplementaria a la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional.

Los autores⁶⁷ ponen de relieve la vigencia de numerosos instrumentos internacionales que prohíben el tráfico de las personas y hace referencia a la Declaración de 6 de julio de 1998 del Grupo de Trabajo de la Sub-Comisión sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud, estableciendo que el tráfico

⁶⁶ Cottier, M. y Mzee, S. Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence. En: *The Rome Statute of the International Criminal Court...* Ob. cit., p. 493

⁶⁷ Cottier, M. y Mzee, S. Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence. Ob. cit., p. 495.

de mujeres y niñas para su explotación sexual es una forma contemporánea de esclavitud y constituye una violación grave de los derechos humanos.

Por lo que se refiere a los «matrimonios forzados», en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales se planteó el debate de si estas conductas podrían constituir el crimen de lesa humanidad. En el caso *Brima y otros*, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona denegó la condena por esclavitud sexual, razonando que tales matrimonios no son un crimen predominantemente sexual. Sin embargo, el mismo Tribunal en el caso *Sesay y otros* consideró que los matrimonios forzados constituyen tanto un crimen de esclavitud sexual como el tipo residual de «otros actos inhumanos», de forma acumulativa.

Es necesario precisar la diferencia entre los crímenes de matrimonio forzado y los matrimonios concertados (*arranged*), que se celebran tradicionalmente en diversas partes del mundo. Estos últimos están basados en el consentimiento de ambas partes en el acuerdo matrimonial (suscrito por los padres de los contrayentes), pero no necesariamente con el consentimiento de las personas unidas en matrimonio, muchas veces menores de edad. Por el contrario, los matrimonios forzados suponen la falta total de consentimiento de, al menos, una de las partes.

El Relator Especial de las Naciones Unidas para las Formas Contemporáneas de Esclavitud ha considerado, con sobrada razón, que las violaciones repetidas y abusos sexuales sobre mujeres y niñas bajo el pretexto de «matrimonio» constituyen esclavitud, pues las víctimas carecen de libertad para rechazar el falso matrimonio o decidir en qué términos comprometen su actividad sexual. Como afirma la doctrina⁶⁸, el Relator Especial interpreta que la esclavitud sexual abarca las situaciones en las que las mujeres y las niñas son forzadas al matrimonio, servicio doméstico y otros trabajos forzados que incluyen una actividad sexual forzada por sus captores. Puede añadirse el argumento de que el control relativo al acceso sexual es, en sí mismo, una forma de ejercer el derecho o poder de propiedad sobre una persona.

3. Otras formas de violencia sexual

El tipo residual del crimen de violencia sexual en los conflictos armados internacionales (art. 8.2. b) xxii del ER) difiere del crimen de lesa humanidad, también residual (último inciso del art. 7.1.g) del ER). Así, el

⁶⁸ Cottier, M. y Mzee, S. Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence. Ob. cit., p. 496.

crimen de guerra incrimina «cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra», mientras que el crimen de lesa humanidad castiga «cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable».

Desde el punto de vista del principio de legalidad penal (taxatividad), este crimen de guerra residual incorpora al tipo un elemento normativo pues se remite para completar la acción punible a las infracciones graves previstas en los artículos 50, 51, 130 y 147 de los I. II. III y IV Convenios de Ginebra, respectivamente. A las que podíamos añadir, por su carácter complementario, los crímenes de guerra definidos en el artículo 85 del Protocolo I de 1947, Adicional a los Convenios de Ginebra. La incriminación residual de las violencias sexuales en el ER ha sido calificada como cláusula abierta (*open-phrased clause*) por los autores⁶⁹, que citan algunos preceptos del DIH que prohíben no solo la violación sino cualquier otra forma de atentado al pudor (art. 27 del IV Convenio de Ginebra, 76.1 del Protocolo I de 1977, art. 4. 2. e) del Protocolo II de 1977 y art. 3 común a los Convenios de Ginebra). Menciones normativas que, ciertamente, no resultan enteramente aplicables al tipo residual, pues lo relevante es que constituyan las antes citadas infracciones graves de los Convenios de Ginebra.

Frente a esta predeterminación normativa, el tipo también residual de lesa humanidad contiene un elemento valorativo («gravedad comparable»). Como hemos sostenido esta conducta no incurre en la prohibición de la extensión por analogía (art. 22.2 del ER) siempre que sea interpretada estrictamente por el Tribunal sentenciador. Pero existe notoria diferencia entre este elemento valorativo (que podría merecer algún reproche desde una deseable taxatividad) y el elemento normativo que contiene el crimen de guerra, que incorpora un mayor respeto del principio de legalidad penal.

En los Elementos de los Crímenes (artículo 8.2.b) xxii-6. Crimen de guerra de violencia sexual) resulta de importancia para el tipo el elemento segundo:

Que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra.

En la Comisión Preparatoria de la CPI (Nueva York, 1999), el Caucus de Mujeres por una justicia de género planteó interpretar este precepto residual de la forma más amplia posible, como se había pretendido en el Comité Preparatorio de la CPI (1997), pero la Representación de España objetó que la norma hacía una remisión concreta a las infracciones graves

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 500 y 501.

de los Convenios de Ginebra. Así, pueden existir formas «no graves» de violencia sexual que se excluyen del tipo residual al no satisfacer el requisito de alcanzar una «gravedad comparable» a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra. Hay que destacar que el precepto del ER incrimina:

«cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra»⁷⁰.

En los Elementos de los Crímenes se añade la expresión *gravedad comparable* (a una infracción grave de los Convenios de Ginebra) y se omite la palabra *también*. Por tanto, no concuerda con el texto literal de la descripción típica del ER.

Para la doctrina⁷¹ existen diversas interpretaciones posibles de este tipo residual. La primera es que solo cae bajo la jurisdicción de la CPI en la medida que estas formas de violencia sexual sean calificadas como graves infracciones de los Convenios de Ginebra. Sin embargo, se debe tener en cuenta la palabra *también* que emplea el precepto del ER. De forma que puede interpretarse que, al tratarse de un tipo residual, para la medición de la gravedad se exige que sea comparable a las otras cinco conductas que se incriminan (violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada) y, por otra parte, que alcance una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra. Realmente no se trata de dos requisitos diferentes, sino de dos criterios para excluir las violaciones sexuales no graves o menores, que no puedan alcanzar la gravedad de la descripción típica de los crímenes sexuales específicos que las anteceden y que tampoco constituyen una infracción grave de los Convenios de Ginebra. Se trata, en consecuencia, de un elemento normativo del tipo penal⁷².

Para algunos autores⁷³, el precepto excluye formas menores de violencia sexual u hostigamiento que no equivalen a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional (Preámbulo del ER) y que, por tanto, no son perseguibles ante la CPI. Para esta posición, cualquier otra forma de violencia sexual exige un mínimo umbral de gravedad comparable a una infracción grave de los Convenios de Ginebra, como la

⁷⁰ Artículo 8.2.b) xxii, *in fine* del ER.

⁷¹ Cottier, M. y Mzee, S., Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence. Ob. cit., pp. 502 y 503.

⁷² Ver, en particular, la Introducción General a los Elementos de los Crímenes. Documento de Naciones Unidas PCNICC/2000/INF/3/Add. 1/, de 12 de julio de 2000, p. 6.

⁷³ Cottier, M. y Mzee, S., Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence. Ob. cit., p. 503.

tortura, tratos inhumanos, experimentos biológicos, causar intencionadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud; o, probablemente, cualquiera de las cinco formas específicas de violencia sexual tipificadas en el artículo 8.2.b) xxii del ER, en la medida en que sean consideradas *per se* como infracciones graves. Esta interpretación resulta conforme con el principio de legalidad penal⁷⁴.

Otra interpretación⁷⁵ sostiene que la frase del precepto que analizamos fue solo insertada para establecer que las referidas seis formas de violencia sexual constituyen graves infracciones de las normas y costumbres aplicables en los CAI, además de integrar graves infracciones. Postura que no es compatible con el hecho de que, en la Conferencia de Roma, que aprobó el ER, se expresó claramente que se trataba de fijar un mínimo umbral para esta cláusula residual.

La doctrina⁷⁶ se ha cuidado también, de presentar ejemplos de estas otras formas de violencia sexual, como obligar a una mujer a realizar ejercicios de gimnasia desnuda en público, las mutilaciones genitales (cercenar los pechos de las mujeres), los matrimonios forzados cuando no constituyan esclavitud sexual, los abortos forzados, la circuncisión forzada, la amputación del pene y las agresiones sexuales. Los Tribunales Penales Internacionales añaden desnudez pública forzada, secuestro de mujeres y niñas como esposas de la selva, verse obligadas a aliviar funciones corporales en la propia ropa o soportar el miedo constante a ser sometidas a violencia sexual⁷⁷.

C CRÍMENES DE GUERRA COMETIDOS EN CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL (CANI)

La tipificación en el ER de los crímenes de guerra de violencia sexual previstos en el artículo 8. 2. e) vi (violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada), cometidos en los CANI, es idéntica a la descripción de tales conductas como crímenes de lesa humanidad en el artículo 7. 1. g) del mismo ER. Ambos preceptos difieren únicamente en el tipo residual (cualquier otra forma de violencia

⁷⁴ Rodríguez Mourullo, G. (1997). *Comentarios al Código Penal*. Civitas, Madrid. Pp. 27 y ss.

⁷⁵ Cottier, M. y Mzee, S. Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence. Ob. cit., p. 503.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 501 y 502.

⁷⁷ Ver, CICR, *Commentary on the First Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, ICRC, Cambridge University Press. Apartado 672.

sexual) que se incrimina en el inciso final de tales normas. Nos remitimos, en consecuencia, a lo escrito en el correspondiente apartado de este trabajo.

Sin embargo, en los Elementos de los Crímenes, si bien la tipificación de los crímenes de guerra de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada, es igual a la de los correspondientes crímenes de lesa humanidad, son diferentes los elementos genéricos o contextuales propios de los crímenes de guerra cometidos en los CANI, pues se exige:

Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no sea de índole internacional y haya estado relacionada con él⁷⁸.

Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establezcan la existencia de un conflicto armado.

Por tanto, respecto a los crímenes de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada), cometidos en los CANI, nos remitimos a lo expuesto respecto a los idénticos crímenes de lesa humanidad o a los crímenes de guerra perpetrados en los conflictos armados internacionales (CAI). Particularmente, en estos últimos es relevante el comentario sobre el crimen de esclavitud sexual y la incriminación en el mismo de los «matrimonios forzados».

1. Consideraciones sobre el tipo residual «otras formas de violencia sexual»

La última frase del artículo 8.2.e) vi del ER incrimina «o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra».

Sin embargo, en los Elementos de los Crímenes (artículo 8, 2) e) vi)-6. Crimen de guerra de violencia sexual) la redacción no es idéntica, pues es la siguiente:

«2. Que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias que determinaban la gravedad de su conducta».

Naturalmente, debe prevalecer la redacción del precepto del ER.

⁷⁸ Gaggioli, G. Sexual violence in armed conflicts... Cit., pp. 513 a 517.

Para la doctrina⁷⁹, la palabra «también» utilizada por el referido artículo del ER confirma que los actos específicos tipificados en el mismo precepto (violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada) constituyen *per se* graves violaciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

Pero el problema interpretativo surge cuando nos encontramos con otros actos de violencia sexual que no son idénticos a las referidas conductas específicamente tipificadas en el mismo precepto. Porque es evidente que el artículo contiene un elemento normativo que nos remite al mencionado artículo 3 común.

Del examen del artículo 3 común⁸⁰ deducimos que se prohíben en su número 1.º (en cualquier tiempo y lugar) y por lo que se refiere a conductas que pudieran tener relación con la violencia sexual: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios y c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, realizados contra las personas protegidas por el artículo 3.1.º. Es lógica la exigencia de que el contenido y desarrollo de tales actos constituyan una forma de violencia sexual grave y que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que determinan la gravedad de su conducta.

El propio ER, en el artículo 8.2 apartado c), en el caso de los CANI, las violaciones graves del citado artículo 3 común cometidas contra personas que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y las personas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, incrimina los actos siguientes:

- a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura,

⁷⁹ Zimmermann, A y Greib, R. Paragraph 2 (e) (vi: Rape and other forms of sexual violence. En: *The Rome Statute of the International Criminal Court...* Ob. cit., pp. 561 y 562.

⁸⁰ Suárez Leoz, D. (2017). Conflictos armados sin carácter internacional y Derecho Internacional Humanitario: Normativa aplicable. En: *Derecho Internacional Humanitario*. Ob. cit., pp. 978 a 980. Ver, el comentario al artículo 3 común en *Commentary on the First Geneva Convention. Convention (1) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*. Ob. cit. Ver también, Mangas Martín, A. (1992). *Conflictos armados internos y Derecho internacional humanitario*. Universidad de Salamanca. Güell Peris, S. (2005). *Conflictos armados internos y aplicabilidad del Derecho internacional humanitario*. Madrid, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, Dykinson.

- b) los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes,

En cuanto a la gravedad de los ultrajes, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia estimó que la humillación (real y grave, pero no necesariamente duradera) de la víctima debe ser tan intensa que cualquier persona razonable se indignaría y que el delito puede resultar de una combinación o acumulación de varios actos que, tomados individualmente, podrían no constituir un ultraje a la dignidad de la persona⁸¹

Excluimos los apartados iii y iv, por no guardar relación con la violencia sexual.

Por lo que se refiere a la tortura⁸², los autores citan la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (caso *Celebici*), del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (caso *Akayesu*), de la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos (caso de Fernando y Raquel Mejía *versus* Perú) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso de Aydin *versus* Turquía).

Consecuentemente, en los Elementos de los Crímenes, relativos al artículo 8.2.c) ii) Crimen de guerra de atentados contra la dignidad personas, se establecen las siguientes condiciones:

1. Que el autor haya sometido a una o más personas a tratos humillantes o degradantes o haya atentado de cualquier otra forma contra su dignidad.
Se añade en la nota 57 que, para los efectos de este crimen, el término «personas» puede incluir personas fallecidas. Se entiende que la víctima no tiene que ser personalmente consciente de la existencia de la humillación o degradación u otra violación. Este elemento tiene en cuenta los aspectos pertinentes de la cultura a que pertenece la víctima.
2. Que el trato humillante, degradante o el atentado contra la dignidad haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como ultraje contra la dignidad personal.
3. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

⁸¹ CICR. *Commentary on the Firts Geneve Convention (I) for the Amelioration off the Contition of the Wounded and Sick in Armes Forces in the Field*. Ob. cit., apartados 664, 665 y 666.

⁸² Zimmermann, A. y Greib, R. Paragraph 2 (e) (vi): Rape and other forms of sexual violence. Ob. cit., p. 562, nota 1591.

4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esta condición.

En definitiva, la incriminación del tipo residual que considera crímenes de guerra en los CANI cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, como elemento normativo, nos remite a los crímenes (tipificados en el mismo apartado del precepto penal) de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada, así como a las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los tratos humillantes y degradantes. Abarca asimismo, los atentados contra la dignidad que hayan sido tan graves que estén reconocidos generalmente como ultrajes contra la dignidad personal. En este último crimen se incorpora un elemento valorativo.

6. CONCLUSIONES

El Estatuto de la CPI supuso un paso de gigante⁸³ en la configuración del fundamento del *ius puniendi* que, ahora, los Estados en buena parte confían a un Tribunal supranacional que no puede prescindir (al lado de la retribución y de la prevención general y especial, así como de la reparación de las víctimas), de conceptos tales como la proporcionalidad de la pena con el hecho, el grado de culpa del condenado, el garantismo⁸⁴ o el fin resocializador de la sanción, presididos por el principio de humanidad propio del moderno derecho penal.

Así, el sistema de la Justicia Penal Internacional nace con el propósito de luchar contra la impunidad de quienes han cometido o, en el futuro, puedan perpetrar los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional» que, paradójicamente, no son castigados por la inadecuación *de facto* del derecho penal interno de los Estados, incapaces de iniciar siquiera la acción penal contra las autoridades nacionales, muchas veces responsables de tan graves delitos.

En definitiva, la valoración jurídica del futuro de esta gran institución para el siglo XXI, nos lleva a la concluir que el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que entró en vigor el 1 de julio de 2002, es ya una parte irrenunciable del patrimonio jurídico de la humanidad.

⁸³ Condorelli, L. La Court Pénal Internationale: un pas de géant (Pour qu'il soit accompli...). *Revue Générale de Droit International Public*. 1999-1, vol. 103.

⁸⁴ Faiza King, P. y La Rose, A. M. (1999). Penalties under the ICC Statute. En: *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Vol. I, Il Sirente.

Ahora bien, de la «eficacia» de la CPI es muestra que, en casi 20 años de funcionamiento, ha pronunciado ocho sentencias en juicio oral sobre crímenes de su competencia material y una sobre delitos contra la administración de justicia, algunas pendientes de recurso de apelación.

Más concretamente, aunque la violencia sexual está tipificada como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra en el Estatuto de Roma (ER), la CPI no ha pronunciado una sentencia condenatoria sobre estos graves crímenes internacionales hasta la sentencia dictada el 8 de julio de 2019 en el caso Bosco Ntaganda (en la República Democrática del Congo), 17 años después de la constitución de la Corte Penal Internacional.

En un puntual análisis jurídico, suscitan una imprescindible crítica doctrinal algunos preceptos del ER, como la regresiva definición (desde el punto de vista sociocultural) del término «género» (art. 7.3) y la presunción *iuris et de iure* establecida en la eximente de obediencia jerárquica (art. 33.2). Precepto que merece una fundada censura desde la óptica de los principios básicos del derecho penal y procesal.

Por lo que se refiere a la incriminación de la violencia sexual en el ER y en los Elementos de los Crímenes, se respeta de forma aceptable el principio de legalidad penal en los examinados crímenes de violación, esclavitud sexual prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada. E incluso no se infringe el principio *nullun crimen sine lege* en el tipo residual de cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable. Y ello, a pesar del elemento valorativo que figura en los crímenes de lesa humanidad. Desde luego, con la taxatividad mejor garantizada en los crímenes de guerra, en los que se aporta el elemento normativo consistente en una remisión expresa a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

Posteriormente, por sentencia de la Sala de Primera Instancia IX de 4 de febrero de 2021, Dominic Ongwen fue declarado culpable de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, en una proliferación de tipicidades y un abigarrado muestrario de crímenes. Fue condenado por 61 delitos y absuelto de 8 cargos.

En la resolución condenatoria, todavía no firme al estar pendiente del recurso de apelación en la CPI, se califica además a Dominic Ongwen como autor directo de un crimen de matrimonio forzado como otro acto inhumano similar [art. 7.1.k) del ER].

Podemos preguntarnos, si era preciso residenciar estas conductas de Dominic Ongwen, como autor de los imputados matrimonios forzados, en el tipo residual del artículo 7.1. k) del ER., cuando era posible deducir de los hechos probados y de los razonamientos de la sentencia, que podrían

ser tipificados como delitos de violación, esclavitud sexual o embarazo forzado del artículo 7.1.g) del ER.

Se acude, por el contrario y sin necesidad que lo justifique, a imputar un tipo (inexistente como *nomen iuris*) en el ER y calificarlo en el tipo residual y polémico de los crímenes de lesa humanidad. No discutimos que, en otras circunstancias de hecho, los matrimonios forzados puedan encontrar acomodo en los tipos residuales del artículo 7.1.g) *in fine* e incluso en el artículo 7.1.k), ambos del ER.

En suma, la sentencia que condenó a Dominic Ongwen como autor de crímenes de matrimonio forzado, calificándolos en el tipo residual de otros actos inhumanos similares [art. 7.1.k) del ER], realiza una interpretación no estricta, analógica e innecesaria de este precepto que cierra la relación de los crímenes de lesa humanidad.

La sentencia, por otra parte, no respeta el criterio de evitar duplicidades, incurre en la acumulación de cargos, incide en una proliferación de tipicidades y presenta un abigarrado muestrario de crímenes que, aun teniendo en cuenta las relaciones de alternatividad de que adolece el ER, puede afectar al derecho de defensa.

Por lo expuesto, albergamos la esperanza de que, en el caso de la condena de Dominic Ongwen, la Sala de Apelaciones de la misma Corte comparta y confirme la taxatividad como derivada del principio de legalidad penal proclamado en el ER y recuerde la prohibición de la analogía *in malam parte*, como uno de los principios generales del derecho penal contenidos en el propio Estatuto y garantizados en los ordenamientos penales de los Estados.

Como escribió Claus Roxin: *Donde están en juego pasiones humanas —¿y en qué proceso penal no lo están?— la fuente más turbia de conocimiento es un sentimiento jurídico no articulable conceptualmente*⁸⁵.

Principio de legalidad penal y prohibición de la analogía, porque la justicia no se alcanza a través del sentimiento de lo justo del juzgador, sino en el sometimiento del juez a la necesidad ineludible de respetar la norma, como expresión objetiva de la justicia y garantía del estatutario principio *pro reo*.

⁸⁵ Roxin, C. (1967). *Täter Schaft Tatherrsschaft*. Hamburg. 2.^a ed., p. 626.

LOS MERCENARIOS COMO MECANISMO DE ELUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL¹

Rafael Sánchez de Nogués Gil

Resumen

Los mercenarios constituyen un fenómeno tan antiguo como el de la propia guerra. Sin embargo, actualmente presentan una difusión y una expansión inauditas en la historia, especialmente en la forma de grandes empresas internacionales, dando lugar a una «mercantilización» de los conflictos bélicos. Este auge persiste a pesar de diversos intentos a nivel internacional de regular o, incluso, prohibir su utilización. No obstante, todas estas iniciativas han fracasado de forma irremediable, dada la utilidad de los servicios que prestan a Estados y otros entes, que los emplean de forma sistemática para burlar su posible responsabilidad ante los actos ilícitos que estos cometen.

Palabras clave: Mercenario, responsabilidad internacional, contratistas, uso de la fuerza.

Abstract

Mercenaries are a phenomenon as old as war itself. However, they're nowadays in a process of constant growth and expansion as never seen in

¹ El autor desea expresar aquí su agradecimiento a D. Augusto Pansard Anaya, sin el cual este trabajo no habría sido posible.

History, especially in the form of large international companies, giving place to a «commodification» of warfare. This rise carries on despite several international attempts to regulate or, even, ban their use. In spite of this, every initiative has hopelessly failed, due to the usefulness of the services given to states and other agents; which employ them systematically as a way to hide their responsibility of the unlawful activities they perform.

Keywords: Mercenary, international responsibility, contractors, use of force.

Sumario

1. Introducción. 2. Los perros de la guerra: definiendo al mercenario. 2.1. *Origen y resumen histórico.* 2.2. *La problemática definición del mercenario.* 2.3. *El mercenario desde una perspectiva amplia.* 3. Responsabilidad internacional y mercenarios. 3.1. *Concepto de responsabilidad internacional.* 3.2. *La codificación de la responsabilidad internacional.* 3.3. *La responsabilidad internacional de los entes no estatales.* 4. Los intentos de regulación de la actividad mercenaria. 4.1. *Derecho convencional y derecho interno estatal.* 4.2. *La importancia del derecho consuetudinario e imperativo.* 4.3. *La posible prohibición consuetudinaria del mercenario.* 4.4. *El papel de la doctrina.* 5. La defensa del uso de mercenarios. 5.1. *Introducción.* 5.2. *Los argumentos jurídicos.* 5.3. *Los argumentos técnicos: hacia una regularización de la actividad mercenaria.* 6. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El imaginario popular describe al mercenario como un individuo que participa en conflictos armados en los que su Estado no se constituye como beligerante del mismo. Su motivación es, primariamente, económica; siéndole indiferente cualquier otra cuestión que no sea su lucro personal.

La RAE, asimismo, nos presenta una acepción muy acorde con esta percepción, en la medida en que lo define como un soldado o una tropa que «*por estipendio sirve en la guerra a un poder extranjero*».

Este retrato, aunque parcialmente acertado, constituye únicamente una levísima pincelada acerca del enorme y vasto mundo de los, mercenarios, soldados de fortuna, su posible confusión con los contratistas militares privados (PMC/PSC), etc. ... Y la superficialidad de esta definición puede bifurcarse en dos ramas:

En primer lugar, no tiene en cuenta la variedad de situaciones que aborda el apelativo de «mercenario». Además de individuos particulares que ofrecen al mejor postor sus servicios dentro de un conflicto bélico, pode-

mos encontrar compañías multinacionales enteras, constituidas prácticamente como pequeños ejércitos privados. También hallamos movimientos guerrilleros o de liberación nacional que, al recibir apoyo o asistencia de un Estado u otro ente, se convierten en un instrumento al servicio de este.

En segundo lugar, solo hace referencia a los motivos que llevan al mercenario a prestar sus servicios, obviando las razones por las que su contratante recurre a él. Dejando de lado los fundamentos puramente técnicos o militares, constituye una utilísima herramienta para los Estados, pues pueden realizar aquellos actos que, por su naturaleza flagrantemente ilegal, quedan vedados a los agentes oficiales de los mismos.

Así, el vínculo que une al mercenario con el Estado es en ocasiones extremadamente difícil de localizar, dada la relación extraoficial que ambos mantienen entre ellos. De esta manera, los Estados pueden intervenir sin necesidad de velar por las normas de derecho internacional público y de derecho internacional humanitario.

En consecuencia, las ilicitudes y vulneraciones de derechos fundamentales que estos agentes cometen no solo quedan impunes para sus autores materiales, sino que también suele ser imposible la exigencia de reparaciones al Estado que ha contratado a dichos mercenarios.

Por tanto, la vertiente objetiva de la responsabilidad internacional apenas plantea problemas. Los actos ilícitos cometidos por los mercenarios son fácilmente identificables y determinables. Estas actividades van desde el uso no autorizado de la fuerza, la interferencia en asuntos de otros Estados, o la utilización de armas prohibidas; a la comisión de crímenes como asesinatos, violaciones, secuestros o pillajes.

Las dificultades comienzan en el momento en que abordamos el aspecto subjetivo de dicha responsabilidad. Resulta extremadamente complicado, como norma general, encontrar el nexo que une al mercenario con su Estado contratante. Este constituye precisamente el motivo por el que su uso no ha parado de crecer en las últimas décadas: su facilidad para actuar sin que pueda determinarse quién es el responsable de sus actos.

Una de las razones de dicha problemática reside en la considerable laguna normativa en la que estos soldados privados navegan. A pesar de los considerables esfuerzos por regular o, incluso, prohibir su uso, aún no han surgido instrumentos normativos lo bastante fuertes como para impedir el libre albedrío de los Estados para delinquir impunemente por medio de los mercenarios.

El objeto central de este trabajo es el análisis de la responsabilidad internacional, principalmente en su vertiente subjetiva. Además, aborda la búsqueda de métodos alternativos que pongan coto al uso indiscriminado

de mercenarios por parte de los Estados, dada la clara incapacidad de las fuentes convencionales para alcanzar este objetivo.

Igualmente, se abordará el vasto y amplio mundo de los soldados de fortuna. Especialmente, la problemática de la definición del concepto de mercenario, el carácter de sus actividades, especialmente aquellas de naturaleza ilegal, y la manera en que son empleados por los Estados para el ejercicio de sus servicios.

Del mismo modo, resulta de interés el estudio del concepto de contratista militar privado y de los mecanismos internacionales que, de una manera o de otra, tratan de regularlo. Al mismo tiempo, al igual que existen partidarios de su regulación e, incluso, su abolición, encontramos también argumentos en defensa de su existencia y su uso, cuyo examen no resulta desdeñable.

2. LOS PERROS DE LA GUERRA: DEFINIENDO AL MERCENARIO

2.1. ORIGEN Y RESUMEN HISTÓRICO

El mercenario constituye una figura lo bastante antigua como para recibir numerosas menciones hasta en el Antiguo Testamento². Han aparecido en prácticamente la totalidad de los conflictos bélicos de la historia.

Los vestigios más primigenios se remontan al reinado de Ramsés II, durante el siglo XIII a.C., quien acostumbraba a reclutar tropas libias, nubias o sirias para sus ejércitos. El paso de los años asentó esta política, convirtiendo a los mercenarios extranjeros en un elemento muy significativo de las huestes egipcias.

Las polis griegas, así como sus belicosos vecinos babilonios, hicieron igualmente un uso intenso de soldados mercenarios. El ejemplo más famoso de esta época, inmortalizado por la *Anábasis* de Jenofonte, fue el empleo de diez mil soldados helénicos por Ciro, contratados para ayudarlo en el derrocamiento de su hermano Artajerjes II, rey de Persia.

Ya en el siglo IV a.C. evidenciamos uno de los motivos más recurrentes para el uso de tropas mercenarias, plenamente vigente en la actualidad: deponer del poder gobiernos extranjeros y su sustitución por otros más acordes a los intereses del contratante. Los intentos de golpe de

² Jeremías 46:20-21, 2 Samuel 10:6, 2 Crónicas 25:6, entre otros.

Estado sufridos por Guinea Ecuatorial en 2004 y 2017, ejecutados ambos por mercenarios, constituyen un buen recordatorio y paralelismo³.

Dentro del extenso y complejo proceso de la decadencia y caída del Imperio romano, el ejército tuvo un papel protagonista. Las temibles legiones, la mejor máquina bélica de su época, y pioneras en el campo de los ejércitos profesionales y voluntarios, fueron desmanteladas y sustituidas por tropas mercenarias, a menudo reclutadas entre las tribus bárbaras.

El fenómeno mercenario entró en auge durante la Edad Media, como complemento casi imprescindible a las levas campesinas reclutadas forzosamente por reyes y señores feudales. El caso del Imperio bizantino, sumido en un largo proceso de decadencia, es especialmente particular, pues incluso su guardia imperial se componía por mercenarios de origen nórdico, la Guardia Varega,

A lo largo de los siglos XIV y XV surgieron las Compañías Libres, ejércitos mercenarios completos que vagaban por Europa vendiéndose al mejor postor. Tuvieron una participación muy activa, y destructiva, durante la Guerra de los Cien Años⁴.

En la península itálica, estos ejércitos permanentes recibieron el nombre de *condottieri*, palabra que deriva de *condotta*, el contrato que firmaban con el señor para el que trabajarían. Constituyeron el único ejército de multitud de ciudades-estado italianas durante casi tres siglos. Algunos de sus principales caudillos acabaron volviéndose contra sus empleadores y formando principados por sí mismos⁵.

Si bien esto podría constituir tema para un trabajo propio, debe recordarse que el uso de mercenarios no se limita, en absoluto, a los ejércitos y las operaciones terrestres. Las patentes de corso, que autorizaban a su portador el ataque y saqueo de buques con determinado pabellón, son un buen ejemplo de ello.

A lo largo de las épocas hasta ahora examinadas, el empleo de soldados mercenarios obedece a patrones relativamente uniformes: La práctica inexistencia de ejércitos permanentes y profesionales, fruto de las enormes dificultades técnicas y costes económicos que esto conlleva.

³ *SA Mercenaries «do not face jail»*. Publicado en *BBC News*, 6 de noviembre de 2009. Disponible en: <http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/2/hi/africa/8346176.stm>; Equatorial Guinea «stops coup attempt by mercenaries». Publicado en *BBC NEWS*, 3 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-africa-42557638>

⁴ *Enciclopedia Britannica*. Disponible en: <https://www.britannica.com/topic/mercenary>.

⁵ *Enciclopedia Britannica*. Disponible en: <https://www.britannica.com/topic/condottiere>.

La fuerza armada de la época se constituía, primariamente, de levas campesinas, reclutadas forzosamente ante la perspectiva de una campaña en ciernes. A su desempeño generalmente mediocre en el campo de batalla, habría que unirle el largo tiempo necesario para formar un ejército desde cero. Asimismo, sufrían una incapacidad para soportar guerras demasiado largas, dado que el campesinado, la columna vertebral del contingente, debía desmovilizarse para ocuparse de las cosechas.

La tropa mercenaria, en cambio, constituía una fuerza dedicada permanentemente a la guerra, con amplia experiencia y mayores facilidades para formarse y desplegarse según las necesidades del cliente.

Como contrapartida, su lealtad resultaba en ocasiones discutible, generando problemas disciplinarios y abusos generalizados contra la población civil con ánimo lucrativo. En los siglos XVI y XVII, gracias a reformas emprendidas por, entre otros, Mauricio de Nassau, las huestes mercenarias adoptaron una rigidez y disciplina más cercana a la de un ejército profesional moderno⁶.

Esta necesidad de una fuerza militar de élite fácilmente disponible y con una capacidad de entrar en acción con rapidez sigue plenamente vigente en la actualidad. Multitud de Estados del tercer mundo, especialmente africanos, sufren de forma constante conflictos de baja intensidad, especialmente relacionados con el surgimiento de movimientos terroristas, insurgentes y rebeldes.

Estos países, en la mayoría de los casos, carecen de los medios económicos y de la infraestructura para mantener unas Fuerzas Armadas permanentes, profesionales y, sobre todo, efectivas. Así, los mercenarios y las compañías PMC/PSC constituyen una herramienta valiosísima para lidiar con estos conflictos rápida y eficientemente⁷.

Con los siglos XVIII y XIX, y la consiguiente centralización del poder y el nacimiento del Estado moderno, comenzaron a asentarse los ejércitos nacionales, en un intento de restringir el uso de la fuerza armada a estamentos que anteriormente habían gozado de ella. Los mercenarios, sin embargo, no dejaron de ser un importante activo para los ejércitos de prácticamente toda Europa, en su calidad de soldados profesionales.

Probablemente, la etapa más famosa de la historia de los mercenarios, la *era dorada*, está unida al fin de la Segunda Guerra Mundial y el

⁶ *Enciclopedia Britannica, Op. cit.*

⁷ Laborie Iglesias, M. (2015). Nigeria recurre a contratistas de seguridad en su lucha contra Boko Haram. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*. N.º 29.

inicio de la descolonización en África, que sumió a este continente en una espiral de violencia, guerras civiles y de liberación nacional cuyas consecuencias perduran hasta nuestros días.

Estados recién independizados, tales como el Congo o Nigeria, contrataron a miles de mercenarios europeos a fin de asesorar, instruir y apoyar a sus bisoños ejércitos nacionales. El caso congoleño tuvo un carácter especialmente singular, al crear unidades enteras de mercenarios blancos, agrupados por nacionalidades o lenguas (francófonos y anglófonos, fundamentalmente), encuadradas dentro de unas fuerzas armadas igualmente mandadas por europeos⁸.

La desaparición del *apartheid* en Sudáfrica en 1994 llevó a multitud de soldados, tras décadas de duros combates contras diversos movimientos insurgentes, a abandonar el ejército sudafricano y convertirse en mercenarios. Muchos de ellos acabaron como guardias de seguridad en minas y yacimientos de diamantes a lo largo de toda África.

Varios de estos soldados de fortuna sudafricanos constituyeron el germen de la nueva era del fenómeno mercenario: el nacimiento de *Executive Outcomes* y *Sandline International*, las primeras de una larguísima saga de compañías multinacionales dedicadas a la prestación de toda clase de servicios de seguridad.

Este hecho se vio reforzado por el fin de la Guerra Fría, que trajo consecuencias cruciales para las fuerzas armadas de medio mundo. El fin de las tensiones entre EE. UU. y la Unión Soviética, la desaparición de la amenaza de una apocalíptica Tercera Guerra Mundial, implicó un recorte generalizado del gasto público en defensa, sobre todo en Europa Occidental, con la consiguiente reducción del tamaño de los ejércitos.

Estas reestructuraciones produjeron el desempleo de multitud de soldados de sus respectivas fuerzas armadas nacionales, mano de obra potencial para las nuevas empresas militares privadas, en plena expansión⁹.

Así, la *mercantilización* de la guerra alcanzó cotas nunca vistas hasta entonces, con infinidad de Estados, empresas y particulares recurriendo a estas grandes empresas militares para el ejercicio de tareas extremadamente variadas. Los beneficios de estas actividades se cifran en miles de millones de dólares¹⁰.

⁸ Mañes Postigo, J. (2016). *Soldados sin bandera*. Madrid, Magase.

⁹ Documental *Shadow Company*, dirigido por J. Bourque y N. Bicanic (2006).

¹⁰ A modo de ejemplo, Documento A/HRC/15/25. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, 5 de julio de 2010, p. 6, par. 16.*

La profesión mercenaria comenzó a sofisticarse significativamente. La gigantesca cantidad de personal disponible permitió (y permite) a las compañías ser selectivas a la hora de elegir a sus empleados. El carácter romántico y aventurero de los soldados de fortuna fue sustituido por la fría profesionalidad de ex soldados de élite o de operaciones especiales, preferiblemente con varios años de experiencia en combate demostrable.

Este auge de los ejércitos privados alcanzó su mayor pico con las guerras de Irak y Afganistán. Probablemente, constituyen los conflictos bélicos en los que se ha hecho un uso más extenso de mercenarios en toda la historia. Su cliente principal fue (Y sigue siendo) el gobierno de EE. UU., hasta el punto de superar en ocasiones en número a las tropas estadounidenses desplegadas en ambas zonas de operaciones.

La panoplia de tareas abarcada por estas compañías ha sido tan variada como polémica, hasta el punto de que algunas de ellas, entre ellas la todopoderosa Blackwater, perdieron sus contratos como consecuencia de reiterados incidentes resultantes en la muerte de civiles iraquíes¹¹.

A modo de conclusión, se aportan tablas estadísticas elaboradas por el *Private Military Monitor Center*¹², que muestran el auge del uso de mercenarios, tanto a nivel global como en el contexto de los citados conflictos en Afganistán e Irak.

Revolution	1,500 (Est)	9,00	1:6 (Est)
Mexican/American	6,000 (Est)	33,000	1:6 (Est)
Civil War	200,000 (Est)	1,000,000	1:5 (Est)
World War I	85,000	2,000,000	1:20
World War II	734,000	5,400,000	1:07
Korea	156,000	393,000	01:02.5
Vietnam	70,000	359,000	1:06
Persian Gulf War	5,200	541,000	0,111111111
Rwanda/Somalia/Haiti	No Records Kept	N/A	N/A
Balkans	5,000-20,000	(Varied) 20,000	Up to 1.5:1
Iraq	95,461	95,900	1:01
Afghanistan	112,092	79,100	1,42:1

¹¹ *Ibid.*, p. 7, par. 19.

¹² Disponibles en: http://psm.du.edu/articles_reports_statistics/data_and_statistics.html. [Consultado el 12 de enero de 2021 a las 17:54 horas].

Year	US Forces in Afghanistan	Contractors in Afghanistan	US Deaths in Afghanistan	US Wounded in Afghanistan	Contractor Deaths in Afghanistan	Contractor Wounded in Afghanistan	US Forces in Iraq	Contractors in Iraq	US Deaths in Iraq	US Wounded in Iraq	Contractor Deaths in Iraq	Contractors Wounded in Iraq
2001			11	33								
2002	5,200		49	74			0					
2003	10,400		45	99			67,700		486			
2004	15,200		52	218			130,600		849			
2005	19,100		98	268			143,800		846			
2006	20,400		98	401			141,100		823			
2007	23,700		117	750			148,300		904			
2008	32,200	58,394	155	795			152,275	155,826	313	2,045		
2009	59,675	88,140	311	2,143			129,850	116,527	148	679		
2010	91,600	94,413	499	5,246	411	3,146	69,984	80,083	60	392	62	6,934
2011	99,800	90,339	414	5,199	386	3,737	45,660	52,637	54	211	39	5,206
2012	68,000	109,564	276	2,522	221	6,593	0*	9,000	1	0	35	1,909
2013	54,000	85,528	127	No report	165	6,851		6,624	0	No report	10	1,511
2014	30,000	61,352	49	No report	78	2,206		3,234	2	No report	10	498

* In December 2011, US combat troops withdrew from Iraq. Some US Forces remain to guard key facilities such as embassies

2.2. LA PROBLEMÁTICA DEFINICIÓN DEL MERCENARIO

Este trabajo comienza con una cuestión aparentemente sencilla y trivial: la definición del concepto de mercenario. Sin embargo, esta a simple vista fácil tarea es mucho más compleja de lo imaginable. La gran variedad de actos típicamente atribuibles al mercenario, junto con la delgada línea que lo separa de otras figuras afines, dificulta enormemente la creación de un concepto unitario y definitivo del mismo.

Sin embargo, evitar esta tarea resulta imposible, en la medida en que todo análisis jurídico exige, necesariamente, una adecuada delimitación del ámbito que aquel abarca. Igualmente, es un requisito imprescindible a la hora de regular una figura determinada.

Como veremos más adelante, el establecimiento de una relación entre los infructuosos intentos de imponer un marco legal al uso de mercenarios y las dificultades para definir a los mismos no resulta nada descabellado¹³.

Dentro de los distintos elementos que componen al mercenario, el ánimo de lucro cuenta con una posición prevalente. A fin de cuentas, la propia palabra deriva del latín *merces*, pago. Sin embargo, la búsqueda de dinero no puede constituir condición única para calificar a una persona como mercenaria. Las fuerzas armadas estatales se nutren de multitud de individuos que ven el Ejército como un simple medio de obtener un salario, sin que esto los convierta en mercenarios.

En determinados textos legales, la carencia de la nacionalidad de una de las partes en conflicto constituye un elemento distintivo del mercenario. Se parte de la presunción, originaria de la doctrina Rousseau-Portalís, según la cual la guerra es un enfrentamiento entre naciones, no entre individuos¹⁴. Por tanto, la presencia de extranjeros en la misma carece de un interés legítimo.

No obstante, numerosas Fuerzas Armadas nacionales permiten la entrada de foráneos a sus filas. Algunos, como España o Reino Unido, de forma restrictiva: limitando esta posibilidad a los nacionales de determinados Estados, generalmente con alguna antigua vinculación colonial¹⁵.

¹³ Botha, Ch. (1999). From mercenaries to «private military companies»: the collapse of the African state and the outsourcing of state security. *South African Yearbook of International Law*. N.º 24, pp. 133-148.

¹⁴ Cowling, M. G. (2007). Outsourcing the military: Implications for international humanitarian law. *South African Yearbook of International Law*. N.º 32, pp. 312-344.

¹⁵ Pueden ingresar en las Fuerzas Armadas Españolas los nacionales de los siguientes Estados: Argentina, Bolivia, Costa Rica, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Ecuatorial, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay

Otros, como Francia, a través de su famosísima Legión Extranjera, aceptan a cualquier individuo con independencia de su nacionalidad.

Otra opción, posiblemente criticable por su amplitud, es calificar como mercenarios a quienes no estén integrados en el organigrama de las fuerzas armadas de un Estado. Sin embargo, el fenómeno de la privatización afecta a multitud de sectores de los ejércitos nacionales, especialmente en aquellos servicios que no son estrictamente militares.

Tanto en tiempo de paz como de guerra, multitud de civiles realizan trabajos auxiliares para las Fuerzas Armadas: Alimentación, limpieza, enseñanza, traducción, funciones administrativas, etc. ... Asimismo, los ministerios de defensa normalmente cuentan con un funcionariado civil. En el caso español, casi la mitad de estos, poco más de dos mil, trabajan directamente para alguno de los tres Ejércitos¹⁶.

En despliegues en el extranjero, este personal acostumbra a ser contratado *ad hoc* en la zona de operaciones. A modo ejemplificativo, el contingente español de la ISAF en Afganistán externalizaba servicios como lavandería, telefonía, cantina o limpieza a través de empresas tanto españolas como extranjeras¹⁷.

En consecuencia, si siguiéramos esta concepción del mercenario como individuo ajeno a la estructura orgánica de las fuerzas armadas, correríamos el riesgo de aplicar este calificativo de forma extremadamente laxa.

Una cuestión especialmente problemática a la hora de definir al mercenario es su fácil confusión con un concepto igualmente ambiguo: El Contratista Militar Privado o Contratista de Seguridad Privado (PMC/PSC).

Las funciones desempeñadas por unos y otros son significativamente similares, llegando en ocasiones a coincidir completamente. Así, cabría plantearse la duda de si un simple guarda de seguridad privada podría, al proteger una instalación militar en una zona de conflicto, ser considerado como combatiente y, en consecuencia, un blanco legítimo para los beligerantes¹⁸.

Esta última afirmación parte de la presunción de que tanto los PMC/PSC y los mercenarios solo pueden emplearse en el marco de un conflicto bélico. Sin embargo, como veremos más adelante, la participación

y Venezuela. [Consulta: 12 enero 2021]. Disponible en: <http://www.reclutamiento.defensa.gob.es/como-ingresar/tropa-marineria/ingresar/normativa-extranjeros/>.

¹⁶ Publicado en *Europa Press* el 31 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-numero-funcionarios-civiles-ministerio-defensa-caido-27-ultima-decada-20180331110938.html>

¹⁷ Murga Martínez, J. L. (2014). El repliegue de las tropas españolas de Badghis (Afganistán). *Revista Ejército*. N.º 878 extraordinario, pp. 76-81.

¹⁸ Documento A/HR/15/25. Op. cit, p. 6, par. 14.

en una guerra constituye únicamente una parte de las tareas que estos desempeñan.

La flexibilidad de los PMC/PSC para ejecutar actos típicos del mercenario, y viceversa, resulta extremadamente inconveniente. Permite el uso de una figura legal (El contratista de seguridad) como cobertura para la perpetración de actuaciones ilícitas. De esta manera, el concepto PMC/PSC se convierte en una simple pantalla encubridora de una actividad mercenaria.

El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas no es ajeno a esta problemática. Resalta las dificultades para diferenciar a los PMC/PSC de la concepción clásica de mercenario. Especialmente, dado que aquellos, en la mayoría de los casos, no encajan dentro de la definición dada en los dos principales textos legales reguladores, a nivel internacional, de la actividad mercenaria, que serán objeto de estudio más adelante¹⁹.

Por ello, propone una definición propia de los PMC/PSC, con un carácter diferenciador respecto del mercenario y la finalidad de poner fin a la confusión de estas dos figuras²⁰.

El elemento distintivo se basa en las llamadas *funciones inherentes al Estado*. Es decir, aquellas facultades que, por su naturaleza, solo pueden ser desempeñadas por el Estado, siendo imposible su ejecución por otra clase de agentes. Algunas de las actividades que no entran dentro de esta categoría y, en consecuencia, son susceptibles de ser delegadas a los PMC/PSC, son la planificación estratégica, inteligencia, reconocimiento, vigilancia por satélite, vuelos tripulados o con drones (¿De qué naturaleza? No se especifica), apoyo técnico o la guarda armada de instalaciones y/o personas.

Las dificultades de concreción de estas *funciones inherentes* son objeto de críticas, al no existir, propiamente, una lista tasada de las mismas²¹. Una solución temporal, al menos a estos efectos, es su identificación con aquellas derivadas del monopolio estatal del uso de la fuerza. Por consiguiente, una vulneración de este principio por parte de un PMC/PSC implicaría su calificación como mercenario.

La máxima expresión de este uso exclusivo de la fuerza por parte del Estado es la participación directa en el combate, por lo que esta particularidad quedaría, en teoría, vetada a los PMC/PSC. Otra posible área inaccesible a estos estaría relacionada con el manejo y la interacción con prisioneros de guerra y las instalaciones donde se les retiene²².

¹⁹ *Ibid.*, p. 17, par. 72 y p. 11, par. 18.

²⁰ *Ibid.*, p. 11, par. 38-39, p. 12, par. 48 y p. 13, par. 50-51.

²¹ *Ibid.*, p. 18, par. 82.

²² *Ibid.*, p. 18, par. 83-84.

En consecuencia, la gigantesca cantidad de tareas efectuadas por una fuerza armada en el transcurso de un conflicto puede dividirse en dos bloques. Uno, mucho más amplio, susceptible de ser efectuado por terceros agentes subcontratados por el Estado.

El segundo, en cambio, se restringe a aquellos campos restringidos al uso directo o indirecto de la fuerza, por lo que teóricamente es una facultad exclusiva y excluyente del Estado. En caso de realizarse a través de individuos distintos a los funcionarios oficiales del Estado, estos recibirían la calificación y el tratamiento de mercenarios.

Sin embargo, queda la duda de si estos individuos son mercenarios únicamente al efectuar las citadas *funciones inherentes al Estado*, o si mantienen ese estatus mientras realizan actividades propias del primer bloque antes mencionado.

Al fin y al cabo, como se ha mencionado anteriormente, los mercenarios se caracterizan por su flexibilidad, por lo que es extremadamente habitual que, en el transcurso de su contrato, desempeñen un marco de actividades de lo más variada, tales como la instrucción de un grupo armado y su posterior acompañamiento en el transcurso de las hostilidades.

A nuestro juicio, este tipo de situaciones debe valorarse, en su totalidad, como una actividad puramente mercenaria, con el correspondiente tratamiento legal para sus autores.

El elemento distintivo, en comparación con un PMC/PSC, reside en la *capacidad* para efectuar estas *funciones inherentes al Estado*. Estas exigen tanto determinados medios técnicos y materiales como la permisividad y/o el mandamiento, por parte del cliente, para la realización de las mismas. Por ello, es posible establecer una característica diferenciadora, capaz de calificar a estos individuos como mercenarios.

En conclusión, un posible punto de partida a la hora de establecer un adecuado concepto del soldado mercenario reside en una doble concurrencia, de medios y de voluntades, para romper determinados monopolios estatales, siendo el uso de la fuerza el más importante de ellos.

De esta manera, es posible una actuación al margen y de forma paralela a los miembros de unas Fuerzas Armadas oficiales y demás agentes estatales con potestad para el ejercicio de la misma.

2.3. EL MERCENARIO DESDE UNA PERSPECTIVA AMPLIA

Lamentablemente, toda la deliberación previa es aplicable, principalmente, al concepto clásico de mercenario: combatiente en un conflicto bélico que adjunta o sustituye a las tropas estatales. Sin embargo, como se ha mencionado ya, el soldado mercenario es extremadamente flexible, y su definición puede extenderse a figuras aparentemente ajenas al mismo.

Aunque no es un fenómeno primigenio de esta época, al fin de la Segunda Guerra Mundial y el estallido de la Guerra Fría siguieron un enorme auge de los conflictos indirectos. Fueron el resultado del enorme poder destructivo de la recién descubierta energía nuclear, y el temor de las grandes potencias a su eventual uso en caso de un enfrentamiento frontal entre las mismas.

Así, tanto EE. UU. como la URSS, entre otros, apoyaron y fomentaron todo tipo de guerras a lo largo del mundo (Especialmente en países no desarrollados), en un intento de aumentar su influencia y hegemonía y reducir, al mismo tiempo, la del contrario.

La intensidad de la injerencia extranjera varía de un conflicto a otro. Desde la participación directa como beligerante (Vietnam para EE. UU., Afganistán para la URSS), hasta una mera ayuda diplomática o ideológica (China, en las guerras indo-pakistaníes; Reino Unido, durante la secesión de Biafra).

Otros entes distintos del Estado pueden recurrir también a prácticas propias de una guerra indirecta. Esto es un fenómeno recurrente en África, donde compañías relacionadas con la minería o la energía pueden intervenir en un conflicto civil dentro de un Estado a fin de favorecer la victoria del bando menos reacio a su presencia en su territorio o menos laxos a la hora de hacer concesiones a las mismas²³.

Sin embargo, la faceta que más nos interesa es la creación, financiación o apoyo de uno de los beligerantes del conflicto. Generalmente, estos tienen un carácter de fuerza irregular o de movimiento de liberación, por lo que la asistencia por parte de una gran potencia puede ser imprescindible a la hora de derrotar al enemigo.

Simultáneamente estos movimientos, muchas veces inestables y débiles políticamente, pueden convertirse en gobiernos títere una vez ganan la guerra y llegan al poder, al servicio de la metrópoli que lo ha apoyado.

²³ The Business of War in Africa. Publicado en *The New York Times* el 8 de agosto de 1999. Disponible en: <https://www.nytimes.com/1999/08/08/opinion/the-business-of-war-in-africa.html>

La cuestión radica en si es posible una calificación de estas situaciones como de uso de tropas mercenarias. A simple vista, puede resultar difícilmente apreciable, al no existir una relación contractual directa ni una dependencia jerárquica total.

No obstante, una dependencia parcial o relativa puede bastar para considerar a estos movimientos como un instrumento al servicio del Estado que los apoya.

En el mejor de los casos, ese mismo apoyo es el que le otorga, de forma directa o indirecta, los medios necesarios para hacer la guerra. En el peor, la relación es casi tan cercana como la que podría existir entre el Estado y los mercenarios *strictu sensu*.

Por consiguiente, los distintos tipos de movimientos irregulares y de liberación podrían catalogarse como mercenarios en la medida en que existe un Estado detrás que los apoya e instrumentaliza, a fin de obtener algún tipo de rendimiento en el contexto de un conflicto bélico.

Cuestión controvertida es, en todo caso, el grado de injerencia necesario como para encontrarnos ante un mercenario y no frente a un simple guerrillero. La jurisprudencia de la Corte de Internacional de Justicia (CIJ) varía considerablemente de un caso a otro, siendo extremadamente exigente en ocasiones y ligeramente más amplia en otras.

En estas situaciones de guerra civil y movimientos de liberación nacional abundan graves violaciones de derechos humanos por parte de los contendientes. La impunidad de las mismas resulta, en el mejor de los casos, habitual.

Por ello, y en pro de reducir al máximo la imposibilidad de una depuración de responsabilidades, estos grupos deberían ser considerados como mercenarios e instrumentos siempre que exista un Estado que les preste apoyo; por muy nimio e inofensivo que este sea.

De esta manera, podría igualmente reducirse la tendencia intervencionista en guerras ajenas. Todo esto, en un intento de fomentar el principio de no intervención en los asuntos internos de otro Estado, que igualmente es infringido frecuentemente y a sabiendas de las consecuencias nefastas que trae consigo.

Esta teoría resulta, sin duda, extremadamente estricta. Sin embargo, la naturaleza fundamental de los derechos en juego y la facilidad con la que estos son vulnerados exige una respuesta contundente. De lo contrario, la lucha contra una práctica extremadamente útil y beneficiosa para los Estados se convierte en una misión imposible.

En ocasiones, estos grupos irregulares no son el resultado de la intervención de una tercera potencia a fin de fomentar la victoria de determinado

bando. En cambio, son creados por los propios beligerantes dentro del propio conflicto.

La razón de esto último es, generalmente, la consecución de sus objetivos militares sin necesidad de atender a las leyes de la guerra y del derecho internacional humanitario. Así, actúan de forma flagrantemente ilegal sin atender a las responsabilidades derivadas de dicho comportamiento.

A estos efectos, el caso colombiano resulta, probablemente, el ejemplo más reconocible. La aparición de grupos paramilitares, vinculados en ocasiones a narcotraficantes y terratenientes, motivados por la creciente influencia de las FARC, y el posterior intento del gobierno de Bogotá en unificarlos como una pseudo-unidad militar estatal (Autodefensas Unidas de Colombia, AUC), resultaron en la comisión de terribles crímenes contra la humanidad y matanzas por todo el país²⁴.

Esta forma de guerra sucia o terrorismo de Estado no siempre se dirige hacia el adversario de un conflicto bélico. El terrorismo, el tráfico de drogas y otras formas de delincuencia especialmente graves pueden combatirse a través de mecanismos heterodoxos e ilegales.

El método habitual es, una vez más, la creación de grupos irregulares para la lucha contra estos criminales. Los medios y procedimientos empleados quedan, necesariamente, excluidos a las fuerzas policiales del Estado: Asesinatos, secuestros, torturas, extorsiones, etc.

Normalmente, estos grupos se forman con individuos ajenos a la maquinaria estatal, siendo prácticamente imposible no catalogarlos como mercenarios a pesar de que no se hallan, estrictamente, en una guerra. La contratación de ciudadanos portugueses y franceses, puestos al mando de funcionarios policiales españoles, dentro de la estructura de los GAL es buen ejemplo de ello²⁵.

Para concluir, resulta de interés la relación entre los mercenarios y los servicios de inteligencia. Nos centraremos únicamente en las agencias estatales, omitiendo el espionaje industrial y empresarial, que constituye de por sí una materia amplísima.

Una práctica habitual a la hora de obtener información es la búsqueda, reclutamiento y mantenimiento de confidentes dentro de la infraestructura

²⁴ Ugarriza, J. E. y Nussio, E. (2015). ¿Son los guerrilleros diferentes de los paramilitares? Una integración y validación sistemática de estudios motivacionales en Colombia. *Análisis Político*. Vol. 28, n.º 85, pp. 189-211.

²⁵ STS 2/1998, de 29 de julio. Hechos probados número cuarto, quinto, noveno, décimo, decimoquinto y decimosexto.

que se desea espiar. Estos pueden tener un móvil de lo más variopinto²⁶, incluyendo el económico. Por tanto, podríamos encontrarnos ante un mercenario. Al fin y al cabo, las Convenciones de Ginebra de 1949 hacen referencia a ambas figuras (espía y mercenario) de forma recurrente.

Los movimientos irregulares y de liberación nacional antes mencionados presentan un estrecho vínculo con los servicios de inteligencia estatales. Generalmente, estos constituyen el enlace entre aquellos y el Estado que presta apoyo.

En zonas de conflicto, suelen operar como grupos paramilitares. Su estatus jurídico resulta complejo, y seguramente daría para un trabajo por sí solo. Por un lado, no cabe duda de su pertenencia a la estructura estatal y, por tanto, de su carácter de agente. Sin embargo, a la hora de operar sobre el terreno, acostumbran a evitar su vinculación hacia su Estado. Esto, unido a la ausencia generalizada de un reconocimiento estatal de sus actuaciones, podría colocarles en una posición intermedia o mixta²⁷.

Encontramos un ejemplo clásico en *Air America*, la aerolínea comercial usada por la CIA como empresa pantalla durante la Guerra de Vietnam para la realización de operaciones encubiertas en Vietnam y Laos. Muchas de las mismas estaban relacionadas con el tráfico de drogas, así como con el transporte de comandos estadounidenses o vuelos de reconocimiento²⁸.

Tenemos ante nosotros a una hipotética empresa privada, propiedad de una agencia estatal encargada de diseñar sus peculiares planes de vuelo, y operada por civiles ajenos al Estado. ¿Podrían sus pilotos ser calificados como mercenarios? Dado el carácter no estrictamente militar de su actuación, resulta probablemente más complicado que en los casos anteriormente citados.

Esto podría extenderse a su vez a los PMC/PSC contratados en Irak como traductores e interrogadores por el gobierno estadounidense, llegando a trabajar en la infame Abu Ghraib²⁹.

En conclusión, existe una miríada de situaciones y figuras susceptibles de ser calificados como mercenarios, algunas de las cuales trascienden el campo bélico. Establecer una lista cerrada de las mismas resulta imposible dado, entre otros motivos, a la rapidez con la que la guerra y sus formas de librarse cambian.

²⁶ Durante la Guerra Fría abundaban los agentes Romeo, especializados en crear un vínculo amoroso o sexual con una persona a fin de obtener información de ella.

²⁷ Andrew, Ch. y Mitrokhin, V. (1985). *The Sword and the Shield: The Mitrokhin Archive and the Secret History of the KGB*. New York, Basic Books.

²⁸ *Air America: Upholding the Airmen's Bond*. Biblioteca electrónica de la CIA, Freedom of Information Act Electronic Reading Room. Disponible en: <https://www.cia.gov/library/readingroom/collection/air-america-upholding-airmens-bond>.

²⁹ Documento A/HR/15/25. Op. cit., p. 7, par. 20.

La prioridad, más que la búsqueda de una definición del mercenario hasta sus últimos extremos es la lucha contra la impunidad que caracteriza su actividad. El objetivo, a nuestro juicio, debería ser el aseguramiento de una mínima depuración de responsabilidades por los crímenes que suelen cometerse en los escenarios en los que se desenvuelve el soldado mercenario.

3. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y MERCENARIOS³⁰

3.1. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

La determinación de la responsabilidad internacional exige la concurrencia de dos elementos. En primer lugar, el objetivo, es decir, la infracción de una norma de derecho internacional público, independientemente de su carácter y origen.

En segundo lugar, el subjetivo: La existencia de un nexo que permita la atribución de esta violación al Estado.

Por norma general, el elemento objetivo es fácilmente verificable y carente de problemática. La reciente tendencia codificadora del derecho internacional público y la abundante jurisprudencia internacional simplifican la identificación de sus normas.

En cambio, es el segundo elemento el que constituye en ocasiones un desafío. Si una violación internacional, por muy flagrante que sea, no puede ser atribuida a un Estado; esta quedará impune.

Este constituye el principal punto de partida a la hora de criticar la utilización de mercenarios, así como en los diversos intentos de regulación de su uso. En tanto que el soldado privado no es, estrictamente hablando, un agente representante del Estado que le contrata. La vinculación entre empleador y empleado es mucho más vaga y difusa.

3.2. LA CODIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

A lo largo de la historia han surgido varios, aunque infructuosos, intentos de elaborar un instrumento convencional relativo a la responsabilidad

³⁰ Salinas de Frías, A. (2015). *Lecciones de derecho internacional público*. Madrid, Tecnos.

internacional que cuente con el beneplácito de la mayoría de la comunidad internacional.

Constituyó uno de los principales temas de la fallida Conferencia de la Haya de 1930, donde se trató, sin éxito, de codificar la responsabilidad internacional; sobre la única base de los daños producidos a las personas y bienes extranjeros dentro del territorio del Estado³¹.

Del mismo modo, la Sociedad de Naciones realizó ciertos intentos en esta dirección, que resultaron igualmente infructuosos³².

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) se vio sumida, en los orígenes de la elaboración del proyecto, en una dicotomía similar a la que había hecho fracasar los intentos codificadores de principios de siglo. Sin embargo, ya en sus primeras reuniones, algunos relatores abogaban ya por abarcar la totalidad de infracciones realizadas por el Estado³³.

A pesar de su gigantesca importancia, este texto aún está lejos de convertirse en un instrumento jurídico con plena fuerza, en la medida de que aún no se ha celebrado ninguna conferencia internacional con el objeto de transformarlo en un tratado.

Únicamente ha sido *tenido en cuenta* por la ONU a través de la Resolución AG56/83, de 12 de diciembre de 2001, donde se manifiesta que la Asamblea General *toma nota y señala a la atención de los gobiernos*.

Este reconocimiento fue triplemente confirmado por la Asamblea General en 2004, 2007 y 2010 (Resoluciones AG 59/35, 62/61 y 65/19, respectivamente), aunque sin llegar a adoptarlo definitivamente a través de un tratado³⁴.

Por consiguiente, su fuerza vinculante es, ciertamente, limitada, aunque, como veremos a continuación, no inexistente.

El proyecto de la CDI arranca con un axioma sencillo a la par que contundente: *Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional*. Es decir, se parte de un concepto de responsabilidad objetiva, por la que la simple comisión de un hecho ilícito

³¹ Negro Alvarado, D. M. (2002). El caso de los rehenes estadounidenses en Teherán y el Proyecto de Artículos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. *Agenda Internacional*. Año VII, n.º 16, pp. 161-177.

³² Crawford, J. (2009). Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. *United Nations Audiovisual Library of International Law*. Disponible en: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_s.pdf, p. 1.

³³ Documento A/CN.4/SR6. *1949 Yearbook of the International Law Commission*. P. 49.

³⁴ Documento A/56/10. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53.º periodo de sesiones (23 de abril a 1.º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (2001)*. Vol. II., parte segunda, p. 21, par. 37.

genera responsabilidad para el Estado, independientemente de si medió o no culpa; si bien en las primeras redacciones del proyecto sí que se hacía referencia a aquella.

Al mencionar la *conducta de un agente del Estado* (art. 4), el Proyecto hace referencia a cualquier ente, sea individual o colegiado, perteneciente al organigrama del Estado, actuando, adicionalmente, en nombre y representación del mismo.

Sin embargo, a pesar de su aparente claridad, el art. 4 del Proyecto no aparece exento de matices y posibles problemas de aplicación. Principalmente, el supuesto de que un agente del Estado actúe contraviniendo órdenes de sus superiores o por iniciativa propia, abusando de su poder e incumpliendo sus funciones y obligaciones.

A priori, la opción más razonable consiste en la atribución, igualmente, de la responsabilidad internacional del Estado, como consecuencia de la concurrencia de una *culpa in eligiendo* o *in vigilando*.

El establecimiento de un exigente deber de diligencia es imprescindible, a fin de evitar al máximo la impunidad de los ilícitos internacionales. De lo contrario, los Estados podrían incurrir en una intencionada vaguedad y ambigüedad en la elaboración de las instrucciones a sus agentes, facilitando así la elusión de su responsabilidad internacional.

Esta teoría queda reforzada por la jurisprudencia de principios del siglo XX³⁵. Aún cuando el agente reciba instrucciones expresas del Estado y aquel las contravenga, cabe la posibilidad de reclamar la responsabilidad de este³⁶. El articulado confirma más adelante esto (art. 7), permitiendo una atribución de responsabilidad internacional estatal a través de un comportamiento abusivo o extralimitado de sus agentes.

Sin embargo, a efectos de este trabajo, resulta de mucho más interés la atribución de responsabilidad internacional a través de la conducta de agentes distintos de las instituciones o funcionarios oficiales del Estado.

Aunque fue objeto de debate ya en 1930³⁷, la privatización de servicios tradicionalmente públicos (transportes, sanidad, comunicaciones o, lo que nos interesa, seguridad y fuerzas armadas) constituye un fenómeno común y extendido desde la segunda mitad del siglo XX.

A nivel exterior, esto ha dado lugar a la llamada «privatización de la guerra», con compañías privadas sustituyendo a las Fuerzas Armadas ofi-

³⁵ Véase, por ejemplo, el asunto Mallén (Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos, 1927) o el asunto Caire (Comisión de Reclamaciones entre México y Francia, 1929).

³⁶ Documento ST/LEG/SER.B/25. Op. cit., p. 30.

³⁷ *Ibid.*, p. 51, par. 4.

ciales del Estado en una miríada de funciones dentro y fuera del campo de batalla. En el interior de las fronteras propias, la custodia de los servicios antes citados corresponde cada vez más a empresas de seguridad privada, en detrimento de la fuerza estatal. En algunos Estados, el número de guardias de seguridad privados supera ya al de agentes de policía³⁸.

La CDI, consciente de este proceso, atribuye responsabilidad internacional al Estado cuando no es un órgano del mismo quien causa el daño, sino uno *facultado* por aquel para el desarrollo de funciones propias del poder público (art. 5).

Es el ordenamiento interno de cada Estado el que otorga este carácter pseudo-público, por lo que habrá que atenerse al mismo a la hora de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado concreto³⁹.

Por tanto, es en ocasiones difícil determinar la conexión entre los combatientes de un conflicto y aquel Estado cuyos intereses, de forma encubierta, defienden o representan. En ocasiones, ni siquiera ha existido un pacto previo entre mercenario y cliente. En cambio, este apoya, instruye y/o dirige a una fuerza irregular ya existente cuya victoria le resulta de interés.

Esta instrumentalización de grupos de individuos ajenos al Estado no excluye, a pesar de todo, la responsabilidad internacional del mismo (art. 8). En un intento de evitar a toda la costa la impunidad, el Estado responde ante los actos cometidos por sujetos privados, siempre que se constate la existencia de una relación *de facto* entre los mismos.

La dificultad aparece a la hora de determinar la profundidad de dicha relación fáctica. Es decir, hasta qué punto el Estado controla a esa persona o grupo de personas. Generalmente, se utiliza el concepto de *control*, siendo necesario un determinado grado del mismo para atribuir responsabilidad internacional al Estado⁴⁰.

Esto constituyó uno de los puntos clave del famosísimo asunto de las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, en el cual la representación nicaragüense trató de imputar a Estados Unidos la totalidad de actos cometidos por los guerrilleros de la *contra*.

³⁸ Documento A/HRC/24/45/Add.1, Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el derecho de los pueblos a la libre determinación. Adición. Misión a Honduras (18 a 22 de febrero de 2013), 5 de agosto de 2013, p. 7, par. 14.

³⁹ Asunto Phillips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran. Documento A/62/62, par. 43.

⁴⁰ Documento ST/LEG/SER.B/25. Op. cit., p. 71, par. 4.

El fallo concluyó con la confirmación de la existencia de un fuerte nexo entre EE. UU. y los *contras*, a través de la planificación, el apoyo y la dirección de aquel respecto de las actividades de este. Sin embargo, a juicio de la Corte, no basta para probar un control lo bastante fuerte y amplio como para repercutir en Estados Unidos la responsabilidad por todos los actos de los guerrilleros nicaragüenses.

Cabe la posibilidad, incluso, de que un *control general* y un *alto grado de dependencia* no basten por sí mismos para atribuir al Estado responsabilidad internacional⁴¹. Solo podría determinarse la misma a través de un control *directo* de aquellos actos concretos en los que se produjeron las infracciones internacionales⁴².

La jurisprudencia posterior, a través del asunto *Tadic*, introdujo una concepción menos restrictiva, admitiendo variaciones en el grado de control exigible en función del caso concreto⁴³. Este, a su vez, se suaviza, bastando en ocasiones con una capacidad de dirección más general y menos profunda.

Resulta de interés la referencia a la omisión como posible fuente de responsabilidad internacional del Estado. En el Proyecto de la CDI, únicamente se hace referencia a la misma en tanto que concurre a su vez con otra u otras acciones (art. 15). Por tanto, podría aducirse que una omisión, por sí sola, no basta para dar lugar a un hecho internacionalmente ilícito.

Sin embargo, a través del *asunto del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (1980)*, la CIJ reconoció la posibilidad de que una sola omisión, en sí misma, dé lugar a la responsabilidad del Estado.

La Corte concluyó que, si bien no puede atribuirse la toma de la embajada estadounidense al Estado iraní, esto no excluye completamente su responsabilidad internacional, pues no tomó ningún tipo de medida para prevenir el asalto a las instalaciones diplomáticas norteamericanas, ni para lograr la liberación de los rehenes una vez producido aquel.

Por otro lado, la Corte, reconoció al Estado iraní como *entidad diferenciada* de los asaltantes de la embajada. Sin embargo, estos se convirtieron en agentes estatales en el momento en que las autoridades persas aprobaron sus actos ilícitos.

Resulta entonces evidente que una simple omisión, aún de carácter pura, puede generar por sí misma responsabilidad internacional del Estado, el cual, ostenta un triple deber: abstenerse de incumplir, prevenir los in-

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. Cap. VII, par. 5.

⁴³ *Fiscal vs. Dusko Tadic*. Sala de apelación del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Pp. 1518-1541, par. 117.

cumplimientos y perseguir las violaciones que den lugar a una infracción de los derechos humanos. Existe una obligación de diligencia hacia el Estado de prevenir, investigar, castigar y remediar los actos de violencia, tanto si provienen del propio Estado o de actores privados⁴⁴.

Al igual que un individuo puede ser castigado por un delito que no ha cometido, en la medida en que ha cooperado o ayudado a su ejecución; puede responder un Estado cuando auxilia o apoya a otro que está infringiendo alguna obligación internacional (art. 16).

En este sentido, interesa la referencia al Proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados, también elaborado por la CDI y citado en la Resolución AGONU 375 de 1949. En su artículo 4, se prohíbe a los Estados, además del fomento de luchas civiles, la permisividad de que otros agentes, dentro de su territorio, organicen actividades encaminadas a fomentar dicha conflictividad en otro Estado.

Por consiguiente, aplicando este artículo en una perspectiva más amplia, podría predicarse la responsabilidad internacional de Kuwait y varios Estados europeos utilizados como bases para el ataque armado ilegal liderado por EE. UU. contra Irak en 2003. Uzbekistán, en relación a la invasión estadounidense de Afganistán en 2001, podría encontrarse en una situación similar.

3.3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ENTES NO ESTATALES

La visión tradicional del Estado como único actor del derecho internacional público está más que superada. Especialmente, a raíz de la famosísima opinión consultiva de la CIJ de 11 de abril de 1949, que reconoce a las Organizaciones Internacionales Gubernamentales (OIG) tanto personalidad jurídica como capacidad de obrar en el plano internacional, aún cuando estas no sean plenas o completamente equiparables a las del Estado⁴⁵.

La CDI, a raíz del interés que esta materia ha generado a lo largo de los años, aprobó en 2011⁴⁶ un Proyecto de Artículos de Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, muy similar al aplicable a los Estados. Su

⁴⁴ Ertürk, Y. The due diligence standard as a tool for the elimination of violence against women. *Special Rapporteur's report to the 62nd session of the Commission on Human Rights*.

⁴⁵ Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas. Opinión consultiva de 11 de abril de 1949.

⁴⁶ Documento A/66/10, par. 87. *Yearbook of the International Law Commission*. Vol. II, Part Two.

inclusión y toma en consideración resulta de enorme interés, en la medida en que multitud de OIG, incluida Naciones Unidas, emplea a contratistas militares privados⁴⁷.

La globalización y el proceso de liberalización económica, este último desarrollado a partir de la década de 1970, han contribuido igualmente a la aparición de un nuevo actor internacional: las grandes corporaciones o multinacionales, cuyo poder económico e influencia política puede, en ocasiones, superar al de muchos Estados⁴⁸. Por tanto, es de esperar que realicen actividades tradicionalmente reservadas al Estado, incluyendo, como analizaremos, el uso de la fuerza.

De igual forma, no puede perderse de vista el papel que el individuo puede alcanzar en el seno del derecho internacional. La formulación de las normas internacionales de *ius cogens* y del derecho internacional humanitario plantea la posibilidad de que un individuo pueda, por sí mismo, incumplir una obligación internacional y, por ende, responder por dicha infracción.

El culmen de esta construcción aparece en 1998, con la firma del Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional. Así, queda constituido el primer tribunal penal internacional de carácter permanente, con un ámbito de actuación material delimitado: genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra y agresión.

A nivel internacional, por tanto, los mercenarios pueden generar una doble responsabilidad, especialmente cuando vulneran el derecho internacional humanitario y el *ius in bello*. En primer lugar, la del contratante, sea un Estado o una OIG. En segundo lugar, los propios combatientes pueden responder por sí mismos ante la comisión de crímenes internacionales de especial gravedad.

4. LOS INTENTOS DE REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD MERCENARIA

4.1. DERECHO CONVENCIONAL Y DERECHO INTERNO ESTATAL

Las dificultades para encontrar un marco legal para las tropas mercenarias no implican la ausencia de textos legislativos dedicados a tal efecto. A

⁴⁷ Documento A/HRC/15/25, Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación. 5 de julio de 2010, p. 11, par. 43.

⁴⁸ Quiroz, D. (2007). Expanding International Law to non-state actors (The corporation). *South African Yearbook of International Law*. N.º 32, pp. 66-84.

nivel interno, muchos Estados han aprobado leyes al respecto, generalmente para prohibir el ejercicio de dicha actividad a sus nacionales.

El principal interés de estas leyes reside en las distintas definiciones de mercenario que cada una aporta. Por lo general, dado que estas suelen ser previas a la Guerra de Irak y el auge de los PMC/PSC, suelen hacer referencia exclusiva al concepto tradicional de mercenario. Es decir, se castiga la participación o el reclutamiento para intervenir en conflictos bélicos ajenos⁴⁹.

Por otro lado, al tratarse de normativa interna, la misma solo se justifica como un mecanismo para proteger los intereses del Estado que la crea. Especialmente, el temor a que el acto hostil de un mercenario pueda provocar una declaración de guerra contra su Estado de origen. Ello explicaría la constante referencia, a la hora de castigar estas conductas, al necesario estado de paz o neutralidad entre la nación de la que es oriundo el mercenario y aquella que padece sus actividades.

Por tanto, no se castiga aquí la actividad mercenaria *per se*, sino que esta, al examinarla en negativo, no castigaría dicha conducta si se realizase contra un Estado con el que se está en guerra⁵⁰.

Dada la fortísima vinculación de este Estado con la actividad mercenaria, así como su relativa modernidad, la *Prohibition of Mercenary Activities and Regulation of Certain Activities in Country of Armed Conflict Act, 2006* sudafricana puede considerarse como uno de los textos legales más completos de la materia.

Su mayor acierto, en nuestra opinión, reside en su distinción entre las tareas mercenarias tradicionales, prohibidas en todo caso, y *determinadas asistencias o prestaciones de servicios* dentro de una zona de conflicto, sujetos a autorización administrativa (arts. 3 y 7). Este régimen se fundamenta en una serie de criterios, basados en las obligaciones internacionales del Estado sudafricano, los derechos humanos o el mantenimiento de la paz (art. 9).

A nivel internacional, hemos de comenzar por las famosas Convenciones de Ginebra. Junto con sus protocolos adicionales, han tratado de regular, desde 1949, el derecho de los conflictos bélicos, buscando siempre la protección de beligerantes y civiles.

Las Convenciones no otorgan estatus de combatiente ni de prisionero de guerra a los mercenarios de forma expresa. Sin embargo, hace referencia

⁴⁹ Véase el Código Penal de Alemania (Art. 109h) o Francia (Libro IV, Título III, Capítulo VI. De la participación en una actividad mercenaria).

⁵⁰ Véase la Foreign Enlistment Act británica (1870) o la Neutrality Act de Estados Unidos (1794).

a miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, concepto un tanto ambiguo.

Les son exigibles varias condiciones para obtener dicha categoría: existencia de una relación jerárquica, porte de insignias distintivas y de las armas de forma visible y respeto por las leyes y costumbres de la guerra (C.III, art. 4).

Sin embargo, el primer Protocolo Adicional, introducido en 1977, impide al mercenario acogerse a la protección que las Convenciones ofrecen, tanto durante el desarrollo de las hostilidades como en el supuesto de ser capturados por el enemigo.

La consecuencia de esto, generalmente, es la categorización de los mercenarios como delincuentes comunes, lo que exige a los Estados de respetar las condiciones de cautiverio impuestas por la III Convención de 1949. Esto permite a los Estados juzgar y condenarles de acuerdo con su normativa penal interna, que puede conllevar la pena de muerte^{51,52}.

El mercenario podría ser protegido, de forma residual, mediante el IV Convenio; pues ampara, con ciertas excepciones, a todo aquel que se encuentre en poder de uno de los bandos del conflicto (art. 4).

Sin embargo, el Estado cuenta con la contramedida de la seguridad nacional: la simple sospecha fundada de que un mercenario atenta contra la misma (algo, sin duda, no demasiado difícil de demostrar) exige de la aplicación obligatoria del Convenio (art. 5).

Asimismo, el Protocolo aporta, con seguridad, una de las definiciones de la actividad mercenaria más famosas e influyentes. De hecho, ha servido de base para la construcción del concepto clásico de mercenario: un combatiente reclutado *ad hoc* para un conflicto bélico, que no es nacional de los Estados beligerantes ni miembro de sus fuerzas armadas de los Estados y motivado únicamente por un ánimo de lucro.

Deben concurrir todas estas condiciones para hallarnos ante un mercenario. Sin embargo, resulta evidente que esta definición es altamente incompleta, a la par que desfasada, al cubrir únicamente una de las muchas facetas del fenómeno mercenario.

⁵¹ Gómez del Prado, J. L. (2018). The Crime of Mercenarism: A Challenge for the Judges of the New African Court. En: Jalloh, Ch. C., Clarke, K. M. y Nmechielle, V. O. *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge University Press. Pp. 449-476.

⁵² Pallister, D. y Sturcke, J. Simon Mann gets 34 years in Equatorial Guinea jail. Publicado en *The Guardian* el 7 de julio de 2008. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2008/jul/07/equatorialguinea>

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, el uso de tropas mercenarias aparece estrechamente ligado a África. Especialmente, tras la descolonización y las numerosas guerras desatadas entre y dentro de los recién independizados Estados africanos⁵³, tal y como ya hemos mencionado.

No es de extrañar, por ello, los esfuerzos de la Organización para la Unidad Africana (OUA, actualmente Unión Africana, UA) tendentes a la creación de un instrumento legal contra el uso de mercenarios: la Convención para la Eliminación del *Mercenariado* (Del inglés, *mercenarism*) en África, elaborada en 1977 y en vigor desde 1985.

Esta Convención comienza con una definición de mercenario copiada, palabra por palabra, de la utilizada por el Protocolo Adicional I de las Convenciones de Ginebra (art. 1.1). Las referencias a estos textos no acaban aquí, pues se deniega expresamente el estatus de combatiente y prisionero de guerra para los mismos (art. 3).

Su particularidad está en la creación de un *crimen de «mercenariado»*. Este no abarca únicamente a los combatientes propiamente dichos, que igualmente pueden ser acusados y condenados por otros crímenes según la normativa penal interna (arts. 1.2, 4, 7 y 8). También afecta a los entes (desde individuos a los propios Estados) que los reclutan, organizan, crean, apoyan, financian, refugian o emplean (art. 1.2).

Adicionalmente, este uso de mercenarios debe tener como finalidad la oposición armada contra un proceso de autodeterminación, estabilidad o la integridad territorial de un Estado.

Esta prohibición debe tener un reflejo en las legislaciones internas de los Estados. A tal efecto, deben modificar sus ordenamientos para imposibilitar a sus nacionales tanto su alistamiento como mercenarios como el servirse de los mismos (art. 6).

Una vez más, hallamos una pobre definición del soldado mercenario, incapaz de abarcar todas las situaciones y supuestos en los que estos actúan. Sin embargo, constituye un importantísimo paso adelante, al prohibir expresamente la actividad mercenaria; tanto desde la perspectiva de los que sirven como tales como de quienes les emplean.

Lamentablemente, su restringido ámbito de actuación, fruto de los problemas que la actividad definitoria del mercenario implica y relativamente escaso número de ratificaciones (32 de los 55 Estados miembros de la UA⁵⁴) dificultan su efectividad. Encontramos una muestra de ello en el

⁵³ Laborie Iglesias, M. (2013). Empresas de seguridad, mercenarios y derecho internacional humanitario. *Cuadernos de estrategia*. N.º 160, pp. 261-299.

⁵⁴ Documento oficial de la UA: List of countries which have signed, ratified/acceded to the OAU convention for the elimination of mercenarism in Africa. 15 de junio de 2017.

ya mencionado reciente uso de mercenarios por parte de diversos Estados africanos⁵⁵.

Pocos años después, Naciones Unidas abordó finalmente la cuestión, en un intento de salvar tanto las divisiones propias de la Guerra Fría como las deficiencias de los intentos legisladores previos⁵⁶. Los trabajos comenzaron en 1979, a petición de Nigeria, y como resultado de la aprobación del Primer Protocolo Adicional de 1977⁵⁷.

Así, nació en 1989 la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios.

Esta comienza, una vez más, con la definición del concepto de mercenario. En esta ocasión, consta de dos partes. La primera, otra copia literal de la aparecida en el Protocolo Adicional de 1977. La segunda se basa en los mismos requisitos, pero los extiende a aquellos individuos reclutados para vulnerar la integridad territorial y política de un Estado (art. 1).

El resto del contenido es bastante similar a la Convención de la OUA, aunque más desarrollado y castigando tanto la tentativa como la complicidad (art. 4).

Una vez más, nos encontramos con un intento de regulación de la actividad mercenaria que, a pesar de sus buenas intenciones, resulta difícilmente aplicable en la actualidad, dado el carácter desfasado de los conceptos a partir de los cuales está construida.

Esta obsolescencia resulta, sin duda, extremadamente beneficiosa para los usuarios de mercenarios. Ayuda a la creación de una falsa impresión de seguridad, dando la imagen de que existe una regularización y prohibición de sus actividades.

Sin embargo, son fácilmente eludibles. Además, permiten una legitimación indirecta de aquellas figuras mercenarias que no caen dentro del ámbito de estas convenciones, a través de una sencilla definición en negativo: si no cabe dentro del concepto de mercenario recogido en ellas, no nos encontramos ante un mercenario, por lo que su uso no se encuentra expresamente prohibido.

Disponible en: https://au.int/sites/default/files/treaties/7768-sl-oau_convention_for_the_elimination_of_mercenarism_in_africa_1.pdf

⁵⁵ Laborie Iglesias, M. (2015). Nigeria recurre a contratistas de seguridad en su lucha contra Boko Haram. *Op. cit.*

⁵⁶ Laborie Iglesias, M. (2013): Empresas de seguridad, mercenarios y derecho internacional humanitario. *Op. cit.*

⁵⁷ Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios. Introducción, par. 3.

4.2. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO CONSUECUDINARIO E IMPERATIVO⁵⁸

Hasta ahora, toda mención normativa relacionada con el uso de mercenarios presentaba un carácter convencional o legal, así como determinada jurisprudencia de interés, si bien con un carácter secundario. La tendencia codificadora iniciada por Naciones Unidas a través de la CIJ es parcialmente responsable de ello, al fomentar una visión muy positivista del derecho internacional público.

Sin embargo, el derecho internacional consuetudinario, aunque en ocasiones pasado por alto, puede tener un papel primordial en este campo. Al fin y al cabo, la voluntad y el consentimiento estatales constituyen, en última instancia, la fuente de la que deriva todo el derecho internacional público.

Todo esto resulta de especial importancia a la hora de construir una argumentación jurídica favorable a la prohibición generalizada del uso de mercenarios. La base de ello se encuentra, paradójicamente, en los reiterados e infructuosos intentos, por vía convencional, de lograr este objetivo.

El origen de la costumbre está, generalmente, en las dificultades del derecho internacional público para abarcar de manera convencional todas las facetas susceptibles de codificación. Por tanto, la costumbre se erige como un mecanismo de necesidad, creada por los Estados para cumplir con sus aspiraciones regulacionistas.

Por lo general, para que una costumbre internacional posea tal carácter, debe ser reconocida y aceptada por un número mayoritario de Estados. Sin embargo, una costumbre puede afectar únicamente a un número concreto de los mismos por razones geográficas, socio-culturales, económicas, etc.⁵⁹.

En cualquier caso, no cabe duda del carácter plenamente vinculante de la costumbre internacional, siempre que se pruebe cuando desee invocarse. Dado su carácter general, y recordando que la costumbre puede plasmarse también en una norma convencional, su obligatoriedad persiste incluso para aquellos Estados que no son parte de dicha convención o tratado⁶⁰.

Esta última afirmación resulta de extrema importancia, dado que permite la elusión de una de las principales problemáticas frente a la voluntad legisladora a nivel internacional: su sometimiento a la voluntad del Estado

⁵⁸ Salinas de Frías, A. (2015). *Lecciones de Derecho Internacional Público*. *Op. cit.*

⁵⁹ Irigoien Barrenne, J. (2011). Costumbre internacional. *Columna de opinión*. Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos. Ministerio de Defensa nacional. Disponible en <https://www.anepe.cl/costumbre-internacional/>

⁶⁰ Irigoien Barrenne, J. (2005). La codificación de la costumbre internacional. *Revista de la Facultad de Derecho (Universidad de Chile)*. N.º 8, pp. 181-194.

como fuente material del derecho internacional público. Por tanto, hay una obligación convencional para un Estado únicamente en la medida en la que este desea asumirla.

Por poner un ejemplo, aún encontramos Estados que no han firmado la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos o la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; a pesar de su incontestable importancia, y sin que sea posible, en principio, imponerles su contenido por la fuerza⁶¹.

El segundo elemento a examinar en este capítulo está relacionado con uno de los pilares básicos del derecho internacional público: la noción de la soberanía estatal. Tradicionalmente, esta ha constituido una suerte de justificación para una actuación completamente libre e ilimitada dentro del ámbito internacional.

En consecuencia, el Estado, fruto de su soberanía, podía actuar a su antojo sin ningún tipo de restricción. Esto se tradujo muchas veces en un uso impune y arbitrario de la fuerza y la guerra, basado en el interés nacional; ya sea para destruir, subyugar o explotar a otros Estados o a territorios sometidos a dominación colonial⁶².

El nacimiento de Naciones Unidas y, con ella, la CDI, supusieron el primer intento exitoso de restringir la acción estatal, en un intento de proteger un elemento situado por encima de la propia soberanía del Estado. Un elemento que, por su importancia capital, constituye un cimiento necesario de la sociedad internacional profundamente asumida por la misma: el *ius cogens*, o derecho imperativo⁶³.

La esencia del *ius cogens* reside en su carácter vinculante para los sujetos de derecho internacional público, situándose incluso por encima de la voluntad estatal. Su status cuasi supremo se manifiesta en su capacidad de anular automáticamente cualquier norma que la contravenga, incluido el instrumento jurídico internacional por antonomasia: el tratado internacional⁶⁴.

La dificultad, no obstante, a la hora de abordar el *ius cogens* consiste en la delimitación de su alcance, del número concreto de derechos que entran

⁶¹ El estado de firma y ratificación de todos los tratados elaborados por la ONU se encuentra disponible en: <https://treaties.un.org>.

⁶² Vallarta Marrón, J. L. (2010). La argumentación jurídica en torno al *ius cogens* internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. 10, pp. 11-47.

⁶³ Documento A/CN.4/SER.A/1963. *Yearbook of the International Law Commission*. Vol. I, p. 63, par. 39.

⁶⁴ Véanse art. 53 Convenio de Viena de 1969 y art. 64 Convenio de Viena de 1968.

en dicha categoría. Parte de dicha complicación podría tener su origen, quizá, en la división existente entre los estudiosos de la materia: por un lado, los que ven al *ius cogens* como una prolongación o modernización del derecho natural. Por otro lado, quienes consideran que el carácter obligatorio de estas normas surge, simplemente, de la voluntad estatal⁶⁵.

En cualquier caso, si deseamos elaborar una lista de derechos encuadrados dentro del *ius cogens*, al menos cara a la materia que nos interesa, hemos de atender a los dos elementos que constituyen la definición del derecho imperativo mencionada en las sesiones de la CDI en 1963.

El primero de estos componentes es la generalidad, la aceptación por un número considerable de Estados. El segundo de ellos, que abarque una materia *necesaria para la vida internacional*, enraizada y asumida dentro de los cimientos básicos de la sociedad internacional.

Con esto en mente, la Carta de las Naciones Unidas parece, a simple vista, el punto de partida para abordar este asunto. Cuenta con el beneplácito de la inmensa mayoría de los Estados del mundo, y recoge una serie de principios básicos e imprescindibles para el correcto funcionamiento de la sociedad internacional: prohibición del uso de la fuerza, derecho de autodeterminación de los pueblos, arreglo pacífico de controversias, protección de los derechos humanos y las libertades individuales, igualdad entre Estados, deber de no intervención y de no injerencia, etc.

4.3. LA POSIBLE PROHIBICIÓN CONSUECUDINARIA DEL MERCENARIO

Una vez perfilados brevemente los conceptos de *ius cogens* y de costumbre internacional, vamos a plantear, con la base de la Carta de las Naciones Unidas, la existencia de una prohibición consuetudinaria del uso de mercenarios.

Como ya se ha mencionado, la Carta constituye un mecanismo idóneo. Por un lado, por el consenso generalizado que esta goza. Por otro, enumera y protege una serie de principios y derechos que, además de básicos para el adecuado devenir de la sociedad internacional, sufren una grave y constante inferencia como consecuencia de las actividades mercenarias.

La Carta presenta, asimismo, una particularidad única: Sus principios y propósitos son vinculantes y exigibles incluso frente a Estados no

⁶⁵ Lagerwall, A. (2015). *Jus cogens*. Oxford Bibliographies. Disponible en: <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0124.xml>

miembros de Naciones Unidas (art. 2.6). Tiene, en consecuencia, un carácter cuasi constitucional.

La ONU es consciente de estos extremos, de ahí sus abundantes menciones a la cuestión mercenaria y los diferentes mecanismos elaborados en este sentido.

El más resaltable, a menos a simple vista, es la mencionada Convención de 1989, que proscribe expresamente la actividad mercenaria. Sin embargo, el alcance y repercusiones de la misma son limitados. No solo por las cuestiones técnicas y definitorias abordadas en el capítulo anterior, sino por el escaso número de Estados que lo han ratificado⁶⁶.

Por consiguiente, esta Convención, por sí misma, no sirve para formular una categórica prohibición de los mercenarios. Sin embargo, junto con la Convención de la OUA de 1977, constituyen dos grandes trechos de un largo camino que apunta hacia una dirección: el rechazo generalizado del uso de tropas mercenarias y de sus actividades.

A través de su Asamblea General, de la que participan todos los Estados miembros en pie de igualdad, se han aprobado multitud de resoluciones en este sentido, dibujando un concepto del mercenario como una figura criminal y opresora que debe ser combatida y eliminada.

El segundo órgano principal de la ONU, el Consejo de Seguridad, es un reflejo realista del desigual balance geopolítico de poderes entre las grandes potencias y, como consecuencia de ello, presenta un marcado carácter antidemocrático. No obstante, y a pesar de que los miembros permanentes presentan una fuerte vinculación con el uso de mercenarios, hallamos igualmente pronunciamientos en este mismo sentido, en ocasiones incluso con un carácter más enérgico y tajante que las provenientes de la Asamblea General.

Las primeras referencias hacia los mercenarios datan de la década de 1960, dentro del turbulento proceso de descolonización y las sangrientas guerras que asolaron el continente africano.

Como ya se ha mencionado, el uso de mercenarios durante esta época fue especialmente abundante, no solo por los gobiernos de los Estados recién independizados. Las viejas potencias coloniales también recurrieron a ellos, en un intento de reprimir los movimientos de liberación nacional y mantener su dominio sobre estos territorios.

Los pronunciamientos de la Asamblea General, ya en una fecha tan temprana, eran extremadamente contundentes: el uso de mercenarios contra los movimientos legítimos de liberación nacional es un delito inter-

⁶⁶ Véase nota 74.

nacional, por el que debe castigarse tanto a quienes los emplean como a los propios soldados de fortuna, que son calificados como criminales. Los Estados deben, por tanto, abstenerse tanto de recurrir a ellos como de permitir su reclutamiento, financiación o adiestramiento dentro de su territorio⁶⁷.

Coetáneamente, el Consejo de Seguridad abordó igualmente el asunto de forma enérgica y directa. Los Estados, además de no hacer uso de tropas mercenarias, deben impedir que estos utilicen su territorio como base de operaciones o de tránsito.

La utilización de mercenarios es, en sí misma, objeto de condena, dadas las amenazas que conlleva contra la paz, la independencia y la integridad territorial de los Estados⁶⁸.

A partir del 34.º Periodo de Sesiones (1979), encontramos que la Asamblea General aborda casi cada año la cuestión mercenaria. En la mayoría de los casos, es objeto de una resolución propia, mientras que existe una minúscula minoría en las que se menciona indirectamente.

Así, uniéndolas a las ya mencionadas, alcanzamos una cifra de casi medio centenar de resoluciones relativas al uso de mercenarios, la mayoría de ellas con un corte y patrón muy similares:

Para empezar, casi todas comienzan con un recordatorio de todas las resoluciones adoptadas previamente, en las que se condena de forma reiterada el uso y apoyo a las tropas mercenarias.

Se recuerdan igualmente una serie de principios, recogidos todos ellos en la Carta de las Naciones Unidas, y que aparecen estrechamente vinculados con las actividades de los mercenarios: igualdad soberana, independencia e integridad territorial de los Estados, derecho de los pueblos a la libre determinación, no injerencia en los asuntos internos, respeto a la paz y seguridad internacionales, etc.

Esta relación existe, precisamente, en los perjuicios y vulneración que aquellas producen sobre estos. La Asamblea General también ha reiterado este extremo, junto a la amenaza que los mercenarios suponen para los Estados pequeños y/o en desarrollo.

Esta repite igualmente la necesidad de codificar y elaborar un instrumento jurídico relativo a la cuestión mercenaria, como garantía de un más sencillo cumplimiento de los fines y propósitos de la Carta.

A partir de 1989, tras la aparición de la Convención Internacional anti-mercenaria de Naciones Unidas; se denuncia recurrentemente la existencia

⁶⁷ Resoluciones AGONU 2395 (XXIII) de 29 de noviembre de 1968, 2548 (XXIV) de 11 de diciembre de 1969, 2708 (XXV) de 14 de diciembre de 1970 y 3103 (XXVIII) de 12 de diciembre de 1973.

⁶⁸ Resoluciones CSONU 226 (1966), 239 (1967), 241 (1967), 405 (1977) y 419 (1977).

de estrechas relaciones entre mercenarios y traficantes de drogas. Una vez más, el uso de mercenarios es un delito, que vulnera multitud de principios recogidos en la Carta⁶⁹.

El Consejo de Seguridad, también en la década de 1980, abordó igualmente el asunto, a raíz del intento de golpe de Estado ejecutado por mercenarios contra la República de Seychelles. El uso de los mismos es, una vez más, objeto de condena, a la par que son calificados como una amenaza y un peligro contra la independencia e integridad de los Estados⁷⁰.

Paralelamente el Consejo Económico y Social (ECOSOC), en su labor de asistencia a la Asamblea General, también realizó pronunciamientos durante esta época. El tono, ya contundente de por sí, se volvió aún más duro al calificar el uso de mercenarios como, no ya solo una amenaza, sino un crimen contra la humanidad comparable al mismo genocidio⁷¹.

Esta tendencia de la Asamblea General continuó a lo largo de toda la década de 1990, condenando de manera constante, cada año, tanto la utilización como el apoyo directo o indirecto a los mercenarios. Estos actos son, una vez más, constitutivos de delito y diametralmente opuestos a los principios y valores de la Carta de Naciones Unidas⁷².

El auge de los PMC/PSC, especialmente tras la guerra de Irak, no pasó desapercibido para las Naciones Unidas. Las nuevas resoluciones a partir de esta fecha hacen también referencia también a esta figura, denunciando su en ocasiones casi imposible distinción respecto de un mercenario.

Como consecuencia de esto último, se reitera constantemente el carácter ilegal de los mercenarios, independientemente de cualquier intento de camuflaje a través de otras figuras más o menos legítima.

Se denuncia la casi total impunidad tanto de los mercenarios como de los PMC/PSC que actúan en zona de conflicto, recordando el deber de los Estados de lucha tanto contra el reclutamiento y tránsito de mercenarios en su territorio como de colaboración en el procesamiento y juicio de aquellas personas responsables de actividades mercenarias. El vínculo de estos con otras figuras criminales se extiende también hacia grupos terroristas y traficantes de armas⁷³.

⁶⁹ Resolución AGONU 88 (XLIV) de 8 de diciembre de 1989.

⁷⁰ Resoluciones CSONU 496 (1981) y 507 (1982).

⁷¹ Resolución ECOSOC 1986/43.

⁷² Resoluciones AGONU 86 (XLVI) de 16 de diciembre de 1991, 84 (XLVII) de 15 de marzo de 1993 o 92 (XLVIII) de 16 de febrero de 1994, entre otras.

⁷³ Resoluciones AGONU 178 (LIX) de 20 de diciembre de 2004, 145 (LXII) de 18 de diciembre de 2007 y 203 (LXIII) de 21 de diciembre de 2010, entre otras.

Finalmente, las últimas resoluciones de mediados de la década de 2010 permanecen en esta línea, abordando quizá con más interés la cuestión de los PMC/PSC y su constante impunidad en zonas de conflicto bélico. En cualquier caso, la condena hacia el uso de mercenarios y su definición como una amenaza hacia los derechos humanos y los principios de la Carta se mantienen constantes⁷⁴.

En conclusión, un análisis bastante somero de los pronunciamientos de los tres órganos principales de Naciones Unidas nos muestra, a lo largo de casi medio siglo, una línea de actuación y opinión constante y consistente respecto a la cuestión mercenaria.

Todo ello, sin olvidar la existencia de diversos órganos secundarios y organismos especializados que han abordado este tema con una extensión muchísimo más amplia y profunda: El Consejo y el Comité de Derechos Humanos, el Relator Especial sobre la cuestión de la utilización de mercenarios como medio de obstaculizar el ejercicio de los pueblos a la libre determinación, el Grupo de Trabajo, el Grupo de Trabajo Homónimo, etc.

Sin embargo, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad no solo bastan, sino que son idóneos a la hora de formular nuestra teoría. Por un lado, por su carácter preponderante dentro la ONU. Por otro lado, precisamente, por el carácter democrático de la primera y el antagónicamente contrario del segundo.

Solo con estos dos órganos podemos recopilar más de cincuenta resoluciones, aprobadas a lo largo de otros tantos años, y en las cuales se transmiten las mismas ideas de forma continua.

En ningún caso, a lo largo de todas estas décadas, y a pesar de los enormes trasiegos sociopolíticos surgidos durante los mismos, encontramos un cambio o una variación en el sentido de la opinión general de Naciones Unidas sobre la cuestión mercenaria. Curiosamente, parece ser uno de los temas que más consenso crea dentro de la organización.

En definitiva, resumiendo brevemente, la del mercenario es una figura criminal, cuyos actos violentan de forma constante multitud de derechos humanos y principios fundamentales del derecho internacional público: arreglo pacífico de controversias, prohibición del recurso de la fuerza, respeto a la independencia e integridad territorial, igualdad soberana entre Estados, no injerencia en los asuntos internos, y un largo etcétera.

Fruto precisamente de la gravedad de los actos perpetrados por los mercenarios, estos no son los únicos objetos de castigo y condena

⁷⁴ Resoluciones AGONU 140 (LXX) de 17 de diciembre de 2015, 158 (LXXII) de 19 de diciembre de 2017 y 159 (LXXIII) de 17 de diciembre de 2018, entre otras.

internacionales. Los Estados y demás entes que, de forma más o menos directa, los emplean, reclutan, entrenan o financian también sufren este rechazo y represión. La simple omisión, al permitir la presencia de mercenarios en el propio territorio, es también un ilícito internacional.

Por consiguiente, y teniendo en cuenta tanto la miríada de precedentes, el carácter general y universal de los mismos, y así como el carácter básico y fundamental de los principios y derechos en juego, evidenciamos que resulta indiferente el aparente fracaso de prohibir el uso de tropas mercenarias por vías convencionales.

El derecho internacional consuetudinario y el *ius cogens* bastan, por sí mismos, para formular una proscripción universal del soldado mercenario; en tanto que entidad criminal responsable de violaciones sistemáticas de toda clase de principios básicos sin los cuales la sociedad internacional es inconcebible.

4.4. EL PAPEL DE LA DOCTRINA

Por último, de modo incisivo, conviene hacer alusión al papel que ha ejercido la doctrina dentro de esta materia. Si bien es cierto que no constituye una fuente del derecho internacional público estrictamente hablando, su importancia como medio de averiguación e interpretación del mismo resulta incuestionable⁷⁵.

Los tratadistas sudafricanos resultan en este sentido de especial interés, dada, como hemos mencionado anteriormente, la especial vinculación que este país tiene con el fenómeno contemporáneo del mercenario.

Suele enfatizarse el cambio de paradigma mencionado anteriormente, en relación con el fenómeno de la privatización de la guerra y el auge de las grandes compañías privadas como alternativa al concepto más tradicional de mercenario. Esto llegaría hasta el punto de afectar a uno de los elementos básicos del derecho internacional público clásico, basado en la prominencia de los Estados soberanos como titulares del monopolio del uso de la fuerza a través de sus ejércitos nacionales⁷⁶.

La consecuencia principal de este fenómeno es la dificultad de atribuir responsabilidad internacional ante el uso de estos grupos de mercenarios que revisten la forma jurídica propia de una compañía mercantil. Estos, como

⁷⁵ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38.1.d).

⁷⁶ Cowling, M. G. (2007). Outsourcing the military: Implications for international humanitarian law. *Op. cit.*

sujetos privados, difícilmente pueden ser objeto de represión en el plano internacional: *These firms are not accountable to international bodies*⁷⁷.

En todo ello subyace la denuncia generalizada de la ausencia de, no ya solo de un marco jurídico adecuado para abordar esta materia⁷⁸, sino siquiera de una definición adecuada del mercenario y útil en los tiempos presentes⁷⁹.

Por otro lado, conviene no perder de vista la aportación que ciertos autores españoles han hecho a este respecto. Especialmente, en lo relativo a la controversia entre los conceptos de mercenario y PMC/PSC, sus evidentes parecidos y diferencias, y el tratamiento jurídico propio de ambos⁸⁰.

Asimismo, se ha abordado la cuestión de la posible aplicación del derecho internacional humanitario sobre las actuaciones propias de los PMC/PSC y las reticencias que esto genera. Las mismas emanan no solo de las propias compañías, cosa esperable, sino también de muchos Estados, lo que constituye toda una declaración de intenciones⁸¹.

Finalmente, a modo de conclusión, citaremos una frase apócrifa tan jocosa como reveladora del medio dentro del cual nos desenvolvemos: *Cualquier mercenario que no puede excluirse a sí mismo de esta definición merece que lo fusilen, y a su abogado también*⁸².

5. LA DEFENSA DEL USO DE MERCENARIOS

5.1. INTRODUCCIÓN

Tras todo lo comentado y analizado previamente, es difícil no tener una visión negativa del soldado mercenario: un criminal sin escrúpulos ni respeto por las leyes de la guerra, siempre dispuesto a cometer toda clase de delitos por dinero.

⁷⁷ Botha, Ch. (2006). If you can't be with the ones you love, love the ones you're with: A critical analysis of the latest South African anti-mercenary legislation. *South African Yearbook International Law*. N.º 32, pp. 224-231.

⁷⁸ Gumedze, S. (ed.). (2008). Elimination of mercenarism in Africa (A need for a new continental approach). *ISS Monograph Series*. N.º147, pp. 7 y 14.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 30.

⁸⁰ Laborie Iglesias, M. (2012). *La privatización de la seguridad. Las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual*. Instituto Español de Estudios Estratégicos, pp. 65 y ss.

⁸¹ Laborie Iglesias, M. (2013). Empresas de seguridad, mercenarios y Derecho Internacional Humanitario. *Op. cit.*

⁸² *Ibid.*, p. 19.

Su única utilidad, para quienes los contratan, reside aparentemente en la difícil búsqueda de un vínculo o relación entre unos y otros. Sirviendo, por tanto, como un instrumento sombrío para la comisión de toda clase de tropelías y atropellos, sin que sea posible una depuración de responsabilidades por ello.

Sin embargo, como sabemos, el mundo no se compone de blancos o negros. En su mayoría, se diluye en una amplia y ambivalente gama de grises que nos permite romper, en cierta medida, con cualquier visión demoníaca que pueda tenerse sobre la figura del mercenario.

En ese mismo sentido, prácticamente cualquier análisis jurídico de una figura permite el descubrimiento de argumentos a favor y en contra de la misma, aún cuando el objeto de dicho examen sea un concepto tan denotado y cubierto de ilegalidad como el que aquí nos ocupa.

A la hora de encontrar causas de justificación del uso de mercenarios, podemos dividir estas en dos grandes bloques. El primero, más conservador y sosegado, reconoce la ilegalidad del mismo, a la par que propone una serie de circunstancias excepcionales que compensarían o permitirían su recurso.

El segundo bloque, en cambio, adopta una postura más atrevida y niega directamente el carácter ilícito de los soldados mercenarios, siempre dentro de determinados límites.

Todo ello, sin olvidar la existencia de argumentos no solo de carácter jurídico, sino también muchos otros de carácter técnico o militar favorecedores del uso de mercenarios. No deben escapar a nuestro análisis, en la medida en que muchas veces aparecen extremadamente entrelazados entre sí. Esta relación da, a su vez, a la aparición de argumentos de carácter mixto, que abarcan diversas facetas de ambos mundos.

Estas causas abarcan por igual tanto al combatiente a sueldo como a aquellos que les contratan o, de forma directa o indirecta, apoyan de alguna manera. Esto último incluye también a quienes favorecen la consumación de actividades mercenarias a través de conductas omisivas.

Sin embargo, siempre partimos de una importante e infranqueable línea roja: el respeto absoluto al derecho internacional público y al derecho internacional humanitario. El objeto de esta argumentación no es, en ningún caso, la justificación de crímenes internacionales o la defensa de la impunidad de los mismos. Toda infracción debe conllevar su respectivo castigo, así como el ineludible deber de persecución contra sus autores.

El foco de atención no se centra aquí sobre los posibles delitos cometidos por los mercenarios, sino en la propia figura en sí. El objetivo es la construcción de una versión alternativa de la misma, ajena a cualquier

previa presunción de criminalidad, y que facilite la creación de un marco jurídico más efectivo a la hora de abordar la cuestión mercenaria.

5.2. LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS

Partiendo de la base, elaborada en el capítulo anterior, de la existencia de una prohibición universal de la utilización de mercenarios, queda claro que la vulneración de dicha proscripción es generadora de responsabilidad internacional.

No obstante, al igual que en los ordenamientos internos, existen causas que permiten la atenuación o, incluso, la exención de responsabilidad internacional. Estas, tal y como plasma la jurisprudencia de la CIJ, no constituyen un mecanismo de legalización de situaciones prohibidas. En todo caso, permiten la existencia de una ilicitud sin posibilidad de reclamación por la misma⁸³.

Tradicionalmente, la delimitación de estas circunstancias ha sido extremadamente compleja, dado su origen consuetudinario y los tímidos intentos, a nivel de la Sociedad de Naciones e iberoamericano, de su codificación⁸⁴.

Por ello, a la hora de abordar este tema, nuestra principal referencia se materializa en un viejo conocido: el Proyecto de Artículos de la CDI sobre Responsabilidad Internacional de los Estados, cuyo capítulo quinto elabora una lista de causas de exclusión de la ilicitud internacional.

El primero de ellos apenas va a ser objeto de mención, dada su poca entidad a efectos de este trabajo: el consentimiento (art. 20). Su formulación es sencilla: si un Estado permite, de forma libre y previa, que otro cometa un hecho ilícito; este no da lugar a responsabilidad.

Sin embargo, es difícil imaginar un supuesto en el que un Estado consienta un eventual ataque proveniente de otro, ya sea con mercenarios o con su propio ejército estatal. Quizá, un supuesto de auxilio interestatal dentro de un conflicto bélico, en el cual el infractor colabora mediante el envío de tropas mercenarias al Estado ayudado.

El segundo caso, en cambio, sí que requiere necesariamente un análisis más pormenorizado: el ejercicio de la legítima defensa de acuerdo con los preceptos de la Carta de Naciones Unidas (art. 21).

⁸³ Asunto Projeť Gabčíkovo-Nagymaros. P. 6, par. 2.

⁸⁴ Documento A/CN.4/96, Responsabilidad Internacional: Informe preparado por F. V. García-Amador, Relator Especial. 2 de enero de 1956, pp. 200-204.

El uso de la fuerza está prohibido, fuera de los casos que recoge la propia Carta. Posiblemente, el más importante de ellos es la defensa propia ante un ataque armado por parte de otro Estado.

Si existe un principio de igualdad soberana entre los mismos, así como un deber de no injerencia en los asuntos internos y de respeto de la integridad estatal, es lógico que esto implique la facultad de autodefensa ante una vulneración violenta de los mismos, aunque implique el uso de la fuerza armada.

Lamentablemente, el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas presenta una redacción bastante elemental, sin posterior desarrollo legislativo o convencional. Por ello, a la hora de delimitar correctamente el alcance de esta legítima defensa, hemos de acudir a la jurisprudencia y la costumbre internacionales⁸⁵.

Este uso de la fuerza debe tener un carácter inmediato, consecuencia de una rápida reacción ante el ataque armado de otro Estado. De lo contrario, la noción defensiva comienza a desaparecer y a mezclarse con unas intenciones más cercanas a las represalias.

Del mismo modo, y en relación con esto último, la respuesta violenta debe ser no solo la única posible y efectiva ante la agresión. Además, esta debe conducirse de forma proporcionada, tanto en los resultados como en los medios⁸⁶.

Lo último nos resulta de especial interés. Los mecanismos de defensa deben poseer una intensidad asimilable a la del ataque sufrido. Parafraseando a Confucio, no cabe matar mosquitos a cañonazos.

No obstante, he aquí donde terminan las menciones a las características de los medios empleados para repeler el ataque armado. Siempre que sean proporcionados, son legítimos y no generan responsabilidad internacional.

Por consiguiente, resulta indiferente si los autores de esa respuesta son agentes oficiales, personificados en las Fuerzas Militares Estatales, o tropa mercenaria reclutada a tal efecto. De lo contrario, correríamos el riesgo de restringir los medios de defensa de los Estados⁸⁷.

El siguiente supuesto de la lista presenta, igualmente, escaso interés: un Estado lesionado por otro puede emplear contramedidas contra el mismo, sin posibilidad de incurrir por ello en responsabilidad internacional

⁸⁵ Regueiro Dubra, R. (2012). *La legítima defensa en derecho internacional*. Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Botha, Ch. (1999). *From mercenaries to «private military companies»: the collapse of the African state and the outsourcing of state security*. *Op. cit.*

(art. 22). Sin embargo, dentro de este caso no se admite el uso de la fuerza (para ello está el art. 21), por lo que no haremos más menciones al mismo.

Las violaciones del derecho internacional público no siempre son consecuencia del comportamiento más o menos intencionado de sus autores. En ocasiones, ocurren debido a un suceso extremo e imprevisto, imposibles de impedir por los agentes estatales.

Esta fuerza mayor (art. 23), por ese motivo, puede alegarse como exclusión de responsabilidad; al no poder exigirse al Estado un deber de diligencia superior al físicamente posible.

A continuación, hallamos el peligro extremo (art. 24), basado en la comisión, por parte de un agente u órgano estatal, de un ilícito internacional a fin de salvar su propia vida o la de terceras personas con las que tiene una especial vinculación.

Deben cumplirse dos condiciones: La situación de peligro debe haber nacido únicamente como consecuencia del comportamiento de quien invoca la causa de exclusión, y dicho ilícito no puede ser más peligroso o dañoso que aquel que se desea evitar.

Los mercenarios, especialmente tras el auge de las grandes compañías militares privadas, se caracterizan por su gran flexibilidad, así como por su fácil disponibilidad y rapidez de despliegue. Por ello, podría darse una situación de peligro o violencia en la que al Estado le resulte más adecuado recurrir a ellos antes que a sus propias fuerzas armadas.

En ese caso, dicho Estado podría oponer esta excepción ante cualquier intento de reclamación como consecuencia del uso de tropas mercenarias.

Esto presenta muchas similitudes con el estado de necesidad (art. 25), que permite la comisión de ilícitos internacionales como medio de salvaguarda de sus intereses fundamentales contra un peligro inminente.

Sin embargo, una vez más, encontramos ciertos matices de importancia: este estado de peligro no puede haber nacido como consecuencia de un comportamiento de quien lo invoca, ni puede perjudicar los intereses de otros Estados o de la comunidad internacional en su conjunto.

Como podemos ver, las diferentes causas de exención de la responsabilidad únicamente permitirían una utilización de mercenarios como medida de último recurso ante una situación excepcional. Esta requiere, en consecuencia, una actuación rápida y efectiva para la salvaguarda de determinados intereses de gran importancia.

Sin embargo, estas posibilidades no son espacios dentro de los cuales el uso de mercenarios se considera lícito. Realmente, son el resultado de una ponderación entre los perjuicios que estos conllevan frente a los que

produciría la lesión de los intereses en peligro, en las que ganan estos últimos.

En consecuencia, lo único que admiten es un recurso cuya ilicitud persiste, pero contra la cual no existe reclamación posible.

Todo esto conecta con los argumentos ajenos a derecho a favor de los soldados mercenarios, en la medida en que son estos los que, precisamente, los convierten en un instrumento útil para la defensa de los intereses antes mencionados, a pesar de sus estatus de ilegalidad.

5.3. LOS ARGUMENTOS TÉCNICOS: HACIA UNA REGULARIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD MERCENARIA

La del mercenario es una institución antigua y arraigada, presente en el mundo prácticamente desde que los hombres descubrieron que podían utilizar las piedras para lanzárselas los unos a los otros. Es un fenómeno tan propio del ser humano y tan presente y persistente que ha trascendido su ámbito puramente militar y bélico, utilizándose en el habla coloquial el término «mercenario» con diversas acepciones distintas de su significado original,

Los pensadores y políticos pacifistas del periodo de entreguerras fallaron en su intento de obligar a los Estados a renunciar a la guerra y a la carrera de armamentos. Este fracaso se materializó en el estallido de un conflicto muchísimo más destructivo y letal que aquel que había originado esta corriente pensadora antibelicista: la Segunda Guerra Mundial.

La consecuencia de este cataclismo definitivo se materializó en el nacimiento de Naciones Unidas y la consagración, por fin, de la prohibición del uso de la fuerza y del arreglo pacífico de controversias. Indudablemente, desde 1945 hasta nuestros días hemos sido testigos de uno de los periodos más pacíficos, sino el que más, de toda la Historia.

Sin embargo, esto no significa, en absoluto, que exista una ausencia de conflictos bélicos. Estos han surgido de forma continua y constante, a lo largo de todo el mundo, algunos de ellos con un elevadísimo coste en vidas.

Por tanto, las Naciones Unidas han fracasado en su ambiciosísimo (e irreal) intento de poner freno al uso indiscriminado de la fuerza por parte de los Estados. No obstante, también es cierto que, en el camino, se han logrado enormes avances en la materia; refrenando, mas no erradicando, las tendencias belicosas de los mismos.

Hallamos un paralelismo en el tratamiento dado por la ONU a la cuestión mercenaria. No solo no ha sido capaz de eliminarlos, sino que tampoco ha impedido su auge desmedido durante los últimos veinte años. Pero, al mismo tiempo, ha visibilizado enormemente una cuestión hasta entonces ignorada, causa de muchos abusos, y ha elaborado mecanismos tendentes a su persecución y a la desaparición de su tradicional impunidad.

Por otro lado, las mismas Naciones Unidas, a la par que proscribía el uso de la fuerza, reconoce la existencia de una serie de causas dentro de las cuales este se convierte en un instrumento válido para la defensa de ciertos intereses.

Estas causas excepcionales no se fundamentan en una concepción de la fuerza como un medio legítimo, sino en ser el único apropiado y efectivo para la defensa de dichos valores y principios, a los cuales se les da un valor casi superlativo. Por ello, aún dentro de estos supuestos autorizados, está sujeto a diversos requisitos, condiciones y restricciones.

El mercenario es un instrumento a través del cual se materializa el uso de la fuerza. A la vista del fracaso a la hora de prohibir las actividades mercenarias, una posible solución se encuentre en su regulación más que en su proscripción. Y ello con la intención de, tal y como ocurre con las Fuerzas Armadas Estatales, se utilice únicamente como medio de defensa de intereses legítimos.

Así, el mercenario se convertiría en una alternativa a los ejércitos nacionales permanentes, sujetos a las mismas restricciones en su actuación y al mismo deber de respeto del derecho internacional humanitario y las leyes de la guerra.

Esta visión del mercenario es, seguramente, difícilmente imaginable, especialmente si tenemos en cuenta la concepción criminal actualmente predominante, profusamente difundida por Naciones Unidas. Este arquetipo no es, en absoluto, falso o engañoso, pero ignora aquellos casos en las tropas mercenarias no solo no supusieron un perjuicio, sino un beneficio, dentro de una situación de conflicto.

El caso más famoso, sin duda, fue protagonizado por los miembros de Executive Outcomes que, durante la primera mitad de la década de 1990, pusieron fin en cuestión de pocos meses a las largas y terribles guerras civiles de Angola y Sierra Leona.

En ambos casos, combatieron y destruyeron a grupos rebeldes extremadamente violentos y brutales con un coste humano y económico mínimo, permitiendo respectivamente la firma de los Acuerdos de Lusaka y la

cesión del poder a un gobierno democráticamente electo⁸⁸. Ninguna misión de paz de Naciones Unidas puede presumir de tal eficacia y eficiencia^{89,90}.

Por lo general, los mercenarios suelen categorizarse como una «amenaza» hacia estos Estados pobres y políticamente inestables. Sin embargo, puede defenderse también la postura contraria.

Muchos Estados africanos (como ocurría en Sierra Leona y Angola cuando contrataron a Executive Outcomes) carecen de la infraestructura y la capacidad económica para mantener un ejército permanente y efectivo. La falta de equipo y entrenamiento adecuado, junto con una administración corrupta acaparadora del dinero destinado a pagar a los soldados, obliga a estos a recurrir al saqueo y a los abusos contra la población civil, convirtiéndola en una masa indisciplinada e incapaz de cumplir con sus funciones.

En consecuencia, el uso de mercenarios es el único medio a través del cual estos Estados pueden contar con una fuerza militar efectiva, capaz de repeler tanto los movimientos insurreccionales internos (incluyendo también a grupos terroristas como Boko Haram o Al-Qaeda) como un eventual ataque externo.

Por ello, como se ha mencionado anteriormente, la inexistencia de los mercenarios podría privar a muchos Estados de un medio imprescindible para su defensa.

No cabe duda, por tanto, de que los mercenarios pueden emplearse para fines flagrantemente criminales y abominables, así como otros perfectamente legítimos, loables e, incluso, necesarios. En consecuencia, cualquier intento regulacionista (que no prohibicionista) de la actividad mercenaria debe partir de una visión realista de la misma, con conciencia de sus luces y sombras; para así fomentar las primeras y combatir las segundas.

Dado que arrancamos de una concepción de los grupos mercenarios como análogos a los ejércitos nacionales, solo los Estados pueden estar legitimados para recurrir a ellos, en la medida en que el uso de la fuerza es una facultad, a ojos del derecho internacional público, exclusiva de los mismos.

Del mismo modo, las funciones de estas tropas privadas se restringen a, precisamente, las mismas actividades desempeñadas por los miembros

⁸⁸ Global Security. (2017). *Executive Outcomes*. [Consulta: 12 enero 2021]. Disponible en: <https://www.globalsecurity.org/military/world/para/executive-outcomes.htm>.

⁸⁹ Soldiers of Misfortune: *War of Diamonds (Executive Outcomes in Sierra Leone)*. [Consulta: 12 enero 2021]. Disponible en: <http://www.soldiers-of-misfortune.com/history/eo-sierra-leone.htm>.

⁹⁰ *How are we funded*. Página oficial de los Cascos Azules de Naciones Unidas. [Consulta: 12 enero 2021]. Disponible en: <https://peacekeeping.un.org/en/how-we-are-funded>

de unas fuerzas armadas estatales. Les son exigibles, en consecuencia, los mismos deberes en relación al uso legítimo de la fuerza y el respeto al derecho de los conflictos y al derecho internacional público .

El objeto de prohibición y persecución no debe ser la propia figura del mercenario, sino las actividades ilícitas que este pueda desempeñar en el ejercicio de sus funciones. El régimen de responsabilidad debe, igualmente, equipararse al de un agente estatal oficial. Es decir, en el consiguiente deber de reparación para el Estado que representa y las consecuencias penales que, a nivel interno o internacional, pueda tener para el individuo infractor.

Esto implica necesariamente la salida de la actividad mercenaria de la zona de oscuridad en la que tradicionalmente ha estado envuelta. La transparencia es imprescindible para la determinación del Estado contratante y la adecuada depuración de responsabilidades si fuera necesario.

La primera herramienta que viene a la mente a fin de alcanzar este objetivo es, seguramente, el establecimiento de un registro de grupos y compañías mercenarias. Sin embargo, dado el fracaso de esta medida dentro del ámbito de las empresas de PMC/PSC⁹¹, la publicidad debería centrarse más bien en los contratos concretos celebrados entre aquellos y los Estados; más que en la elaboración de una lista global y genérica.

El afán por la transparencia debe igualmente acompañarse de una desestigmatización de la profesión mercenaria, en un intento de normalización y de abandono de la tradicional concepción que pende sobre la misma. Esta se basa, generalmente, en una imagen criminalizada del mercenario, ajena a toda clase de escrúpulo y motivada únicamente por el lucro personal.

En cualquier caso, toda esta teoría sobre la regulación del mercenario resulta inútil si no partimos de una definición del mismo. Cuestión, como hemos visto durante buena parte de este trabajo, hartamente complicada y causa del fracaso de muchos instrumentos legales previos.

Cualquier intento definitivo debe ser sencillo y concreto, acotando aquellos puntos nublados y ambiguos que tradicionalmente han caracterizado los intentos anteriores.

En primer lugar, debe determinarse quién puede ser mercenario. Casi siempre se habla de individuos particulares, concepto anticuado, que no existe, que no tiene en cuenta la *mercantilización* de la guerra a través de las grandes compañías militares y de seguridad privada.

Seguidamente, hay que abordar las funciones que los mercenarios pueden desempeñar de forma lícita. La fórmula más sencilla, seguramente,

⁹¹ Documento A/HRC/15/25. *Op. cit.*

esté en equipararlas a aquellas que correspondan a las fuerzas armadas nacionales, de acuerdo con la normativa interna de cada Estado.

El objetivo es evitar la confusión dada por la propuesta del Grupo de Trabajo sobre los Mercenarios de una convención para las compañías de PMC/PSC. Aquí, la frontera entre lo legal y lo ilícito está en las ambiguas *funciones inherentes al Estado*⁹².

Sin embargo, dadas las dificultades para trazar adecuadamente las fronteras entre lo que es o no inherente al Estado, resulta mucho más sencillo la localización de este límite dentro de las atribuciones que cada uno reserva a sus fuerzas armadas.

Resulta, por tanto, indiferente si la contratación de mercenarios busca el cumplimiento de tareas militares auxiliares o la participación directa en el combate: la calificación y consecuencias jurídicas es la misma para ambos casos.

En consecuencia, nuestra propuesta de definición de un soldado mercenario podría formularse de la siguiente manera: «cualquier persona o grupo de personas, con independencia de la forma jurídica en la que se agrupen, contratada por un Estado para el desempeño de funciones que su legislación interna atribuye a sus fuerzas armadas; sometida en todo caso a la Carta de Naciones Unidas y al Derecho Internacional de los conflictos y humanitario».

Esta definición sin duda no puede estar exenta de defectos y críticas. Sin embargo, a nuestro juicio, reúne los requisitos necesarios para considerarse adecuada. Es lo bastante amplia como para ser efectiva, pero delimitando su contenido con la suficiente concreción como para no quedar vacía de contenido por abarcar más de lo que resulta posible.

En cualquier caso, no cabe duda de que supera uno de los graves defectos de los intentos definitorios previos: la estrechez de su ámbito de su aplicación⁹³, fruto de la visión anticuada del mercenario de la que estos partían.

A partir de aquí, es posible un cambio radical en la concepción del mercenario, cimentado en los fracasos de décadas anteriores, y con el horizonte en la eliminación no ya del mercenario en sí, sino de los terribles crímenes que tradicionalmente se le han atribuido y de la impunidad que siempre ha acompañado a su actuar.

⁹² Véanse pp. 122-123 de este trabajo.

⁹³ Observaciones del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre actividades mercenarias en África. 4 de febrero de 2019. Disponible en: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2019-02-04/secretary-generals-remarks-the-security-council-mercenary-activities-africa-bilingual-delivered>

6. CONCLUSIÓN

El objetivo de este trabajo era doble. En primer lugar, un análisis del estatus actual de los soldados mercenarios, haciendo una somera mención a su evolución y desarrollo a lo largo de la historia.

En segundo lugar, un estudio puramente jurídico del estado legal, pasado y presente, de los mercenarios, así como los distintos de modificar el mismo. Todo ello sin perder un análisis igualmente técnico, desglosando la miríada de actividades que los mismos desempeñan.

El resultado de este examen no es nada halagüeño para quienes desarrollan estas actividades. Lo mismo podría decirse para quienes, bajo una incontable variedad de pretextos (y pocos de ellos buenos o justificables), hacen uso de sus servicios.

El motivo de esto es simple: el estado actual del derecho internacional público proscribde de forma rotunda el uso de mercenarios. Esta se articula como un ente ilegal en sí mismo, con independencia de los actos concretos en los que puedan verse envueltos.

La criminalización de la figura afecta igualmente a sus potenciales clientes, así como a quienes de alguna manera les presten cualquier tipo de apoyo. En consecuencia, tanto el propio hecho de ser mercenario como la interacción con ellos sufren la repulsa y enérgica condena del derecho internacional.

Sin embargo, observamos un gigantesco abismo que separa a los dictados de las normas internacionales de los efectos de las mismas sobre la realidad.

Cuesta creer que el derecho consuetudinario, manifestación directa de la voluntad de la comunidad internacional en su conjunto a lo largo del tiempo, sea la base de nuestra formulación de la existencia de una prohibición de las actividades mercenarias. Precisamente, porque es esa misma comunidad internacional quien hace un uso masivo de las mismas a lo largo y ancho del planeta.

Naciones Unidas entra dentro de esta amplia lista de clientes, lo cual incrementa aún más esta brecha entre teoría y realidad práctica. Dado que la criminalización de la figura del mercenario es, sin duda, consecuencia de esta organización, esto puede sorprender e incluso indignar a más de uno; resultando muy difícil no calificar esta situación como pura hipocresía⁹⁴.

⁹⁴ Jurriaans, K.-J. *Mercenarios para la ONU: Se buscan*. Publicado en Inter Press Service el 12 de julio de 2012. *Op. cit.*

Existe por tanto, una dicotomía en relación a la auténtica voluntad de la sociedad internacional respecto de la cuestión mercenaria. La gran cantidad de material convencional y consuetudinario relativo a su prohibición choca con el uso masivo y cada vez más en auge de mercenarios por todo el mundo.

Da la impresión, en consecuencia, que todos estos intentos prohibicionistas, más que una muestra de buena voluntad, son un burdo intento de salvaguardar las apariencias frente a las flagrantes violaciones de derechos humanos cometidas por los mercenarios. Sin que exista, realmente, intención de poner fin a las mismas y seguir haciendo uso de ellos de forma encubierta y, sobre todo, impune.

Otra posibilidad, más retorcida aún, quizá se encuentre en la voluntad de estos agentes de articular una prohibición de los mercenarios que se proyecte únicamente hacia terceros. Así, mientras se prohíbe y persigue a quienes hacen uso de los mismos, los propios autores de estas normas las vulneran a voluntad.

A modo de ejemplo, buena parte de los pocos Estados firmantes de la Convención de Naciones Unidas de 1989 son africanos, vinculados, a su vez, por la de la OUA de 1977. Sin embargo, esta triple prohibición (las dos convencionales y la consuetudinaria) no es obstáculo para que hagan un uso recurrente de mercenarios dentro de la multitud de conflictos que sacuden a este continente⁹⁵.

Una vez constatado el estado de las actividades mercenarias, tanto en el plano legal como en el de la realidad física, pasamos al segundo bloque de este trabajo: la confirmación de lo inadecuado de dicha situación y, a modo de respuesta, el planteamiento de una vía alternativa.

La incapacidad del derecho para modificarse e implementarse en la realidad social evidencia la ineficacia del mismo. Las opiniones acerca de por qué esta surge pueden ser variadísimas, y una de ellas puede ser, perfectamente, una excesiva ambición legislativa.

No olvidemos, al fin y al cabo, que el derecho internacional funciona de manera muy diferente al interno. Las capacidades coactivas de las normas internacionales dependen, en última medida, del deseo de cada Estado de acatarlas. No existe, de forma predeterminada y previa, un ente con *imperium* capaz de juzgar a los Estados.

⁹⁵ Boutellis, A. (2019). Are Mercenaries Friends or Foes of African Governments and the UN? *International Peace Institute Global Observatory*. Disponible en: <https://theglobalobservatory.org/2019/02/are-mercenaries-friends-foes-africa-un/>

Por ello, una política legislativa tan marcadamente prohibicionista, como ocurre dentro del ámbito mercenario, debe tener escasas expectativas de éxito. Y, a nuestro juicio, existen motivos más que suficientes para afirmar que así ha ocurrido dentro del campo que nos ocupa.

En consecuencia, hemos de abordar la prohibición de los mercenarios no como un fin en sí mismo, sino como un medio para la protección de una serie de derechos. Y, dado que el abolicionismo ha resultado inadecuado para este fin, tal vez logremos un mejor resultado a través de mecanismos más laxos.

El camino pasa, necesariamente, por la ruptura de los estigmas que tradicionalmente han acompañado al soldado mercenario. El objetivo es alejarlo del aura de criminalidad que lo rodea, buscando su reconversión hacia una suerte de análogo al militar estatal, con todos los derechos y deberes que ello implica.

Esta postura podría observarse como un blanqueamiento de la profesión mercenaria, como el otorgamiento de protección legal a individuos responsables, a lo largo de décadas, de toda clase de crímenes.

Nada más lejos de la realidad, pues el fin de este planteamiento es, precisamente, el combate contra la tradicional impunidad con la que los mercenarios desempeñan sus funciones.

Su consideración automática como agentes estatales (sin recurrir a la intrincada vía del art. 8 del Proyecto de la CDI) supone, aún a costa de otorgarles la protección legal que disfrutaban los soldados regulares, una mayor facilidad de atribución y depuración de responsabilidades.

Esto daría lugar a un control más rígido por parte del Estado contratante y, en consecuencia, a una reducción en los abusos perpetrados por los mercenarios.

Se busca, en conclusión, la articulación de un mecanismo apropiado y efectivo para una serie de principios, valores y derechos imprescindibles para un funcionamiento mínimamente adecuado de la sociedad internacional; que afectan tanto a los Estados como entes jurídicos como a los individuos.

A pesar del precio que este implica, sobre todo en concesiones hasta quienes hasta ahora habían sido considerados terribles criminales, la ponderación entre el mismo y aquello a proteger resulta, a nuestro juicio, razonable.

BIBLIOGRAFÍA

Leyes, tratados y convenciones

- I Protocolo adicional a las Convenciones de Ginebra de 1949, 1977.
III Convención de Ginebra, 1949.
IV Convención de Ginebra, 1949.
Carta de las Naciones Unidas, 1945.
Código Penal, 1992 (Francia).
Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, 1989.
Convención para la Eliminación del Mercenariado, 1977.
Convenio de Viena de 1968.
Convenio de Viena de 1969.
Prohibition of Mercenary Activities and Regulation of Certain Activities in Country of Armed Conflict Act, 2006 (República de Sudáfrica).
Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados, 2001.
Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad Internacional de las Organizaciones Internacionales, 2011.
Strafgesetzbuch, 1871 (Alemania).

Sentencias

- Asunto *Barcelona Traction*, CIJ, 1970.
Asunto *Caire*, Comisión de Reclamaciones entre México y Francia, 1929.
Asunto *de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, CIJ, 1986.
Asunto *de las diferencias relativas a la inmunidad de jurisdicción de un relator especial de la comisión de derechos humanos*, CIJ, 1999.
Asunto *de las reparaciones por daños sufridos al servicio de Naciones Unidas*, CIJ, 1949
Asunto *del canal de Corfú*, CIJ, 1949.
Asunto *del tratamiento de los nacionales polacos*, CPJI, 1932.
Asunto *Mallén*, Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos, 1927.
Asunto *Phillips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones entre EE. UU. e Irán, 1989.
Asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, CIJ, 1997

Asunto *relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, CIJ, 1980.

Asunto *Salvador Commercial Company*, Comisión mixta de reclamaciones EE. UU., El Salvador, 1902

Asunto *Tádic*, Sala de Apelación del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, 1995.

STS 2/1998, de 29 de julio, Roj STS 8421/1998, ECLI: TS:1998:8421.

Documentos de Naciones Unidas

Documento A/56/10. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53.º periodo de sesiones (23 de abril a 1.º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001).

Documento A/66/10. Yearbook of the International Law Commission. Vol. II, Part Two.

Documento A/CN.4/96, *Responsabilidad Internacional: Informe preparado por F. V. García-Amador, Relator Especial*. 2 de enero de 1956.

Documento A/CN.4/SER.A/1963, Yearbook of the International Law Commission. Vol. I.

Documento A/CN.4/SR6. 1949 Yearbook of the International Law Commission.

Documento A/HRC/15/25, Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación. 5 de julio de 2010.

Documento A/HRC/24/45/Add.1, Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el derecho de los pueblos a la libre determinación. Adición. Misión a Honduras (18 a 22 de febrero de 2013). 5 de agosto de 2013.

Documento E/CN.4/2006/61. Ertürk, Yakin. The due diligence standard as a tool for the elimination of violence against women. *Special Rapporteur's report to the 62nd session of the Commission on Human Rights*.

Resoluciones de Naciones Unidas

Resolución Asamblea General 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960.

Resolución Asamblea General 2395 (XXIII) de 29 de noviembre de 1968.

Resolución Asamblea General 2548 (XXIV) de 11 de diciembre de 1969.
Resolución Asamblea General 2708 (XXV) de 14 de diciembre de 1970.
Resolución Asamblea General 3103 (XXVIII) de 12 de diciembre de 1973.
Resolución Asamblea General 140 (XXXIV) de 14 de diciembre de 1979.
Resolución Asamblea General 192 (XXXIV) de 11 de febrero de 1980.
Resolución Asamblea General 48 (XXXV) de 4 de diciembre de 1980.
Resolución Asamblea General 76 (XXXVI) de 4 de diciembre de 1981.
Resolución Asamblea General 109 (XXXVII) de 16 de diciembre de 1982.
Resolución Asamblea General 137 (XXXVIII) de 19 de diciembre de 1983.
Resolución Asamblea General 84 (XXXIX) de 13 de diciembre de 1984.
Resolución Asamblea General 74 (XL) de 11 de diciembre de 1985.
Resolución Asamblea General 80 (XLI) de 3 de diciembre de 1986.
Resolución Asamblea General 102 (XLI) de 4 de diciembre de 1986.
Resolución Asamblea General 96 (XLII) de 7 de diciembre de 1987.
Resolución Asamblea General 155 (XLII) de 7 de diciembre de 1987.
Resolución Asamblea General 107 (XLIII) de 8 de diciembre de 1988.
Resolución Asamblea General 168 (XLIII) de 9 de diciembre de 1988.
Resolución Asamblea General 34 (XLIV) de 4 de diciembre de 1989.
Resolución Asamblea General 81 (XLIV) de 8 de diciembre de 1989.
Resolución Asamblea General 132 (XLV) de 14 de diciembre de 1990.
Resolución Asamblea General 86 (XLVI) de 16 de diciembre de 1991.
Resolución Asamblea General 84 (XLVII) de 16 de diciembre de 1992.
Resolución Asamblea General 92 (XLVIII) de 16 de febrero de 1994.
Resolución Asamblea General 138 (L) de 21 de diciembre de 1995.
Resolución Asamblea General 83 (LI) de 12 de diciembre de 1996.
Resolución Asamblea General 112 (LII) de 12 de diciembre de 1997.
Resolución Asamblea General 135 (LIII) de 9 de diciembre de 1998.
Resolución Asamblea General 326 (LIV) de 7 de septiembre de 1999.
Resolución Asamblea General 151 (LIV) de 17 de diciembre de 1999.
Resolución Asamblea General 86 (LV) de 4 de diciembre de 2000.
Resolución Asamblea General 232 (LVI) de 24 de diciembre de 2001.
Resolución Asamblea General 196 (LVII) de 18 de diciembre de 2002.
Resolución Asamblea General 162 (LVIII) de 22 de diciembre de 2003.
Resolución Asamblea General 178 (LIX) de 20 de diciembre de 2004.
Resolución Asamblea General 151 (LXI) de 19 de diciembre de 2006.
Resolución Asamblea General 63 (LXII) de 9 de marzo de 2007.
Resolución Asamblea General 145 (LXII) de 18 de diciembre de 2007.
Resolución Asamblea General 203 (LXIII) de 21 de diciembre de 2010.
Resolución Asamblea General 145 (LXII) de 18 de diciembre de 2007.
Resolución Asamblea General 164 (LXIII) de 18 de diciembre de 2008.

Resolución Asamblea General 151 (LXIV) de 18 de diciembre de 2009.
Resolución Asamblea General 203 (LXV) de 21 de diciembre de 2010.
Resolución Asamblea General 147 (LXVI) de 19 de diciembre de 2011.
Resolución Asamblea General 169 (LXVII) de 20 de diciembre de 2012.
Resolución Asamblea General 69 (LXVIII) de 27 de marzo de 2013.
Resolución Asamblea General 152 (LXVIII) de 18 de diciembre de 2013.
Resolución Asamblea General 163 (LXIX) de 18 de diciembre de 2014.
Resolución Asamblea General 142 (LXX) de 17 de diciembre de 2015.
Resolución Asamblea General 182 (LXXI) de 19 de diciembre de 2016.
Resolución Asamblea General 158 (LXXII) de 19 de diciembre de 2017.
Resolución Asamblea General 159 (LXXIII) de 17 de diciembre de 2018.
Resolución Consejo de Seguridad 226 (1966) de 14 de octubre.
Resolución Consejo de Seguridad 239 (1967) de 19 de junio.
Resolución Consejo de Seguridad 241 (1967) de 15 de noviembre.
Resolución Consejo de Seguridad 405 (1977) de 14 de abril.
Resolución Consejo de Seguridad 419 (1977) de 24 de noviembre.
Resolución Consejo de Seguridad 507 (1982) de 28 de mayo.
Resolución ECOSOC 1986/43 de 23 de mayo.
Resolución Consejo de Derechos Humanos 4 (XXXIII) de 29 de septiembre de 2015.

Libros y manuales

Andrew, Ch. y Mitrokhin, V. (1985). *The Sword and the Shield: The Mitrokhin Archive and the Secret History of the KGB*. New York, Basic Books.
Mañes Postigo, J. (2016). *Soldados sin bandera*. Madrid, Magase.
Regueiro Dubra, R. (2012). *La legítima defensa en derecho internacional*. Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa.
Salinas de Frías, A. (2015). *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid, Tecnos.

Artículos doctrinales

Botha, Ch. (1999): From mercenaries to «private military companies»: the collapse of the African state and the outsourcing of state security. *South African Yearbook of International Law*. N.º 24, pp. 133-148.

- Cowling, M. G. (2007). Outsourcing the military: Implications for international humanitarian law. *South African Yearbook of International Law*. N.º 32, pp. 312-344.
- Crawford, J. (2009). Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. *United Nations Audiovisual Library of International Law*.
- Gómez del Prado, J. L. (2018). The Crime of Mercenarism: A Challenge for the Judges of the New African Court. En: Jalloh, Ch. C., Clarke, K. M. y Nmeihelle, V. O. *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge University Press. Pp. 449-476.
- Gumedze, S. (ed.). (2008). Elimination of mercenarism in Africa (A need for a new continental approach). *ISS Monograph Series*. N.º 147.
- Irigoin Barrenne, J. (2005). La codificación de la costumbre internacional. *Revista de la Facultad de Derecho* (Universidad de Chile). N.º 8, pp. 181-194.
- Irigoin Barrenne, J. (2011). Costumbre internacional. *Columna de opinión*. Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos. Ministerio de Defensa nacional. Disponible en: <https://www.anepe.cl/costumbre-internacional/>
- Laborie Iglesias, M. (2012). La privatización de la seguridad. Las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*.
- Laborie Iglesias, M. (2013). Empresas de seguridad, mercenarios y derecho internacional humanitario. *Cuadernos de estrategia*. N.º 160, pp. 261-299.
- . (2015). Nigeria recurre a contratistas de seguridad en su lucha contra Boko Haram. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*. N.º 29/2015.
- Lagerwall, A. (2015). Jus cogens, *Oxford Bibliographies*. Disponible en: <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0124.xml>
- López Martín, A. G. (2001). La codificación del Derecho Internacional en el umbral del siglo XXI. Luces y sombras en la labor de la CDI. *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*. N.º16, pp. 367-390.
- Murga Martínez, J. L. (2014). El repliegue de las tropas españolas de Badghis (Afganistán). *Revista Ejército*. N.º 878 extraordinario, pp. 76-81.

- Negro Alvarado, D. M. (2002). El caso de los rehenes estadounidenses en Teherán y el Proyecto de Artículos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. *Agenda Internacional*. Año VII, n.º 16, pp. 161-177.
- Quiroz, D. (2007). Expanding International Law to non-state actors (The corporation). *South African Yearbook of International Law*. N.º 32, pp. 66-84.
- Ugarriza, J. E. y Nussio, E. (2015). ¿Son los guerrilleros diferentes de los paramilitares? Una integración y validación sistemática de estudios motivacionales en Colombia. *Análisis Político*. Vol. 28, n.º 85, pp. 189-211.
- Vallarta Marrón, J. L. (2010). La argumentación jurídica en torno al *ius cogens* internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. 10, pp. 11-47.

Artículos de prensa

- El número de funcionarios civiles del Ministerio de Defensa ha caído un 27% en la última década*. Publicado en Europa Press el 31 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-numero-funcionarios-civiles-ministerio-defensa-caido-27-ultima-decada-20180331110938.html>
- Equatorial Guinea «stops coup attempt by mercenaries»*. Publicado en BBC NEWS, 3 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-africa-42557638>
- Jurriaans, K.-J.. *Mercenarios para la ONU: Se buscan*. Publicado en Inter Press Service el 12 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.ipsnoticias.net/2012/07/mercenarios-para-la-onu-se-buscan/>
- Pallister, D. y Sturcke, J. *Simon Mann gets 34 years in Equatorial Guinea jail*. Publicado en The Guardian el 7 de julio de 2008. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2008/jul/07/equatorialguinea>.
- SA Mercenaries «do not face jail»*. Publicado en BBC NEWS, 6 de noviembre de 2009. Disponible en: <http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/2/hi/africa/8346176.stm>
- The Bussiness of War in Africa*. Publicado en The New York Times el 8 de agosto de 1999. Disponible en: <https://www.nytimes.com/1999/08/08/opinion/the-business-of-war-in-africa.html>

Páginas web, recursos electrónicos y miscelánea.

- Air America: Upholding the Airmen's Bond. Biblioteca electrónica de la CIA, *Freedom of Information Act Electronic Reading Room*. Disponible en: <https://www.cia.gov/library/readingroom/collection/air-america-upholding-airmens-bond>
- Boutellis, A. (2019). Are Mercenaries Friends or Foes of African Governments and the UN? *International Peace Institute Global Observatory*. Disponible en: <https://theglobalobservatory.org/2019/02/are-mercenaries-friends-foes-africa-un/>
- Documental *Shadow Company*, dirigido por Jason Bourque y Nick Bicanic, 23 de agosto de 2006.
- Documento oficial de la UA: *List of countries which have signed, ratified/acceded to the OAU convention for the elimination of mercenarism in Africa*. 15 de junio de 2017. Disponible en: https://au.int/sites/default/files/treaties/7768-sl-oau_convention_for_the_elimination_of_mercenarism_in_africa_1.pdf
- Enciclopedia Britannica*. Disponible en: <https://www.britannica.com/>
- Estado de firma y ratificación de todos los tratados elaborados por la ONU. Disponible en: <https://treaties.un.org>
- Global Security (2017). *Executive Outcomes*. Disponible en: <https://www.globalsecurity.org/military/world/para/executive-outcomes.htm>. [Consultado por última vez el 12 de enero de 2021 a las 17:51 horas].
- Observaciones del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre actividades mercenarias en África. 4 de febrero de 2019. Disponible en: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2019-02-04/secretary-generals-remarks-the-security-council-mercenary-activities-africa-bilingual-delivered>
- Página oficial de las Fuerzas Armadas Españolas. Disponible en: <http://www.reclutamiento.defensa.gob.es/como-ingresar/tropa-marineria/ingresar/normativa-extranjeros/>. [Consultado por última vez el 12 de enero de 2021 a las 17:53 horas].
- Página oficial de los Cascos Azules de Naciones Unidas: *How are we funded*. Disponible en: <https://peacekeeping.un.org/en/how-we-are-funded>. [Consultado por última vez el 12 de enero de 2021 a las 17:53 horas].
- Página oficial de Private Security Monitor. Disponible en: http://psm.du.edu/articles_reports_statistics/data_and_statistics.html. [Consultado por última vez el 12 de enero de 2021 a las 17:54 horas].

Soldiers of Misfortune: *War of Diamonds (Executive Outcomes in Sierra Leone)*. Disponible en: <http://www.soldiers-of-misfortune.com/history/eo-sierra-leone.htm>. [Consultado por última vez el 12 de enero de 2021 a las 17:53 horas].

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS Y LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

Alfonso López Feria
Comandante auditor

Resumen

La aparición de las nuevas tecnologías y la utilización de las mismas en nuestro día a día ha dado origen a la proclamación de un nuevo derecho fundamental, que ha de entenderse englobado dentro del catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas protegidos en La Constitución, recibiendo la denominación actual de «derecho del individuo al entorno digital», del cual forma parte el derecho a la protección de datos. El objeto del presente trabajo es la injerencia en el derecho a la protección de datos en el marco de las investigaciones judiciales, por lo que resulta necesario analizar para ello la naturaleza, ámbito y contenido de tal derecho, precisando cuáles son esos datos de carácter personal que aparecen protegidos en el marco de las investigaciones judiciales y los límites al mismo.

Palabras clave: Protección de datos, comunicaciones, entorno digital, nuevas tecnologías.

Abstract

The appearance of new technologies and the use of them in our day to day has given rise to the proclamation of a new fundamental right, which must be understood within the catalog of fundamental rights and public

freedoms protected in the Constitution, receiving the current denomination of «right of the individual to the digital environment», of which the right to data protection is part. The object of this work is the interference in the right to data protection in the framework of judicial investigations, so it is necessary to analyze the nature, scope and content of such right, specifying what are those personal data that appear protected in the framework of judicial investigations and the limits to the same.

Keywords: Data Protection, Communications, Digital Environment, New Technologies.

Sumario

1. Introducción. 2. Naturaleza y ámbito del derecho a la protección de datos. Sustrantividad y autonomía respecto al derecho a la intimidad. 3. Contenido del derecho a la protección de datos. 3.1 *Datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas.* 3.2 *Datos los conservados por cualquier persona o entidad que pueda poseer estos datos por motivos comerciales o de otra índole.* 4. Límites al derecho a la protección de datos. 5. El estándar de gravedad de los delitos como parámetro del deber de cesión de los datos. 5.1 *Antecedentes. Las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de abril de 2014 y de 21 de diciembre de 2016.* 5.2 *Los pronunciamientos del Tribunal Supremo.* 5.3 *La cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la Audiencia Provincial de Tarragona.* 5.4 *La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de octubre de 2018.* 6. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías han penetrado en la sociedad y forman parte consustancial de la misma, facilitando e incrementando la comunicación interpersonal a través de múltiples dispositivos y el acceso inmediato a la información con independencia del lugar en el que nos encontremos. Los ordenadores, los teléfonos inteligentes, los llamados Smartphone, y los dispositivos de almacenamiento masivo generan y acumulan gran cantidad de datos con múltiples funcionalidades que pueden incidir en el derecho a la intimidad protegido en el artículo 18.1 de nuestra Constitución, en el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3, y, finalmente, en el derecho a la protección de datos protegido en el artículo 18.4.

La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías pro-

cesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, ha introducido una regulación detallada de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas como diligencia de investigación que limita el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, introduciendo una nueva regulación contenida en el Capítulo V, del Título VIII, del Libro II, en los artículos 588 ter a) y siguientes. Como dice su Exposición de Motivos: «La Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha podido sustraerse al paso del tiempo. Renovadas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos. Los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática advierten de las posibilidades que se hallan al alcance del delincuente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos».

En principio, podría pensarse que la novedosa regulación contenida en la Ley Orgánica 13/2015 afecta únicamente al derecho fundamental proclamado en el artículo 18.3 de la Constitución, relativo al secreto de las comunicaciones y, que, en consecuencia, el punto de partida de esta nueva regulación de la interceptación de las comunicaciones sigue siendo tal derecho fundamental plasmado en dicho precepto: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial». Ahora bien, la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 13/2015 va mucho más allá, afectando a otros dos derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad del artículo 18.1 y al derecho a la protección de datos del artículo 18.4 de nuestra Norma Fundamental.

La aparición de las nuevas tecnologías y la utilización de las mismas en nuestro día a día, ha dado origen a la proclamación de un nuevo derecho fundamental, que ha de entenderse englobado dentro del catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas protegidos en Nuestra Norma Fundamental, recibiendo la denominación actual, ya recogida por nuestro Tribunal Supremo, de «derecho del individuo al entorno digital»¹. Más allá del tratamiento constitucional fragmentado de estos tres derechos fundamentales, existe un derecho del individuo al propio entorno digital o virtual. Y, en tal derecho se integraría, sin perder su genuina manifestación de derecho constitucional de *nomen iuris* propio, toda la información contenida en formato electrónico y telemático que a través de las nuevas tecnologías van generando los usuarios y que forman parte del núcleo de

¹ Sentencia del Tribunal Supremo 462/2019, de 14 de octubre (Sala de lo Penal, Sección 1.ª).

estos tres derechos fundamentales. Y es así como surge la necesidad de otorgar una protección jurisdiccional frente a la acción del Estado y de los poderes públicos en aquellos supuestos de persecución e investigación de determinados delitos, en ese nuevo entorno digital.

Estos nuevos instrumentos tecnológicos de comunicación y de almacenamiento contienen, como se ha dicho, gran cantidad de datos, y el tratamiento de cada uno de estos datos de forma separada resulta insuficiente para garantizar una protección eficaz de los mismos. No se puede obviar que llevada a cabo la aprehensión física de estos dispositivos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por la Policía Judicial o acordada la misma en el marco de un procedimiento penal, una vez autorizado el acceso al contenido del mismo para investigar datos que afecten, por ejemplo, únicamente al derecho a la intimidad (como podrían ser los contactos de una agenda o fotografías), pueden ser hallados datos tutelados por el derecho al secreto de las comunicaciones o datos personales y de geolocalización amparados por el derecho a la protección de datos. Y, es por ello que el Legislador otorga un tratamiento unitario a los datos contenidos en los ordenadores, en los teléfonos móviles de nueva generación y en los dispositivos masivos de información, reveladores del perfil personal del investigado, configurando este derecho constitucional de nueva generación como es el derecho a la protección del propio entorno virtual.

La regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los artículos 588 bis a) y siguientes, plantea innumerables cuestiones tanto de índole jurídica como de carácter práctico, pues en cada caso, habrá que estar al derecho fundamental afectado, al objeto de determinar el tratamiento y aplicación de las medidas de investigación restrictivas de los mismos introducidos por la Ley Orgánica 13/2015, que, en su caso, van a limitar los mismos.

En estos dispositivos, como se ha señalado, nos encontramos con información que afecta al derecho fundamental a la protección de datos del artículo 18.4, y el Tribunal Supremo se refiere a los mismos como determinados datos personales o de geolocalización sin añadir más², por lo que se hace necesario precisar cuáles son esos datos que aparecen ahora protegidos dentro del entorno virtual del individuo.

Por tanto, el objeto del presente trabajo es la injerencia en el derecho a la protección de datos en el marco de las investigaciones judiciales, por lo

² Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo 349/2020, de 4 de junio, cita también el historial de geolocalización, navegación por internet, o el rastro de las distintas iniciativas que haya impulsado el usuario durante la utilización de las distintas utilidades o aplicaciones informáticas que tenga instaladas.

que resulta necesario analizar para ello la naturaleza, ámbito y contenido de tal derecho, precisando cuáles son esos datos de carácter personal que pueden verse afectados en el marco de las investigaciones judiciales y los límites al mismo.

2. NATURALEZA Y ÁMBITO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS. SUSTANTIVIDAD Y AUTONOMÍA RESPECTO AL DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la protección de datos aparece constitucionalizado en el artículo 18.4 de la Norma Suprema: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

El precepto incorpora una garantía constitucional para responder a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona. Tanto el Tribunal Constitucional³ como el Tribunal Supremo⁴, han venido sosteniendo que el derecho a la protección de los datos consagra en sí mismo un derecho o libertad fundamental que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 de la Constitución), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención.

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo 634/2019, de 19 de diciembre (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), la llamada libertad informática significa el derecho a controlar el uso de los datos de carácter personal y familiar que pueden recogerse y tratarse informáticamente (habeas data); en particular —como señala la doctrina— entre otros aspectos, la capacidad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención.

También ha perfilado las singularidades del derecho a la protección de datos indicando expresamente que su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad puesto que el derecho fundamental a la protección

³ Sentencias del Tribunal Constitucional 96/2012, de 7 de mayo, 254/2000, de 30 de noviembre, y 292/2000, de 30 de noviembre.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 438/2018, de 3 de octubre (Sala de lo Penal, Sección 1.^a).

de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado. En consecuencia, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos que se deriva del art. 18.4 de la Constitución no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 de la Constitución otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos que, por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos.

3. CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

El contenido del derecho a la protección de datos en el marco de las investigaciones judiciales viene constituido por los denominados datos de tráfico o asociados a un proceso de comunicación y los datos que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal trata de esos datos en el Capítulo V, del Título V, del Libro II, dentro de la regulación de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, en el artículo 588 ter b), al tratar del ámbito de la intervención de las comunicaciones, señalando en el apartado 2 que:

«La intervención judicialmente acordada podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación».

Este Capítulo finaliza con dos secciones que regulan la incorporación al proceso de datos de tráfico o asociados que se encuentren vinculados al proceso de comunicación, que requerirán siempre autorización judicial (artículo 588 ter j), y los artículos 588 ter k) a 588 ter m) que regulan el

acceso a determinados datos de identificación de usuarios o dispositivos que no requieren autorización judicial.

La Circular 2/2019, de la Fiscalía General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas⁵, señala que a la hora de determinar qué datos aparecen vinculados a procesos de comunicación y cuáles no, suele distinguirse entre datos de naturaleza dinámica y los de naturaleza estática. Los datos de naturaleza dinámica son los que se generan durante un proceso de comunicación, mientras que los datos de naturaleza estática son los que aparecen almacenados en las bases de datos de los prestadores de servicios de comunicación para posibilitar esas comunicaciones, pero no se generan como consecuencia de una comunicación concreta. Y, a esta conclusión conduce la definición que, sobre datos de tráfico ofrece el artículo 1.d) del Convenio sobre Ciberdelincuencia⁶, que señala que por datos de tráfico

«se entenderá cualesquiera datos informáticos relativos a una comunicación por medio de un sistema informático, generados por un sistema informático como elemento de la cadena de comunicación, que indiquen el origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño y duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente».

Continúa señalando la Circular 2/2019 que el debate en cuanto a la necesidad de autorización judicial, sin embargo, ya no está en la determinación de qué datos afectan al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. A la vista de la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueden ahora distinguirse dos categorías de datos: los vinculados a un proceso de comunicación, cuya incorporación al proceso se regirá por lo previsto en el artículo 588 ter j) (excepción hecha de la dirección IP en los casos que prevé el artículo 588 ter k) y el resto de datos de tráfico, no vinculados a procesos de comunicación, entre los que el legislador ha destacado en los artículos 588 ter l) y m), la numeración IMSI e IMEI y los datos de identificación de números telefónicos o los números que corresponden a un titular.

Resulta necesario precisar, dice la Circular 2/2019, también que, si bien la incorporación al proceso de datos de tráfico o asociados ya aparece prevista como un posible contenido de la interceptación de las comunicaciones

⁵ Circular 2/2019, de la Fiscalía General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, pp. 41 y ss. (BOE n.º 70, de 22 de marzo de 2019).

⁶ Convenio sobre Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. Instrumento de Ratificación de 20 de mayo de 2010 (BOE n.º 226, de 17 de septiembre).

en el artículo 588 ter b), la regulación que aquí se comprende será aplicable a los supuestos en los que estos datos se incorporen al proceso independientemente de la interceptación del contenido de una comunicación, bien porque está ya hubiere concluido, bien porque no hubiere llegado a existir (en los casos de llamadas frustradas) o bien porque se considere suficiente a los fines de la investigación con los datos de tráfico, sin necesidad de acceder al contenido de la comunicación. Se trata de la incorporación al proceso de comunicación de datos de tráfico o asociados que hayan sido almacenados o conservados e intervenidos en tiempo real.

Por tanto, se puede observar, en principio, que el derecho a la protección de datos, como integrante del derecho al entorno virtual y en el ámbito de las investigaciones judiciales, aparece vinculado al derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como se desprende del artículo 588 ter b), de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a diferencia de lo que sucede con el derecho a la intimidad. Ahora bien, también existe otra serie de datos de datos de tráfico o asociados cuyo acceso requiere autorización judicial pero no aparecen vinculados al derecho al secreto de las comunicaciones, supuesto comprendido en el artículo 588 ter j). Y finalmente, la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula el acceso a determinados datos de identificación de usuarios o dispositivos que no requieren autorización judicial, en los casos de los artículos 588 ter l) y m).

La regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite distinguir dos grandes grupos de datos:

3.1. DATOS ELECTRÓNICOS CONSERVADOS POR LOS PRESTADORES DE SERVICIOS O PERSONAS QUE FACILITEN LA COMUNICACIÓN EN CUMPLIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN SOBRE RETENCIÓN DE DATOS RELATIVOS A LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas vienen delimitados e identificados en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. El artículo 1 de la Ley define el objeto de la misma señalando que:

«1. Ley tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de

la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

2. Esta Ley se aplicará a los datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas y a los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o usuario registrado.

3. Se excluye del ámbito de aplicación de esta Ley el contenido de las comunicaciones electrónicas, incluida la información consultada utilizando una red de comunicaciones electrónicas».

Los destinatarios de las obligaciones relativas a la conservación de datos impuestas en la ley son los operadores que presten servicios de comunicaciones disponibles al público o exploten redes públicas de telecomunicaciones, en los términos establecidos en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Los datos que pueden conservarse por estos operadores, al amparo de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 25/2007, se agrupan en seis categorías: datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación; datos necesarios para identificar el destino de una comunicación; datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de una comunicación; datos necesarios para identificar del tipo de comunicación; datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considera ser el equipo de comunicación; y datos necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación. En concreto son los siguientes:

- a) Datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación:
 - 1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil:
 - i) Número de teléfono de llamada.
 - ii) Nombre y dirección del abonado o usuario registrado.
 - 2.º Con respecto al acceso a internet, correo electrónico por internet y telefonía por internet:
 - i) La identificación de usuario asignada.

- ii) La identificación de usuario y el número de teléfono asignados a toda comunicación que acceda a la red pública de telefonía.
 - iii) El nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de protocolo de internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono.
- b) Datos necesarios para identificar el destino de una comunicación:
- 1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil:
 - i) El número o números marcados (el número o números de teléfono de destino) y, en aquellos casos en que intervengan otros servicios, como el desvío o la transferencia de llamadas, el número o números hacia los que se transfieren las llamadas.
 - ii) Los nombres y las direcciones de los abonados o usuarios registrados.
 - 2.º Con respecto al correo electrónico por internet y la telefonía por internet:
 - i) La identificación de usuario o el número de teléfono del destinatario o de los destinatarios de una llamada telefónica por internet.
 - ii) Los nombres y direcciones de los abonados o usuarios registrados y la identificación de usuario del destinatario de la comunicación.
- c) Datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de una comunicación:
- 1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: la fecha y hora del comienzo y fin de la llamada o, en su caso, del servicio de mensajería o del servicio multimedia.
 - 2.º Con respecto al acceso a internet, al correo electrónico por internet y a la telefonía por Internet:
 - i) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de acceso a internet registradas, basadas en un determinado huso horario, así como la dirección del protocolo internet, ya sea dinámica o estática, asignada por el proveedor de acceso a internet a una comunicación, y la identificación de usuario o del abonado o del usuario registrado.

- ii) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de correo electrónico por internet o del servicio de telefonía por internet, basadas en un determinado huso horario.
- d) Datos necesarios para identificar el tipo de comunicación.
 - 1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: el servicio telefónico utilizado: tipo de llamada (transmisión de voz, buzón vocal, conferencia, datos), servicios suplementarios (incluido el reenvío o transferencia de llamadas) o servicios de mensajería o multimedia empleados (incluidos los servicios de mensajes cortos, servicios multimedia avanzados y servicios multimedia).
 - 2.º Con respecto al correo electrónico por internet y a la telefonía por internet: el servicio de internet utilizado.
- e) Datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considera ser el equipo de comunicación:
 - 1.º Con respecto a la telefonía de red fija: los números de teléfono de origen y de destino.
 - 2.º Con respecto a la telefonía móvil:
 - i) Los números de teléfono de origen y destino.
 - ii) La identidad internacional del abonado móvil (IMSI) de la parte que efectúa la llamada.
 - iii) La identidad internacional del equipo móvil (IMEI) de la parte que efectúa la llamada.
 - iv) La IMSI de la parte que recibe la llamada.
 - v) La IMEI de la parte que recibe la llamada.
 - vi) En el caso de los servicios anónimos de pago por adelantado, tales como los servicios con tarjetas prepago, fecha y hora de la primera activación del servicio y la etiqueta de localización (el identificador de celda) desde la que se haya activado el servicio.
 - 3.º Con respecto al acceso a internet, correo electrónico por internet y telefonía por internet:
 - i) El número de teléfono de origen en caso de acceso mediante marcado de números.
 - ii) La línea digital de abonado (DSL) u otro punto terminal identificador del autor de la comunicación.
 - f) Datos necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación móvil:
 - 1.º La etiqueta de localización (identificador de celda) al inicio de la comunicación.

2.º Los datos que permiten fijar la localización geográfica de la celda, mediante referencia a la etiqueta de localización, durante el periodo en el que se conservan los datos de las comunicaciones.

A estos datos, el artículo 39.5 y 6 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, añade los siguientes:

a) Identidad o identidades del sujeto objeto de la medida de la interceptación.

Se entiende por identidad: etiqueta técnica que puede representar el origen o el destino de cualquier tráfico de comunicaciones electrónicas, en general identificada mediante un número de identidad de comunicaciones electrónicas físico (tal como un número de teléfono) o un código de identidad de comunicaciones electrónicas lógico o virtual (tal como un número personal) que el abonado puede asignar a un acceso físico caso a caso.

b) Identidad o identidades de las otras partes involucradas en la comunicación electrónica.

c) Servicios básicos utilizados.

d) Servicios suplementarios utilizados.

e) Dirección de la comunicación.

f) Indicación de respuesta.

g) Causa de finalización.

h) Marcas temporales.

i) Información de localización.

j) Información intercambiada a través del canal de control o señalización.

6. Además de la información relativa a la interceptación prevista en el apartado anterior, los sujetos obligados deberán facilitar al agente facultado, salvo que por las características del servicio no estén a su disposición, de cualquiera de las partes que intervengan en la comunicación que sean clientes del sujeto obligado, los siguientes datos:

a) Identificación de la persona física o jurídica.

b) Domicilio en el que el proveedor realiza las notificaciones.

Y, aunque no sea abonado, si el servicio de que se trata permite disponer de alguno de los siguientes:

c) Número de titular de servicio (tanto el número de directorio como todas las identificaciones de comunicaciones electrónicas del abonado).

d) Número de identificación del terminal.

e) Número de cuenta asignada por el proveedor de servicios Internet.

f) Dirección de correo electrónico.

Tanto la Ley 25/2007 (artículos 1, 5 y 7) como la Ley 9/2014 (artículos 39, 40 y 42) requieren autorización judicial para la cesión de dichos datos al objeto de su incorporación al procedimiento judicial. Ahora bien, como señala la Circular 2/2019 de la Fiscalía General del Estado, no todos los datos que se incluyen en el artículo 3 de la ley 25/2007 y en el artículo 39 de la Ley General de Telecomunicaciones aparecen vinculados a un proceso de comunicación y, en consecuencia, sujetos al régimen del artículo 588 ter j), sino que se incluyen otros datos que, si bien resultan necesarios para el establecimiento de una comunicación, no se vinculan a comunicaciones concretas. Y, el legislador ha optado por precisar alguno de ellos en los artículos siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dispensándolos de la autorización judicial. En este sentido, el artículo 588 ter l) hace referencia a los siguientes: los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI y, en general, de cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones. Por su parte, el artículo 588 ter m) identifica los siguientes: la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o, en sentido inverso, el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación

Dice la Circular 2/2019, que el primer problema que cabe plantearse en relación con la incorporación al proceso de estos datos es el de si únicamente resultará posible cuando se trate de alguno de los delitos que determina el art. 588 ter a) o, por el contrario, esa delimitación objetiva solo es predicable de la interceptación de la comunicación en sentido estricto, pero no de la incorporación al proceso de los datos. El problema no tiene una solución clara y ello obliga a actuar con cautela. El análisis de los precedentes legislativos y del proceso de gestación de la Ley Orgánica 13/2015 conduce a inclinarse por la segunda postura. Efectivamente, el Anteproyecto de la Ley de reforma limitaba expresamente la posibilidad de incorporación de los datos al proceso a los delitos para los que se autorizaba la medida de intervención telefónica. Esta previsión fue objeto de críticas en el informe del Consejo Fiscal, que ponía de relieve que la incorporación de los datos al proceso supone una medida mucho menos invasiva que la interceptación de las comunicaciones. La consecuencia final ha sido la eliminación del art. 588 ter j) de toda referencia expresa al catálogo de delitos para los que se permite la interceptación de comunicaciones, por lo que parece que la previsión podría interpretarse en un sentido más amplio. Ahora bien, no debe desconocerse que la incorporación al procedimiento de estos datos de

tráfico va a suponer siempre una limitación de los derechos de los investigados que, en atención a su trascendencia, exigirá siempre que se justifique su necesidad para la investigación de delitos que revistan una cierta gravedad. En consecuencia, deberá incluirse siempre una especial motivación de la proporcionalidad de la medida que justifique que el sacrificio de esos derechos no va a resultar superior al beneficio que para el interés público y de terceros haya de resultar de la incorporación de los datos de tráfico al procedimiento.

Es correcta, en mi opinión, la interpretación apuntada por la Circular 2/2019, de la Fiscalía General del Estado, si bien resulta necesario hacer una serie de precisiones y distinguir tres tipos de datos: en primer lugar, los datos de tráfico o asociados que están vinculados a la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. A ellos se refiere el artículo 588 ter b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando señala que «la intervención judicialmente acordada podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación». Es decir, en el marco de una investigación en el que el Juez de Instrucción hubiese acordado la interceptación de las comunicaciones, también podrá acordar el acceso a estos datos, de manera que la investigación ha de versar sobre alguno de los delitos a que hace referencia el artículo 588 ter a), en relación con el artículo 579.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; delitos de terrorismo; o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación). En este caso, la resolución judicial ha de pronunciarse sobre la sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, no solo de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, sino también de la injerencia en el derecho a la protección de datos.

En segundo lugar, los datos no vinculados expresamente a una interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, que requieren autorización judicial para su incorporación al proceso judicial. A ellos se refiere el artículo 588 ter j) cuando señala que:

«1. Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones

electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial.

2. Cuando el conocimiento de esos datos resulte indispensable para la investigación, se solicitará del juez competente autorización para recabar la información que conste en los archivos automatizados de los prestadores de servicios, incluida la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos, siempre que se precisen la naturaleza de los datos que hayan de ser conocidos y las razones que justifican la cesión».

Desde esta perspectiva, el acceso a tales datos para su incorporación al proceso judicial no está condicionado a los delitos a los que hace referencia el artículo 588 ter a), en relación con el artículo 579.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La injerencia, en este caso, ha de ajustarse a los requisitos que han ido perfilando tanto el Tribunal Constitucional⁷ como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, esto es, la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley, esto es, el principio de legalidad, que como regla general se acuerde mediante resolución judicial, y finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad.

Finalmente, nos encontramos con un tercer grupo de datos que no requieren autorización judicial, es decir, de datos que no aparecen vinculados a un proceso de comunicación, pero que afectan al derecho a la protección de datos del artículo 18.4 de la Constitución, es decir, resto de datos de tráfico, no vinculados a procesos de comunicación, entre los que el legislador ha destacado en los artículos 588 ter l) y m), la numeración IMSI e IMEI y los datos de identificación de números telefónicos o los números que corresponden a un titular. El acceso a tales datos por la Policía Judicial ha de ajustarse a los parámetros establecidos por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, siendo en este caso, en mi opinión aplicable, *mutatis mutandis*, la doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los límites al derecho a la intimidad, de manera que la intromisión en el derecho a la protección de datos puede ser legítima en los casos de actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el marco de investigaciones que tienen por objeto la averiguación

⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional 173/2011, de 7 de noviembre; y 702/2002, de 3 de abril.

de delitos «graves», y que dicha actuación sea proporcionada, es decir, que dichas intromisiones sean imprescindibles para el esclarecimiento de los delitos, debiendo tener dicha injerencia una habilitación legal⁸.

3.2. DATOS LOS CONSERVADOS POR CUALQUIER PERSONA O ENTIDAD QUE PUEDA POSEER ESTOS DATOS POR MOTIVOS COMERCIALES O DE OTRA ÍNDOLE

Respecto a los otros datos a los que hace referencia el artículo 588 ter j), los conservados por cualquier persona o entidad que pueda poseer estos datos por motivos comerciales o de otra índole, como dice la Circular 2/2019, se incluirían aquí, por ejemplo, los *log* o registros que el administrador de cualquier página web pudiera tener acerca de concretas comunicaciones que se hayan podido desarrollar a través de la misma (identificación de los comunicantes, fecha y hora de la comunicación o contenido de la comunicación, entre otros).

⁸ Siguiendo la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2013, de 9 de mayo, en relación a los datos contenidos en la agenda de contactos de un teléfono móvil, no queda afectado el derecho a la intimidad cuando se dan los siguientes requisitos: 1.º Existencia de un fin constitucionalmente legítimo. Dicho fin existe en los supuestos de interés público propio de la investigación de un delito y descubrimiento del delincuente. A través de este bien se defienden otros tales como la paz social y la seguridad ciudadana (artículos 10.1 y 104 de la Constitución); 2.º Existencia de cobertura legal. Tiene lugar cuando los agentes actúan con el apoyo legal del artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que conforman una habilitación legal específica que faculta a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito y ponerlos a disposición judicial y para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente. Entre estas diligencias se encuentra la de examinar o acceder al contenido de esos instrumentos o efectos, así como a los documentos o papeles que se le ocupen al detenido, realizando un primer análisis de los mismos, siempre que ello sea necesario de acuerdo con una estricta observancia de los requisitos dimanantes del principio de proporcionalidad; 3.º Necesidad de la intervención policial para la averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes o la obtención de pruebas incriminatorias, siempre que se respete el principio de proporcionalidad. Estas razones de urgencia y necesidad vienen avaladas por la flagrancia del delito, circunstancia que refuerza la necesidad de intervención inmediata de la Policía; 4.º Existencia de proporcionalidad. Es decir, que permita la detención del delincuente, que no exista otra medida más moderada, y que se deriven de dicha medida más beneficios y ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, dada la naturaleza y gravedad del delito investigado y la leve injerencia que comporta en el derecho a la intimidad del recurrente el examen de la agenda de contactos de su teléfono móvil (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

4. LÍMITES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

El derecho a la protección de datos no es un derecho de carácter absoluto, de manera que el mismo puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus distintas expresiones, ante las exigencias públicas. Podemos distinguir tres límites del derecho a la protección de datos, desde la perspectiva de las medidas de investigación tecnológica en el curso de las investigaciones judiciales: el consentimiento del afectado, los supuestos de autorización judicial y la existencia de una previsión legal que tenga justificación constitucional unida al juicio de proporcionalidad.

Respecto al consentimiento, la Sentencia del Tribunal Supremo 462/2019, de 14 de octubre⁹, ha señalado que, salvo autorización de su titular, el acceso a la información y al contenido existente en estos instrumentos de comunicación telefónica o telemática, además de a los dispositivos de almacenamiento masivo de información digital, no solo precisa de una específica decisión judicial habilitante, sino que requiere de una justificación específica que pondere el singular riesgo de afectación del derecho a la intimidad, incluso en aquellos supuestos en los que la incautación haya venido precedida de otra decisión judicial que limitara el derecho a la intimidad y autorizara el acceso al lugar en el que estos dispositivos pudieran encontrarse [art. 588 series a) y b)]. La necesidad de esta autorización judicial (subsidiaria del consentimiento si el afectado accede de forma libre, no hay cuestión) obedece a la consideración de estos instrumentos como esferas de almacenamiento de una serie compleja y densa de datos que afectan de modo muy variado a la intimidad del investigado (comunicaciones tuteladas por el art 18.3 de la Constitución; contactos, fotografías, archivos personales, tuteladas por el art 18.1; datos personales y de geolocalización, que pueden cobijarse en el derecho a la protección de datos del art 18.4.

En segundo lugar, tratándose de datos asociados al proceso de comunicación, el derecho a la protección de datos únicamente puede ceder en los supuestos de autorización judicial, vinculados a la interceptación de las comunicaciones (artículo 588 ter b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Respecto a los datos de tráfico o asociados que requieren autorización judicial pero que no están vinculados a la interceptación de las comunicaciones (supuesto contemplado en el artículo 588 ter j) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), siguiendo la Circular 2/2019, hemos de señalar que, en estos casos, ha de incluirse una especial motivación de la proporcionalidad de la medida que justifique que el sacrificio de esos

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 462/2019, de 14 de octubre (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), Fundamento de Derecho Primero.

derechos no va a resultar superior al beneficio que para el interés público y de terceros haya de resultar de la incorporación de los datos de tráfico al procedimiento.

Por último, respecto a los datos que no aparecen vinculados a un proceso de comunicación y en los que no se requiere autorización judicial (artículos 588 ter l) y ter m) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), no quedaría afectado el derecho a la protección de datos cuando se den los siguientes requisitos: 1.º existencia de un fin constitucionalmente legítimo: dicho fin existe en los supuestos de interés público propio de la investigación de un delito y descubrimiento del delincuente. A través de este bien se defienden otros tales como la paz social y la seguridad ciudadana (artículo 10.1 y 104 de la Constitución); 2.º existencia de cobertura legal: tiene lugar cuando los agentes actúan con el apoyo legal del artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que conforman una habilitación legal específica que faculta a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito y ponerlos a disposición judicial y para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, preceptos que ahora han de relacionarse con los artículos 588 ter l) y 588 ter m) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 3.º existencia de proporcionalidad: es decir, que permita la detención del delincuente, que no exista otra medida más moderada, y que se deriven de dicha medida más beneficios y ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, dada la naturaleza y gravedad del delito investigado y la leve injerencia que comportaría en el derecho a la protección de datos.

5. EL ESTÁNDAR DE GRAVEDAD DE LOS DELITOS COMO PARÁMETRO DEL DEBER DE CESIÓN DE LOS DATOS

5.1. ANTECEDENTES. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 8 DE ABRIL DE 2014 Y DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

La tutela del derecho a la protección de datos ha ido progresando en los últimos tiempos para adaptarse a la evolución de las nuevas tecnologías.

Y así lo pone de manifiesto, en el ámbito de la Unión Europea¹⁰, el Reglamento 2016/679/UE, del Parlamento y del Consejo de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, el cual, tras señalar en el apartado 1 del Preámbulo que la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental reconocido en el artículo 8 apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16 apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, resalta como

«la rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales».

Tejada de la Fuente y Zaragoza Tejada¹¹, tras remarcar que este proceso evolutivo en absoluto puede darse por concluido y que uno de los grandes desafíos de la Comunidad Internacional es el aprovechar las ventajas que ofrece el avance de las tecnologías articulando al tiempo la protección de los derechos y libertades frente a los nuevos riesgos derivados del uso irregular del ciberespacio, señalan que los derechos a la intimidad y/o a la protección de datos, al igual que cualquier otro derecho fundamental, no son ilimitados, sino que el ámbito de protección amparado por el artículo 18 de la Constitución puede ceder en aquellos casos en los que exista un in-

¹⁰ En el ámbito de la Unión Europea también debe destacarse la Directiva 2016/680/UE, de 27 de abril, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

¹¹ Tejada de la Fuente, E. y Zaragoza Tejada, J. V. (2018), Apuntes a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Tarragona frente a la Ley 25/2007. Revista Aranzadi Doctrinal. N.º 9/2018 parte Jurisprudencia. Doctrina.. [Consulta 14 septiembre 2021]. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es//>

terés constitucional prevalente. Ese es el caso de la investigación criminal con ocasión de la cual pueden resultar necesarias actuaciones que supongan una injerencia en derechos fundamentales o limitaciones en el pleno ejercicio de esos derechos por parte de quienes son objeto de investigación, si bien dichas limitaciones

Ahora bien, dichas limitaciones, continúan los autores citados, han de sujetarse, en todo caso y, por tanto, también en el proceso penal, a determinadas condiciones y circunstancias que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han venido perfilando desde antiguo en múltiples resoluciones (SSTC 57/1994 de 28 de febrero, 143/1994 de 9 de mayo, 98/2000 de 10 de abril, etc.) de las que la STC 173/2011 de 7 de noviembre constituye un muy buen ejemplo. Esta resolución, que menciona a su vez la 702/2002 de 3 de abril del mismo Tribunal, recuerda los requisitos que justifican desde el punto de vista constitucional una injerencia en el derecho fundamental a la intimidad, en los siguientes términos:

«la existencia de un fin constitucionalmente legítimo; que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); que como regla general se acuerde mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad) y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en las tres siguientes condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la colisión y ponderación entre el derecho a la protección de datos y el acceso a los mismos en el curso de una investigación criminal, siendo de destacar, al respecto, las Sentencias de la Gran Sala de dicho Tribunal de 8 de abril de 2014 y la de 21 de diciembre de 2016. La sentencia de 8 de abril de 2014 resuelve dos cuestiones prejudiciales

acumulada¹² sometiendo a la consideración del Tribunal la compatibilidad con la Directiva 2006/24/CE, sobre conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y modifica la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, en concreto los artículos 3, 4 y 6 de la misma, con los artículos 7 (respeto a la vida privada), 8 (protección de los datos de carácter personal, 11 (libertad de expresión e información) y artículo 52 (sobre el alcance e interpretación de los derechos y principios) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y declara la invalidez de la Directiva 2006/24.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, resuelve también dos cuestiones prejudiciales acumuladas¹³, que tienen por objeto la interpretación del artículo 15, apartado 1,

¹² Los asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la High Court (Irlanda) y el Verfassungsgerichtshof (Austria), mediante resoluciones de 27 de enero y 28 de noviembre de 2012, respectivamente, recibidas en el Tribunal de Justicia el 11 de junio y el 19 de diciembre de 2012.

Asunto C-293/12: el 11 de agosto de 2006, Digital Rights interpuso un recurso ante la High Court en el que afirma que es titular de un teléfono móvil que fue registrado el 3 de junio de 2006 y que utiliza desde esa fecha. Cuestiona la legalidad de medidas legislativas y administrativas nacionales sobre la conservación de datos relativos a comunicaciones electrónicas y solicita, en particular, al órgano jurisdiccional remitente que declare la nulidad de la Directiva 2006/24 y de la séptima parte de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Delitos de Terrorismo) de 2005 [Criminal Justice (Terrorist Offences) Act 2005], que establece que los proveedores de servicios de comunicaciones telefónicas deberán conservar los datos de tráfico y localización relativos a esas comunicaciones durante el periodo establecido en la ley para prevenir y detectar delitos, investigarlos y enjuiciarlos, así como para garantizar la seguridad del Estado.

Asunto C-594/12: la petición de decisión prejudicial en el asunto C-594/12 tiene su origen en varios recursos interpuestos ante el Verfassungsgerichtshof, respectivamente por el Kärntner Landesregierung y los Sres. Seitlinger y Tschohl y otros 11.128 demandantes que solicitan la anulación del artículo 102 a de la Ley de telecomunicaciones de 2003 (Tekommunikationsgesetz 2003), que fue introducido por la Ley federal por la que se modifica dicha Ley de telecomunicaciones (Bundesgesetz, mit dem das Telekommunikationsgesetz 2003. TKG 2003 geändert wird, BGBl. I, 27/2011) con el fin de transponer la Directiva 2006/24 en el ordenamiento jurídico austriaco. Las partes mencionadas consideran, en particular, que el artículo 102 a vulnera el derecho fundamental de los particulares a la protección de sus datos.

¹³ Los asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Kammarrätten i Stockholm (Tribunal de Apelación de lo Contencioso-Administrativo de Estocolmo, Suecia) y la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [Tribunal de Apelación (Inglaterra y País de Gales) (Sección de lo Civil) (Reino Unido)], mediante resoluciones, respectivamente, de 29 de abril de 2015 y de 9 de diciembre de 2015, recibidas en el Tribunal de Justicia el 4 de mayo de 2015 y el 28 de diciembre de 2015.

de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009), en relación con los artículos 7, 8 y 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de abril de 2014, declaró la invalidez de la Directiva 2006/24, sobre conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y modifica la Directiva 2002/58, que fue transpuesta en nuestro Ordenamiento Jurídico por Ley 25/2007, de conservación de datos de comunicaciones electrónica y de redes públicas de comunicación. Esta ley recoge el estándar de gravedad de los delitos como parámetro del deber de cesión de los datos conservados por los prestadores de servicios de las comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, señalando el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, declaró que el apartado 15.1 de la Directiva 2002/58/CE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establezca, con la finalidad de luchar contra la delincuencia, la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica. Y que dicho acceso ha de limitarse a los supuestos, en el marco de la lucha contra la delincuencia, de delincuencia grave, supeditando dicho acceso a un control previo por un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa independiente.

Parece, pues, que de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea existía una discordancia entre las previsiones contenidas en el artículo 588 ter a), en relación con el artículo 579.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permiten la injerencia en el derecho fundamental para los delitos menos graves y las previsiones recogidas en la Directiva 2006/24, declarada inválida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en la Ley 25/2007 que transpuso esa directiva, que habla de delitos graves, así como en la Directiva 2002/58/CE.

5.2. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Nuestro Tribunal Supremo se pronunció en diversas ocasiones sobre tal cuestión, de una manera algo difusa¹⁴. Así, la Sentencia 400/2017, de 1 de junio¹⁵, en la que el recurrente alegaba vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en relación a la cesión por la operadora de telefonía de los datos IMSI, IMEI y toda la información que constase en relación a los titulares de las líneas y los datos asociados a las conversaciones, y consideraba que dicha vulneración se había producido como consecuencia de la anulación de la Directiva 2006/24, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de abril de 2014, consideró que no se había vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones sobre la base de los siguientes argumentos: en primer lugar, que, no obstante la declaración de invalidez de dicha Directiva 2006/24/CE, con posterioridad a dicha sentencia, el artículo 42 de la Ley General de Telecomunicaciones, se sigue remitiendo a la Ley 25/2007, sin tener en cuenta los problemas derivados de la declaración de la Directiva 2006/24/CE.

En segundo lugar, que la previa autorización judicial no constituía una garantía impuesta por la Directiva 2006/24/CE, de forma que el legislador otorga la misma protección a derechos que no tienen la misma naturaleza y por ello idéntico nivel de tutela, como son los proclamados en el artículo 18.3, injerencia en el contenido de las conversaciones telefónicas, y la cesión de datos electrónicos de tráfico o asociados.

Y, finalmente, que las exigencias señaladas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en nuestra normativa interna, tanto la protección del derecho a la intimidad como el principio de proporcionalidad, están sujetas a la autorización de una autoridad independiente de la administrativa cual es la judicial, y se contraen a la investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal y en las leyes penales especiales, de forma que en cada caso será el Juez de Instrucción correspondiente el que decida la cesión de los datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas, lo que desde luego implica que la decisión debe ser ajustada al principio de proporcionalidad establecido expresamente en nuestra ley procesal (artículo 588 bis a) 5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), conside-

¹⁴ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) 400/2017, de 1 de junio; 317/2020, de 15 de junio; 723/2918, de 23 de enero; 272/2017, de 18 de abril; 470/2015, de 7 de julio; auto 597/2018, de 22 de marzo.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 400/2017, de 1 de junio (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), Fundamento de Derecho Segundo.

rando que dicha circunstancia no es incompatible con la exigencia de una normativa nacional que no admita la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica.

De una manera algo más precisa se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 317/2020, de 15 de junio¹⁶, por el que se resolvió el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Cuarta), de fecha 26 de julio de 2018, que condenó al recurrente como autor de un delito contra la seguridad pública, agravado por la notoria importancia del objeto del tráfico, y en el que el recurrente alegaba vulneración de su derecho a la intimidad del art. 18 de la Constitución arguyendo que interesó del tribunal de instancia el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el régimen de intervenciones telefónicas de nuestro ordenamiento y, concretamente, si el ordenamiento español cumple los criterios de proporcionalidad exigidos por la norma comunitaria, después de la Sentencia del TJUE de 8 de abril de 2014, que realizó una interpretación, anulatoria en parte de la Directiva 2006/24. En dicha sentencia el Tribunal Supremo consideró que la injerencia en el derecho fundamental cumplía las observancias del principio de proporcionalidad, al estar prevista en la ley dicha injerencia en materia de intervención de las comunicaciones, ser adoptadas por un órgano judicial, ajeno a la estructura de investigación de delitos, en una resolución motivada que analiza las necesidades de su adopción para la investigación criminal, la gravedad de los hechos y los derechos fundamentales concernidos.

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo, en ninguno de los supuestos analizados se pronunció acerca de la cuestión de la posible discordancia entre las previsiones contenidas en el artículo 588 ter a), en relación con el artículo 579.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permiten la injerencia en el derecho fundamental para los delitos menos graves y las previsiones recogidas en la Directiva 2006/24/CE, declarada inválida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en la Ley 25/2007 que transpuso esa directiva, que habla de delitos graves, así como en la Directiva 2002/58/CE que habla de delincuencia grave.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 317/2020, de 15 de junio, Fundamento de Derecho Primero.

5.3. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA

El origen de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de octubre de 2018 fue una cuestión prejudicial planteada a dicho Tribunal por la Audiencia Provincial de Tarragona¹⁷.

Siguiendo a Tejada de la Fuente y Zaragoza Tejada¹⁸, el asunto se planteó ante uno de los juzgados de instrucción de Tarragona con ocasión de un supuesto hecho delictivo ocurrido en la noche del día 16 de febrero de 2015, en el que un individuo fue agredido, en la ciudad de Tarragona, por dos personas que le tiraron violentamente al suelo y le golpearon repetidamente, exigiéndole la entrega del dinero que llevaba, arrebatándole finalmente el teléfono móvil de su propiedad. Como consecuencia de la agresión la víctima resultó con cuatro costillas rotas, precisando internamiento hospitalario durante siete días.

Ante la inexistencia de otras vías de investigación, dado que la víctima no pudo percibir la fisonomía de los agresores y no había constancia de testigos presenciales, el cuerpo policial actuante solicitó autorización judicial para recabar de las compañías telefónicas información sobre la tarjeta y/o tarjetas SIM utilizadas en el dispositivo sustraído durante los diez días inmediatamente posteriores a la sustracción y también sobre la identidad de las personas titulares de las indicadas tarjetas SIM.

El Juzgado de Instrucción de Tarragona denegó dicha solicitud, por auto de fe fecha 5 de mayo de 2015, en base a dos razonamientos diferenciados: en primer lugar, por considerar que la mencionada diligencia resultaba poco idónea para averiguar la identidad de los autores del robo; y, en segundo término, por entender que los hechos delictivos objeto de investigación carecían de la gravedad necesaria a efectos de justificar el acceso a datos almacenados por los operadores de comunicaciones. Como consecuencia de la denegación de esta diligencia el órgano judicial acordó inmediatamente después el archivo de las actuaciones por falta de autor conocido.

La disconformidad del Ministerio Fiscal con ambas resoluciones determinó la interposición de recurso de apelación cuyo conocimiento correspondió a una de las secciones de la Audiencia Provincial de Tarragona, que tras tomar conocimiento del hecho y del contenido del recurso presentado por la Fiscalía decidió plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de

¹⁷ Asunto C-207/2016.

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 6 y ss.

la Unión Europea a fin de obtener pronunciamiento acerca de si la gravedad del delito investigado (que venía exigiéndose como requisito para justificar una injerencia en derechos fundamentales) ha de valorarse exclusivamente en atención a la pena prevista para el delito en cuestión o si el mismo ha de presentar además unos particulares niveles de lesividad y, en su caso, cuál sería el umbral mínimo de la pena imponible para justificar dicha injerencia. Los preceptos que por la Audiencia Provincial de Tarragona se estimaron concernidos a estos efectos fueron el artículo 1 de la Ley 25/2007 de 18 de octubre y los artículos 579 y 588 ter a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El debate en el acto de la vista quedó circunscrito al análisis de las dos cuestiones cuyo planteamiento y contenido son los siguientes: en primer lugar, si puede considerarse como medida de investigación criminal el acceso a datos de carácter personal aunque el objeto de la investigación no merezca la consideración de grave; y, por otra parte, si contempla el derecho de la Unión Europea parámetros para calificar una infracción como grave a los efectos de justificar la utilización de medidas de investigación que afecten a derechos fundamentales.

5.4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 2 DE OCTUBRE DE 2018

La cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se circunscribe a que por dicho órgano judicial se aclare si la gravedad de los delitos, como criterio que puede justificar la injerencia, puede identificarse exclusivamente con la pena en abstracto previsto para el delito objeto de investigación, es decir, el criterio normativo formal, y, en su caso, si sería compatible con la previsión general del límite de tres años de prisión, o, resulta necesario, además identificar otras circunstancias o marcadores de lesividad del autor y la conducta investigada, esto es, atender a un criterio material.

Se trataba, en consecuencia, de determinar qué debe entenderse por delitos graves, cabiendo dos soluciones: identificar como delitos graves los determinados como tales en el artículo 33 del Código Penal, es decir, los que superen en abstracto la pena de prisión de 5 años, o bien, tener en cuenta otros criterios más flexibles y socio normativos utilizados por el Tribunal Constitucional para calificar como grave una conducta típica¹⁹, como son el bien jurídico protegido y la relevancia social de la conducta delictiva.

¹⁹ La Sentencia del Tribunal Constitucional 299/2000, de 11 de diciembre, señala al respecto, en el Fundamento de Derecho Segundo que:

La Sentencia de 2 de octubre de 2018 zanjó la cuestión concluyendo lo siguiente: en primer lugar, que los datos a los que se refiere la solicitud de acceso controvertida en el litigio principal, únicamente permiten vincular, durante un periodo de tiempo determinado, la tarjeta o tarjetas SIM activadas con el teléfono móvil sustraído y los datos personales o de filiación de los titulares de estas tarjetas SIM. Sin un cotejo con los datos relativos a las comunicaciones realizadas con esas tarjetas SIM y de localización, estos datos no permiten conocer la fecha, la hora, la duración o los destinatarios de las comunicaciones efectuadas con las tarjetas SIM en cuestión, ni los lugares en que estas comunicaciones tuvieron lugar, ni la frecuencia de estas con determinadas personas durante un periodo concreto. Por tanto, dichos datos no permiten extraer conclusiones precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se ven afectados. En estas circunstancias, el acceso limitado únicamente a los datos cubiertos por la solicitud controvertida en el litigio principal no puede calificarse como injerencia grave en los derechos fundamentales de los individuos cuyos datos se ven afectados.

En segundo término, la injerencia que supone el acceso a dichos datos puede estar justificada por el objetivo de prevenir, investigar, descubrir y perseguir «delitos» en general, al que se refiere el artículo 15, apartado 1, primera frase, de la Directiva 2002/58, sin que sea necesario que dichos delitos estén calificados como «graves».

Y, por último, declara que el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, a la luz de los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que el acceso de las autoridades públicas a los datos que permiten identificar a los titulares de las tarjetas SIM activadas con un teléfono móvil sustraído, como los nombres, los apellidos y, en su caso, las

«la gravedad de la infracción punible no puede estar determinada únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, aunque indudablemente es un factor que debe de ser considerado, sino que también deben tenerse en cuenta otros factores, como los bienes jurídicos protegidos y la relevancia social de aquella».

En el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Constitucional 202/2001, de 15 de octubre, Fundamento de Derecho Tercero, y Sentencia 82/2002, de 22 de abril, Fundamento de Derecho Cuarto.

direcciones de dichos titulares, constituye una injerencia en los derechos fundamentales de estos, consagrados en los citados artículos de la Carta de los Derechos Fundamentales, que no presenta una gravedad tal que dicho acceso deba limitarse, en el ámbito de la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos, a la lucha contra la delincuencia grave.

Idéntica cuestión fue resuelta por el Auto 4/2019, de 23 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Tarragona. En el marco de las Diligencias Previas 1075/2018, del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Tarragona, en el que se investigaba la comisión de un delito de robo con violencia e intimidación (de un teléfono móvil y una cartera), se dictó auto de fecha 13 de julio de 2018, en el que se acordaba al amparo del artículo 13 y 588 series a) 2 y b), de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el estudio del teléfono móvil intervenido al investigado, por miembros de la policía de los Mossos, autorizando su entrega a la Unidad Central de informática forense de la División de Policía Científica de los Mossos d'Esquadra para realizar el volcado y análisis del contenido de la información que contenga dicho dispositivo telefónico.

Por la representación del investigado se interpuso ante la Audiencia Provincial de Tarragona, recurso de apelación contra el referido auto, alegando que la investigación llevada a cabo por el juzgado de instrucción lo es por delito contra la intimidad que conlleva pena de 1 a 4 años, es decir, se trata de un delito menos grave por contemplar pena inferior a 5 años, y, en consecuencia, la injerencia es nula ya que solo puede justificarse ante delitos graves, es decir, superior a cinco años citando al respecto los artículos 33 y 13 del Código Penal.

Alegaba y se preguntaba el recurrente que en atención a la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 13/2015, concretamente en relación a los artículos 579 a 588 ter todos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 15, apartado 1 de la Directiva 2002/58 a la luz de los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales, cuál es el alcance del umbral de gravedad que justificaría o soportaría el juicio de proporcionalidad que requiere la injerencia a las comunicaciones telefónicas e intervención postales como la del auto impugnado. Insistía en que en tanto en cuanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no resolviese dicha cuestión prejudicial, se acordase la nulidad del auto recurrido en los términos planteados por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona, así como la suspensión del curso de las actuaciones.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación al entender que la resolución dictada era ajustada a derecho, considerando ajustada y propor-

cionada dicha decisión a la vista de la gravedad y trascendencia social de los hechos denunciados.

Con base en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de octubre de 2018, la Audiencia Provincial declaró, en el Fundamento de Derecho Primero de dicho Auto, que no procedía la suspensión del curso de las actuaciones, sobre la base de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de octubre de 2018, argumentando que el acceso limitado a los datos personales conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas no puede calificarse de injerencia grave en los derechos fundamentales de los individuos cuyos datos se ven afectados, ya que dichos datos no permiten extraer conclusiones precisas sobre su vida privada.

5.5. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 2 DE OCTUBRE DE 2018

La cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Tarragona ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde mi punto de vista, parte de una premisa equivocada. La nueva regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal otorga un tratamiento unitario a los datos contenidos en las nuevas tecnologías, si bien, ha de desgajarse en cada supuesto concreto, cuándo el objeto de injerencia es el derecho a la intimidad, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y cuándo estamos en el ámbito del derecho a la protección de datos.

El artículo 579.1, en relación al artículo 588 ter a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fija el marco legal mínimo para la interceptación de las comunicaciones (delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; delitos de terrorismo; o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación), pero no para la injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos.

El artículo 588 ter j, no hace referencia a ese marco legal mínimo, de manera, que la injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos no aparece condicionada a la gravedad del delito que se está investigando, desde el punto de vista penológico, y esa parece haber sido la intención del legislador, al no recoger referencia alguna a dicho marco. En este punto, se debe recordar que el derecho a la protección de datos, al igual que los demás derechos fundamentales no son ilimitados, y la protección del

mismo prevista en el artículo 18.4 de la Constitución puede ceder en aquellos casos en los que exista un interés constitucional preponderante como puede ser el caso de las investigaciones criminales. Dichas injerencias han de ajustarse, en el ámbito del proceso penal, como ya se ha señalado a determinados requisitos ha ido perfilando tanto el Tribunal Constitucional²⁰ como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, esto es, la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad), que como regla general se acuerde mediante resolución judicial (sin perjuicio de aquellos supuestos de actuación de la policía judicial para la práctica de determinadas actuaciones, respetando en todo caso los principios de proporcionalidad y razonabilidad), y finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en las tres siguientes condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), si además es necesaria, en el sentido que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Las actividades delictivas que se cometen a través de las nuevas tecnologías difícilmente pueden investigarse a través de otros medios, de suerte que, en estos casos, el fundamento de la proporcionalidad no es la gravedad del delito, sino el medio a través del cual se comete del mismo. Igualmente, hay que tener en cuenta, que en determinados delitos, el único medio de investigación puede ser el tecnológico, en el sentido de que no existe otro medio más ponderado para el descubrimiento de los presuntos culpables.

La regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal es plenamente compatible, tanto con la Directiva 2006/24/CE, como con la Ley 25/2007, de conservación de datos de comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, que traspuso aquella directiva. Cuando la ley habla de delitos graves, dicho concepto ha de ser interpretado en un sentido más amplio y flexible que el meramente penológico, como puede ser el bien jurídico protegido o la relevancia social de la conducta punible, criterios ya recogidos por nuestro Tribunal Constitucional, a los que ahora, desde luego, ha de sumarse el nuevo fundamento del principio de proporcionalidad en los delitos que se cometan a través de las nuevas tecnologías, que no es la gravedad del delito, sino como se ha dicho, el medio utilizado.

²⁰ Sentencias del Tribunal Constitucional 173/2011, de 7 de noviembre; y 702/2002, de 3 de abril.

Todo ello, teniendo en cuenta, que siempre ha de incluirse una especial motivación de la proporcionalidad de la medida que justifique que el sacrificio de tal derecho no va a resultar superior al beneficio que para el interés público y de terceros haya de resultar de la incorporación de estos datos de tráfico en el ámbito del proceso penal.

6. CONCLUSIÓN

La aparición de las nuevas tecnologías y la utilización de las mismas en nuestro día a día, ha dado origen a la proclamación de un nuevo derecho fundamental, que ha de entenderse englobado dentro del catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas protegidos en Nuestra Norma Fundamental, recibiendo la denominación actual, ya recogida por nuestro Tribunal Supremo, de «derecho del individuo al entorno digital», dentro del cual, se encuentra incluido el derecho a la protección de datos.

La ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a estos datos denominándolos datos de tráfico o asociados, distinguiendo tres tipos de ellos: los datos de tráfico o asociados vinculados a la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, los datos asociados a un proceso de comunicación, pero no vinculados a la restricción de tal derecho al secreto de las comunicaciones, y, finalmente, los datos de tráfico cuya cesión no requiere autorización judicial.

La cesión de tales datos por los prestadores de servicios de comunicación y su incorporación al proceso judicial, fuera de los supuestos de cesión de los datos vinculados a una interceptación de las comunicaciones, ha de limitarse a los supuestos de delincuencia grave.

El concepto de delito grave debe interpretarse en un sentido más amplio y flexible que el meramente penológico, atendiendo a determinados criterios como son el bien jurídico protegido, la relevancia social de la conducta, los supuestos en los que el único medio de investigación sea la cesión de tales datos y los delitos que se cometan a través de las nuevas tecnologías que difícilmente pueden investigarse por otros medios que no sean los tecnológicos.

BIBLIOGRAFÍA

Armenta Deu, T. (2019). *Lecciones de Derecho procesal penal*. Madrid, Marcial Pons.

- Gimeno Sendra, V. (2018). *Derecho procesal penal*. Madrid, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.
- Gimeno Sendra, V., Torres del Moral, A., Morenilla Allard, P. y Díaz Martínez, M. (2018). *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid, Edisofer.
- Santos Martínez, A. M. (2017). *Medidas de Investigación Tecnológica en la Instrucción Penal*. Madrid, Wolters Kluwer España.
- Velasco Núñez, E. y Sanchís Crespo, C. (2019). *Delincuencia Informática. Tipos delictivos e investigación. Con Jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Tejada de la Fuente, E. y Zaragoza Tejada, J. I. (2018). Apuntes a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Tarragona frente a la Ley 25/2007. *Revista Aranzadi Doctrinal*. N.º 9/2018. Parte Jurisprudencia.

**EL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO DE LOS MIEMBROS DE
LAS FUERZAS ARMADAS EN EL EXTERIOR:
¿UNA GESTIÓN DIFÍCIL?**

Esteban José Hernando Zamanillo
Teniente coronel auditor

«Si a un ciudadano se le menoscaba su derecho al voto, deja de ser ciudadano en el pleno sentido de la palabra»

Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 15 de junio de 1964

Resumen

El derecho de sufragio activo de los miembros de las Fuerzas Armadas implica que el gobierno está obligado a adoptar los medios y procedimientos necesarios para que el militar pueda ejercer su derecho fundamental al voto en cualquier circunstancia. Dado que este colectivo en ocasiones precisa de desplazarse fuera de territorio nacional para el cumplimiento de las misiones que le están encomendadas, embarcado o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional, la Administración establecerá un mecanismo de voto por correo específico para la garantía de este derecho. Ocurre que de esta obligación se derivan situaciones y supuestos no pacíficos tanto desde el punto de vista del elemento subjetivo como temporal o procedimental que precisan mayor seguridad jurídica.

Palabras clave: Voto por correo, Fuerzas Armadas, situaciones excepcionales, defensa nacional.

Abstract

The right to vote of the Armed Forces members implies that the Government is demanded to implement the appropriate means and procedures so that the military can exercise their fundamental right to vote in any circumstances. Given the fact that this group is sometimes required to deploy in a foreign territory in order to carry out their missions, aboard or in exceptional situations related with the national defense, the Administration will establish a mechanism for the specific postal voting as a guarantee of accomplishment of this right. From this obligation we might find controversial situations from either the personal or temporal and procedural point of view that require to be precise in legal security side.

Keywords: Postal vote, Armed Forces, exceptional situations, national defense.

Sumario

I. Introducción. II. Cuestiones previas: el derecho de sufragio activo en el exterior. Aspectos de derecho comparado. 1. *El ejercicio del derecho al voto de los nacionales ausentes*. 2. *El voto por correspondencia o voto por correo. Descripción de la situación en España y planteamiento inicial*. III. El voto por correo de los miembros de las Fuerzas Armadas que se encuentren en una situación excepcional. Aproximación legislativa y estructural. 1. *Primeros antecedentes*. 2. *Regulación actual*. 2.1. *El factor decisivo de incremento de operaciones militares*. 2.2. *Bloque normativo vigente*. IV. Los supuestos conflictivos. 1. *La problemática subjetiva*. 1.1. *Desplazamientos internos y externos en misiones distintas a las reguladas*. 1.2. *CERAS y ERTAS*. 1.3. *Los miembros de la Guardia Civil*. 1.4. *Intérpretes y otros civiles que siguen a las Fuerzas Armadas*. 2. *La problemática subjetiva: Aspectos procedimentales*. 2.1. *El desarrollo específico de actuaciones*. 2.2. *Contingencias excepcionales. Influencia de la crisis sanitaria de la COVID- 19*. V. La realidad de voto telemático y su implementación en el proceso militar. VI. Conclusiones y propuestas. ¿Necesidad de realización de una reforma? Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho al sufragio activo es un derecho fundamental que se reconoce constitucionalmente a los miembros de las Fuerzas Armadas en cualquier circunstancia y que no contiene ninguna variación o restricción respecto al resto de los ciudadanos, como ocurre en el ejercicio de otros derechos en un evidente desequilibrio entre la sociedad y los militares¹. Así se reconoce en las disposiciones que regulan sus derechos y deberes².

El legislador, en su ánimo de garantizar este derecho a votar, ha previsto la posible contingencia de que el elector estuviera ausente circunstancialmente del lugar y en el justo momento de su ejercicio, y de este modo, con carácter de generalidad, se le permite ejercer el voto por correspondencia, previa solicitud a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral que acreditará su inscripción en el Censo³.

Ciertamente, esta solución sirve, pero no colma las necesidades de los miembros de las Fuerzas Armadas que, para el desarrollo de las funciones que se les encomiendan, puedan encontrarse embarcadas o en el desarrollo de misiones en el exterior relacionadas con la seguridad y defensa nacional, normalmente en lugares lejanos de difícil acceso o en países donde existe o hay riesgo de conflicto armado. Para paliar esta deficiencia y con el ánimo de garantizar su derecho al voto, se le otorga un cauce específico y concreto y, lo que es más importante, amparado en un marco normativo adecuado al caso.

¹ El artículo 23.1 de la Constitución española dispone que: «Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». El artículo 2.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que constituye su desarrollo normativo, establece que: «El derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente».

² El artículo 15.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas establece lo siguiente:

«Los miembros de las Fuerzas Armadas tienen derecho de sufragio activo; lo pueden ejercer de conformidad con lo establecido en la legislación sobre régimen electoral general. Las autoridades competentes y los mandos militares establecerán los procedimientos y medios necesarios para facilitar el voto de los militares que se encuentren en cualquier destino y misión, en especial fuera del territorio nacional o cuando estén de servicio o guardia coincidiendo con llamadas electorales».

³ Artículo 72 y 73 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Sin embargo, el procedimiento diseñado al efecto, quizás, no resulte el más idóneo habida cuenta la problemática que del mismo se genera en la realidad.

Inicialmente y, es algo evidente, no contempla todas las posibilidades en relación a los sujetos militares electores, y es que, cuando una unidad militar es embarcada o se debe de desplazar fuera de la localidad de residencia, en el territorio nacional o en el exterior, el contingente podrá integrarse, además de los propios militares, por personal civil necesario para el cumplimiento de la misión tales como políticos, médicos, científicos, intérpretes, cocineros u otros, además de miembros de la Guardia Civil, integrados o no en el contingente, todos ellos nacionales. El ejercicio al voto por correo de este personal no deja de ser una responsabilidad para el gobierno de la nación y muchas veces choca con la realidad porque, sin dejar de considerar que se trata de un derecho fundamental y que se debe de garantizar, debe ajustarse a un procedimiento propio en el que ampararse que no tiene por qué ser el arbitrado para los miembros de las Fuerzas Armadas o, de serlo, especificarse así legalmente, habida cuenta de las responsabilidades disciplinarias y/o penales que se pudieran derivar de su defectuosa gestión⁴. En consecuencia, estas situaciones problemáticas deberán identificarse, deslindarse y normativizarse para mayor seguridad jurídica y, en consecuencia, analizar la forma en la que se debe de gestionar su voto por correspondencia caso de ser necesario.

Por otro lado, el proceso de votación es largo y, sobre todo complicado, muy ajustado en plazos y dejándose muy poco margen a la resolución de contingencias que, de darse, tendrían consecuencias graves incluidas las disciplinarias y las penales⁵.

Por tanto, resultaría conveniente debatir sobre la posibilidad de modificarlo, aclarando los aspectos subjetivos y simplificándolo, contemplándose como posible una cesión de competencia de gestión que ahora se otorga a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa en favor de unidades de coordinación militares más cercanas a las unidades desplazadas o, por qué no, admitiendo la vía telemática.

⁴ En los artículos 135 a 153 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, que actúa como norma penal específica, se prevén los aspectos derivados de garantías penales y disposiciones generales sobre aplicación de la ley, las personas responsables, delitos y penas.

⁵ *Ibidem*.

2. CUESTIONES PREVIAS: EL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO EN EL EXTERIOR. ASPECTOS DE DERECHO COMPARADO

2.1. EL EJERCICIO DEL DERECHO AL VOTO DE LOS NACIONALES AUSENTES

Configurado el derecho al voto como un derecho de carácter fundamental y ante la importancia de cada voto en los distintos procesos legislativos, se ha creído oportuno regular y facilitar el ejercicio del derecho al voto de una persona que, en el desarrollo de un proceso de elecciones en su país, se encuentre ausente.

Ese compromiso, fundamentado inicialmente en el fenómeno de la inmigración, se ha adquirido internacionalmente por los Estados en virtud de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990⁶.

A nivel nacional, muchos países lo han llevado expresamente a sus legislaciones internas. Algunos, como en Sudamérica, incorporándolo directamente a sus textos constitucionales, como así ocurre en México⁷, Colombia⁸, Ecuador⁹ y Perú¹⁰; y, otros, simplemente, incorporados a

⁶ Artículo 41 de la Convención.

⁷ El artículo 36 de la Constitución mexicana de 1917, modificada el 22 de agosto de 1996, regula el voto de los ciudadanos en el exterior.

⁸ El artículo 171.2 de la Constitución de Colombia de 1991, dispone que «los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar las elecciones para el Senado de la República»; el artículo 176 *in fine*, por su parte, dice que «la ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior». El artículo 116 del Decreto 2241 de 1986 por el que se aprueba el Código Electoral de este país especifica el proceso a través de las Embajadas, Consulados y demás locales habilitados previa inscripción de la cédula de ciudadanía o pasaporte vigente.

⁹ El artículo 63.1 de la Constitución ecuatoriana de 2008 precisa que «las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior tienen derecho a elegir a la Presidenta o Presidente y a la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, representantes nacionales y de la circunscripción exterior y podrán ser elegidos para cualquier cargo».

¹⁰ El artículo 187 de la Constitución de Perú de 1993 dispone que la ley contendrá normas especiales para facilitar el voto de los peruanos que residan en el extranjero. Precisan los artículos 224 y 225 de la Ley Orgánica de Elecciones, n.º 26859, de 1997, el modo de hacerlo en el local de la Oficina Consular del Perú en el correspondiente país o, en su defecto, donde señale el funcionario consular.

la legislación específica en materia electoral como Argentina¹¹, Brasil¹², República Dominicana¹³, Honduras¹⁴ o Venezuela¹⁵.

En estos países, el derecho de sufragio de los ausentes se configura desde dos perspectivas diferentes. Un grupo, entre los que se encuentran Brasil, Ecuador, Honduras y México, el proceso electoral sirve para la elección de un órgano representativo de carácter nacional, tipo Presidencia o Vicepresidencia; en otras naciones como Argentina, Perú, Venezuela o Colombia, los electores ausentes participan de los comicios nacionales directamente como si estuvieran en el territorio del Estado, aunque con una mecánica de proceso distinta, normalmente a través de sus Embajadas o Consulados.

En Europa, como ocurre en Portugal¹⁶ o Italia¹⁷, el sistema consiste en la elección de unos representantes constituidos a modo de circunscripción especial exterior.

¹¹ El artículo 1 de la Ley 24.007 de creación del registro de electores residentes en el exterior dice que

«los ciudadanos argentinos que, residiendo en forma efectiva y permanente fuera del territorio de la República Argentina, sean electores nacionales de acuerdo a lo dispuesto en el Código Electoral Nacional y se inscriban en el Registro de Electores Residentes en el exterior establecido en el artículo siguiente, podrán votar en las elecciones nacionales».

¹² Artículo 225 de la Ley Electoral de Brasil de 2017 n.º 14.488.

¹³ El artículo 82 de la Ley Electoral 275-97, de 21 de diciembre de 1997 dice que «los dominicanos residentes en el extranjero, [...] podrán ejercer el derecho al sufragio para elegir Presidente de la República y Vicepresidente de la República».

¹⁴ La Ley Especial de 2001 para el ejercicio del sufragio de los hondureños en el exterior dispone en su artículo 3 que «los electores hondureños residentes en el exterior solo ejercerán el sufragio para elegir Presidente de la República y Designados a la presidencia» y lo harán, reza el artículo 2, a través de los Consulados Generales o de las Secciones Consulares.

¹⁵ El artículo 99 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política n.º 5223, de 28 de mayo de 1998, permite el sufragio de los venezolanos residenciados en el exterior quienes deberán acreditarse en la sede de la representación diplomática o consular correspondiente.

¹⁶ El artículo 14 de la Constitución portuguesa de 1976 (rev. 2005) explicita que «los ciudadanos portugueses que se hallen o residan en el extranjero gozarán de la protección del Estado para el ejercicio de los derechos y estarán sujetos a los deberes que no sean incompatibles con la ausencia del país».

¹⁷ Dispone el artículo 48 de la Constitución italiana de 1947 (tras la reforma operada por la Ley Constitucional n.º 1/2000, de 17 de enero) que

«la ley establecerá los requisitos y modalidad de ejercicio del derecho de voto de los ciudadanos residentes en el extranjero, asegurando su efectividad. Con ese fin se crea una circunscripción extranjera para la elección de las Cámaras, a la que serán asignados escaños en el número fijado por la norma constitucional y según los criterios determinados por las leyes».

El artículo 56 especifica que 12 de los 630 miembros de la Cámara de los Diputados se elegirán en esa circunscripción; según el artículo 57, 6 de los 315 senadores electivos se elegirán por los residentes en el extranjero. La Constitución, a su vez, se desarrolla por la

En España, el artículo 68.5.2 de la Constitución dispone que «la ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España».

Como sucede en Argentina o Colombia, y también Estados Unidos y Canadá, en España, los electores desplazados participan directamente en los comicios como cualquier nacional no desplazado.

Bien es cierto que la normativa española a este respecto no distingue el tipo de proceso electoral que se entenderá afectado, máxime en un país como el nuestro en el que las elecciones pueden tener naturaleza nacional, autonómica o local. En este sentido, se produce, *por mor* de la legislación propiamente electoral, una extensión a todo tipo de proceso de elecciones.

El voto por correspondencia o por correo. Descripción de la situación en España y planteamiento inicial

En aras de la efectividad, la totalidad de los países recurren a la modalidad de voto por correspondencia o por correo para el ejercicio de sufragio activo de sus nacionales, incluidos el personal de las Fuerzas Armadas siempre y cuando este derecho les sea reconocido *per se*¹⁸, que se encuentran desplazados fuera del territorio nacional en el momento en el que existe un proceso de elecciones el procedimiento.

La elección de este sistema exige que existan determinadas garantías de éxito y que permitan que el proceso en cuestión sea personal, libre, secreto y con pretensión de efectividad.

En España el acogimiento de este sistema de voto por correo se puede predicar de dos tipos de grupos que debemos de diferenciar con el fin de determinar el procedimiento a seguir en cada caso.

La cuestión, no exenta de incertidumbre y polémica, dado que se admiten distintos cauces, más o menos beneficiosos, según la legislación aplicable en cada caso.

Por un lado, nos encontramos los ciudadanos, civiles o militares, que se encuentran residiendo en el extranjero. Estos a su vez, pueden ser aquellos cuya residencia en el exterior tiene una cierta continuidad en el tiempo, llamados CERAS y los residentes temporalmente fuera de territorio nacional en época de elecciones o ERTAS.

Por otro, se encuentran aquel grupo de personas vinculados con las Fuerzas Armadas, que puntualmente están fuera de España con el fin del

Ley n.º 459, de 27 de diciembre de 2001, de normas para el ejercicio del derecho de voto de los ciudadanos italianos residentes en el exterior.

¹⁸ Mediante consulta directa a los organismos electorales, se repara en que países como Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras y Paraguay no tienen reconocido el derecho al voto del personal militar.

cumplimiento de una labor encomendada por el país o que están embarcados o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional.

Por tanto, el voto por correo en España¹⁹ puede ser empleado por residentes que se hallen en territorio de nuestro país, como residentes en el extranjero²⁰, con la única consideración de que el mismo debe de estar supeditado a los principios exigibles en cualquier proceso electoral, personal, libre, secreto y efectivo, cuya supervisión y control se realiza por un órgano encargado específicamente de ello, la Junta Electoral Central.

Cuando la situación descrita afecta directamente a los miembros de las Fuerzas Armadas que se encuentran embarcados o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional, se ha hecho preciso elaborar un mecanismo especial para ello.

3. EL VOTO POR CORREO DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS QUE SE ENCUENTREN EN UNA SITUACIÓN EXCEPCIONAL. APROXIMACIÓN LEGISLATIVA Y ESTRUCTURAL

El acomodo legislativo a la normativa específica para la regulación del voto por correo de los militares desplazados en el exterior nace en el artículo 74 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.

El precepto trata genéricamente de amparar tres situaciones peculiares y totalmente distintas que es necesario deslindar.

Por un lado, el ejercicio del voto por correo del militar en las circunstancias dichas. Por otro, el de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en el exterior. Y, finalmente, el del voto por correo de los ciudadanos que se hallen temporalmente en el extranjero²¹.

¹⁹ El voto por correo está previsto en otras legislaciones como en Alemania, de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 de la Ley Electoral Federal, o en Italia según lo dispuesto en la Ley 459, de 27 de diciembre de 2001, de normas para el ejercicio del voto de los ciudadanos italianos residentes en el exterior y en el Reglamento de desarrollo n.º 104, de 2 de abril de 2003 y que, hasta hace poco, había sido rechazado.

²⁰ En México e Italia, de acuerdo con la legislación electoral propia, el voto por correo está reservado exclusivamente a los nacionales que residen en el exterior de cada uno de los países.

²¹ El artículo 74 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, dice que:

«El Gobierno, previo informe de la Junta Electoral Central, regulará las especialidades respecto de lo dispuesto en los dos artículos anteriores para el voto por correo del personal embarcado en buques de la armada, de la marina mercante o de la flota pesquera, del personal de las fuerzas armadas españolas y de los cuerpos y fuerzas de seguridad

Cada una de las situaciones planteadas, especialmente la primera de las citadas exige un desarrollo normativo mucho más específico cuya evolución va a depender de la actividad para la que se ha requerido al colectivo de que se trate en cada momento.

3.1. PRIMEROS ANTECEDENTES

Hasta finales de los años 80 la actividad de las Fuerzas Armadas en el exterior resultaba muy escasa, por lo que no se creía conveniente tener una regulación normativa del todo específica del voto por correo de sus miembros que se hallaban desplazados circunstancialmente. Hasta entonces y desde 1977, el legislador se limitaba a normativizar el supuesto típico del personal embarcado en periodo de elecciones, que, aun no estando previsto para el colectivo militar, estos se beneficiaban del proceso a la hora de ejercer el voto. Para ellos se preveía un procedimiento especial de votación consistente en permitir y facilitar a la navegación la arribada y toque de puertos conocidos, normalmente en España.

En 1990, cuando el ejército español empieza a participar en operaciones internacionales de mantenimiento de la paz, se comienza a prestar más atención a la necesidad de regular este derecho con más detalle para que los miembros de las Fuerzas Armadas españolas tengan garantizada la respuesta a este derecho fundamental.

En estos condicionantes, se publica la Orden del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno de 28 de septiembre de 1990, cuyo objetivo va a ser el de regular el ejercicio del derecho de voto del personal embarcado en buques de la Armada destinado en misiones de paz internacionales²².

Poco más tarde, la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 421/1991, de 5 de abril, en virtud de la cual se dictaban normas reguladoras de los procesos electorales precisó del desarrollo normativo de la Orden Ministerial 53/1993 de 11 de mayo, por la que se regulaba el ejercicio del derecho al voto en los próximos procesos electorales del personal destinados en misiones de paz internacionales²³ (Gálvez Muñoz, 2007: 24 y 25).

del Estado que están cumpliendo misiones en el exterior, así como para el voto por correo de los ciudadanos que se encuentren temporalmente en el extranjero entre la convocatoria de un proceso electoral y su celebración».

²² BOE n.º 234/1990, de 29 de septiembre. Pp. 28346.

²³ BOE n.º 115/1993, de 14 de mayo.

3.2. REGULACIÓN ACTUAL

3.2.1. El factor decisivo de incremento de operaciones militares

Desde 1990 y, especialmente estos últimos años, podemos observar un crecimiento exponencial de la actividad de las Fuerzas Armadas en el exterior, bien, integrándose sus miembros a bordo de buques de la Armada, hecho que ya conocíamos, o, bien, participando en operaciones de mantenimiento de la paz, abriéndose el abanico a miembros de los ejércitos.

Consecuentemente, la regulación legal del voto por correo del personal militar va a empezar a resultar, no solo necesaria, sino que se va exigir que se haga de forma exhaustiva, en el ánimo de garantizar el derecho fundamental a ejercer su voto por correo.

Los últimos procesos electorales celebrados en España son una prueba de ello.

En las elecciones generales celebradas el 10 de noviembre de 2019²⁴, ejercieron su derecho al voto un total de 3.137 militares, desplegados en misiones y buques en cuatro continentes, en 26 lugares diferentes del mundo (16 Zonas de Operaciones y 10 buques de la Armada) y en distintas rotaciones y desplazamientos puntuales, destacando las operaciones que se desarrollan en Afganistán, Letonia, Somalia, Líbano, Mali, Irak y República Centroafricana, entre otras.

En las elecciones a los Parlamentos vasco y gallego que tuvieron lugar el 12 de julio de 2020, a pesar de las dificultades extremas de comunicación con las distintas zonas de operaciones derivadas de la crisis sanitaria producida por el COVID-19²⁵, se procedió a facilitar la documentación electoral a 211 solicitantes, habiendo ejercido su derecho al voto un total de 145 militares, algunos embarcados en dos buques de la Armada española, la Fragata «Álvaro de Bazán» que presta sus servicios en la Operación «SNMG-2 Mediterráneo-Mar Negro» y el PA «Arnomendi» que participa en un despliegue en apoyo de la Secretaría General de Pesca en el área de la «North Atlantic Fishing Organization» y otros pertenecientes al Ejército de Tierra desplegados en 2 misiones, UNIFIL «Libre Hidalgo» que se desarrolla en Marajayoun (LIBANO) e «Inherent Resolve» en Bagdad y Taji (IRAK).

²⁴ Nota de prensa de 7 de noviembre de 2019 publicada en la página web del Ministerio de Defensa.

²⁵ Según nota de prensa ministerial de 9 de julio de 2020.

En el proceso electoral para el Parlamento de Cataluña de 14 de febrero de 2021²⁶, del mismo modo destacando las dificultades que generó la pandemia del COVID-19, se facilitó el voto por correo a 205 solicitantes, ejerciendo el mismo un total de 127 militares pertenecientes al Ejército de Tierra desplegados en 4 misiones, UNIFIL «Libre Hidalgo» Marjayoun (Líbano), EFP Letonia (Adazi), República Centro Africana RCA (Bangui) y Apoyo Irak (Bagdad).

En las elecciones a la Asamblea de Madrid de 4 de mayo de 2021, se procedió a gestionar el voto, a pesar de las dificultades de la crisis sanitaria mencionada, a 386 solicitantes, ejerciéndolo 376 pertenecientes a los ejércitos y la Armada²⁷.

3.2.2. Bloque normativo vigente

La ley Orgánica de Régimen Electoral General, en términos prácticamente idénticos a la regulación a la que hemos hecho referencia anteriormente, resulta desarrollada por el Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales, vigente en la actualidad, en el que se recoge aspectos específicos del voto por correo del personal embarcado, incluido el perteneciente a la Armada²⁸.

Su Disposición Adicional 3.^a, en lo que al Ministerio de Defensa se refiere, arbitra una habilitación normativa para este personal, extendiéndolo a unidades militares terrestres y aéreas, destacadas fuera de territorio nacional en situaciones excepcionales y que participe o coopere con países aliados u organizaciones internacionales en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz internacional²⁹.

²⁶ Nota de prensa ministerial de 12 de febrero de 2021.

²⁷ Nota de prensa ministerial de 30 de abril de 2021.

²⁸ Artículo 9.

²⁹ Disposición Adicional 3.^a del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales:

«Por el Ministerio de Defensa se podrán dictar las normas que resulten necesarias para la adaptación de lo previsto en el artículo 9 del presente Real Decreto si personal embarcado en buques de la Armada, cuando se encuentren en situaciones excepcionales, vinculadas con la Defensa Nacional, que así lo aconsejen. En dichas normas podrán incluirse, asimismo, las previsiones oportunas para asegurar el ejercicio del derecho al sufragio mediante el voto por correo, del personal perteneciente a unidades militares terrestres o aéreas que se encuentre destacado fuera del territorio nacional, en las precisadas situaciones excepcionales, y que participe o coopere con las Fuerzas de los países aliados y de Organizaciones internacionales en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz internacional».

Esto ha traído que el Ministerio de Defensa, como también ha correspondido hacer al Ministerio del Interior, como más tarde veremos³⁰, se haya visto obligado a efectuar el desarrollo normativo oportuno para gestionar el voto por correo de su personal que se halle desplegado en el extranjero realizando una operación de índole internacional. Y lo ha hecho mediante la Orden Ministerial 116/1999 de 30 de abril, por la que se regula el ejercicio del derecho al voto en los procesos electorales del personal de las Fuerzas Armadas embarcado o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional y la Instrucción Comunicada n.º 156, de 17 de octubre de 2011, del subsecretario de defensa, sobre el ejercicio del derecho al voto por correo de determinado personal de las Fuerzas Armadas³¹.

Constituye un nuevo avance que en estas normas de desarrollo se especifique ya que el personal afectado es el embarcado en buques de la Armada o que, perteneciendo a unidades militares terrestres, vinculadas con la defensa nacional y que participe o coopere con las fuerzas de los países aliados y de organizaciones internacionales en misiones de asistencia humanitaria o mantenimiento de la paz internacional³².

Sucintamente, el procedimiento que se establece en la normativa vigente se origina con la remisión por parte del comandante del buque o del jefe de la unidad del listado del personal que desea acogerse a esta vía, dirigiéndola al director general de personal militar del Ministerio de Defensa. Esta autoridad, a su vez, tramitará las solicitudes del certificado de inscripción en el censo, haciéndolas llegar a las delegaciones provinciales de la Oficina del Censo Electoral, que después de las comprobaciones oportunas expedirá la correspondiente documentación electoral, entre la fecha de la convocatoria y 10 días antes de la votación.

La misma se remitirá nuevamente a la dirección general para entregarla, del modo más urgente posible, al comandante del buque o jefe de unidad, máximo responsable de su custodia, seguridad, integridad y secreto. Verificado el voto devolverá la documentación, nuevamente, a la jefatura de personal ministerial quien se encargará de hacerla llegar a la mesa electoral a través del organismo autónomo de Correos y Telégrafos, antes del tercer día previo al de la celebración de las elecciones³³.

³⁰ Disposición Adicional 4.ª del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales.

³¹ Esta norma deroga la también Instrucción Comunicada n.º 149/10, de 6 de octubre, del Subsecretario de Defensa, sobre el ejercicio del derecho al voto por correo de determinado personal de las Fuerzas Armadas.

³² Artículo primero de la Orden 116/1999, de 30 de abril, por la que se regula el ejercicio del derecho al voto en los procesos electorales del personal de las Fuerzas Armadas embarcado o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional.

³³ Artículos segundo y siguientes de la misma norma.

La instrucción comunicada matiza alguna cuestión importante al respecto de lo dicho, indicando que será el Director General de Personal del Ministerio de Defensa el que entregará la solicitud de voto de los militares desplazados a la oficina del censo electoral quien dividirá las mismas por provincias, remitiéndolas a las oficinas provinciales de la oficina del censo electoral, para expedir la documentación. La documentación será entregada a las delegaciones y subdelegaciones de defensa que las harán llegar, en traslado personal, a la Dirección General de Personal. Este organismo se auxiliará de los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos o autoridades en las que estos designen para la entrega a los electores y, si fuese necesario por existir afectados varios Ejércitos, se podrá recabar la coordinación del mando de operaciones, o autoridad en la que delegue.

4. LOS SUPUESTOS CONFLICTIVOS

Parece claro que el procedimiento descrito anteriormente debe de aplicarse al personal de las Fuerzas Armadas embarcado o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional y que participe o coopere, con las fuerzas de los países aliados y de organizaciones internacionales en misiones de asistencia humanitaria o mantenimiento de la paz internacional.

Sin embargo, este sistema que se ha ofrecido para facilitar el voto a ese personal y por lo tanto muy cómodo y sencillo para el elector, puede ser muy recurrente en algunas situaciones que aparentemente pueden ser dudosas y que es preciso clarificar, atendidas las responsabilidades de quien tiene la capacidad de aceptar la solicitud no correspondiendo y las que, desde entonces, está dispuesto a asumir, con la circunstancia a tener en cuenta de que, además, se puede llegar a perjudicar el derecho fundamental al voto de un elector.

4.1. LA PROBLEMÁTICA SUBJETIVA

4.1.1. Desplazamientos internos o externos en misiones distintas a las previstas

Conviene abordar estas situaciones dudosas con un supuesto que aparentemente no debía de plantear ningún problema, pero que en ocasiones ha requerido pronunciamiento al efecto tras la solicitud de ciertos interesados.

Se trata, por un lado, de determinado personal militar que en época electoral ha tenido que desplazarse fuera de su lugar de residencia para participar en maniobras y ejercicios militares periódicos y, consiguientemente, podrían tener dificultades para poder votar de forma presencial.

Lo cierto es que no son acreedores de que se les pueda aplicar el procedimiento previsto para los miembros de las Fuerzas Armadas que se han desplazado fuera del territorio nacional en circunstancias de excepcionalidad.

Las opciones son claras en este caso.

Este personal puede optar por un voto presencial, si hubiera posibilidad de autorización del mando sopesando las necesidades del servicio que pudieran verse afectadas, o por el voto por correo previsto en el artículo 72 de la Ley Orgánica Electoral General, como cualquier otro elector afectado, previendo con tiempo suficiente los mínimos requisitos para ello, esto es: solicitud al efecto en la Oficina Provincial del Censo Electoral que comprobará sus datos de inscripción y enviará la documentación de votación al domicilio indicado, para que, verificado, sea remitido por correo certificado a la mesa electoral.

Por otro lado, no cabe incluir en el procedimiento que nos ocupa analizar, también de forma clara, otro tipo de buques de la armada o unidades militares que, en el periodo electoral, se desplacen para el desarrollo de misiones distintas a las descritas.

Actuar de otra forma desnaturalizaría el uso de los procedimientos establecidos, con el reproche disciplinario o penal que resultase oportuno.

4.1.2. CERAS y ERTAS

Dentro del voto por correspondencia, sin duda, hemos de referirnos al caso, más allá de la mención que se hizo con anterioridad, de los residentes españoles en el extranjero.

Recordamos que pueden ser de dos tipos los electores-residentes, normalmente personal civil, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o militar destinados en Embajadas españolas en el extranjero o en Cuarteles Multinacionales, denominados CERAS y los ciudadanos que se encuentran temporalmente fuera de territorio nacional en época de elecciones, llamados ERTAS. Ambos disponen de un procedimiento de votación, para cada cual, perfectamente tasado en la ley, pero que ocasionalmente, si afectan a personal militar, se convierten en situación de conflicto.

Los CERAS se regulan por lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, y, así, realizar la solicitud de ejercer el derecho de sufragio activo correspondiente en cada proceso electivo a la Delegación Provincial del Censo Electoral, acompañando copia de la documentación acreditativa de su personalidad y debiendo estar inscritos en el censo de electores residentes-ausentes. Tras las comprobaciones de rigor, se les remitirá, vía correo certificado al domicilio que indiquen, la documentación necesaria y tendrán dos opciones de voto, una por correo dirigido a la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática, antes del quinto día anterior al de la votación, y, otra, depositando el voto en una urna en las Oficinas o Secciones Consulares de la Misión Diplomática, el día anterior al de la elección³⁴.

Los ERTAS o electores españoles que se encuentren circunstancialmente en el extranjero, del mismo modo, tienen una regulación específica, no pudiendo acogerse al derecho de sufragio mediante el voto por correo, ni tampoco al procedimiento que se ha descrito para el personal CERA. Se impone como requisito estar inscrito en el Registro de Matrícula Consular como no residentes y el trámite es similar, en esencia al de los residentes-ausentes, solicitando el ejercicio al voto con la documentación facilitada por la Oficinas Consulares de Carrera o Secciones Consulares de Embajada o descargada telemáticamente; remitida la documentación por la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, previas comprobaciones, al domicilio indicado en la solicitud, se cumplimentará por el elector adecuadamente y será enviado por correo certificado a la Mesa electoral, antes del tercer día previo a la celebración de las elecciones³⁵.

Sin embargo, *de facto*, CERAS y ERTAS, cuando se trata de personal militar, han generado cierta problemática casual, pretendiendo acogerse al procedimiento establecido para el personal militar embarcado o en misión internacional, quizás por no haber cumplimentado las formalidades exigidas o, simplemente, por resultar más sencillo de ejecutar.

Incluso, se puede dar el caso de situaciones, en las que este personal es requerido para desplazarse fuera del lugar de su domicilio en el extranjero para participar en maniobras o ejercicios militares, apoyados por militares

³⁴ Artículo 75.

³⁵ Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales y Real Decreto 1621/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de votación para los ciudadanos españoles que se encuentran temporalmente en el extranjero. Su anexo 6 se modifica por la Orden INT/358/2015, de 27 de febrero, de regulación complementaria de los procesos electorales.

residentes en España, denominados *augmentees*, que también podrían solicitar acogerse a ese procedimiento³⁶.

En nuestra opinión, no correspondería que el personal afectado se pudiera acoger al procedimiento establecido para militares embarcados o en misión internacional, puesto que, además de estar amparados por un procedimiento establecido, respecto del cual debían de haber previsto las contingencias, no reúnen las condiciones exigidas para su aplicación en la legislación aplicable.

Y es que la Orden 116/1999 es taxativa definiendo el ámbito de aplicación para el personal «embarcado en buques de la armada, o que perteneciendo a unidades terrestres o aéreas se encuentre destacado fuera del territorio nacional participando o cooperando en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz». Lo contrario sería incurrir en responsabilidad.

El caso de los *augmentees* es, del mismo modo, meridianamente claro, puesto que estos militares con residencia en España que se desplazan a un país extranjero para apoyar determinados ejercicios militares temporales, debieron de prever la situación electoral que les pudiera afectar y obrar en consecuencia, bien mediante el voto por correo nacional, el de los residentes temporalmente en el extranjero, auxiliándose de los servicios consulares, o, incluso, beneficiándose de permisos, si el mando, atendidas las necesidades del servicio, lo considera oportuno³⁷.

³⁶ Con ocasión de las elecciones generales del 10 de noviembre de 2019, se planteó la posibilidad de solicitar autorización a la Junta Electoral Central para ejercer el voto por correo previsto en la Orden 116/1999 para el personal con destino en el Cuartel General del Eurocuerpo CEEUR (Estrasburgo. Francia) que participaba en el Ejercicio «Trident Júpiter 2019» para la validación de la Fuerza de Respuesta Reforzada de la OTAN (NRF) en Stavanger (Noruega) y Rota (España), así como otro personal del Ejército de Tierra que desde territorio nacional fueron comisionados para apoyo en el mismo con carácter forzoso o *augmentees*, entre el 14 de octubre y el 22 de noviembre de 2019 en Stavanger (Noruega), Brunssum (Países Bajos), Rota (España) o embarcaría en el USS Mount Whitney, coincidiendo con el periodo electoral. Se justificaba que el Ejercicio tendría la consideración de Operaciones en el Exterior como NRF, recogida en el *Acuerdo de Consejo de Ministros de fecha 28 de diciembre de 2018*, por la que se asignan fuerzas y capacidades de la e-NRF y VJTF de la Alianza y, el personal afectado, por tanto, debería de estar incluido en el procedimiento previsto que además no podría ejercitar este derecho de otra manera. Además, personal afectado, considerándose agraviado, hizo reclamaciones individuales en ese sentido o se diese otra posibilidad, con un procedimiento alternativo que garantizase ejercer su derecho fundamental al voto o, en su caso, se les autorizase a ausentarse del ejercicio para ello.

³⁷ La decisión que se tomó entonces fue que el personal destinado en el CG del Eurocuerpo (Estrasburgo) así como el personal del Ejército de Tierra destinado en España que participará en el ejercicio como *augmentee*, queda fuera del ámbito de aplicación de esta normativa, por no estar participando en operaciones de asistencia humanitaria o mantenimiento de la paz, por lo que no era posible prestar el apoyo solicitado al no contar con

4.1.3. Los miembros de la Guardia Civil

Además de los militares, también el personal del Benemérito Instituto de la Guardia Civil tiene derecho a ejercitar el derecho fundamental al voto en cualquier circunstancia como así dispone la norma que regula sus derechos y deberes³⁸.

Esta disposición, a su vez, se ha desarrollado por el Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales que en su Disposición Adicional 4.^a, habilita al Ministerio del Interior para dictar las normas necesarias, igual que ocurre para el Ministerio de Defensa, para regular que las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado puedan ejercer el derecho al voto por correo cuando se hallen fuera de territorio nacional en situaciones excepcionales relacionadas con la defensa nacional similares a las de los miembros de las Fuerzas Armadas³⁹.

Inicialmente, el Ministerio del Interior no se decidía a concretar ese desarrollo normativo previsto que provocaba distintas eventualidades, no exentas de cierta polémica, en el sentido de que fuera el Ministerio de Defensa el encargado de gestionar el voto de los Guardias Civiles, máxime incrustados en unidades de carácter militar.

La cuestión ya se planteó por primera vez con motivo de las elecciones al Parlamento de Cataluña que tuvieron lugar en fecha 21 de diciembre de 2017 y se ha repetido en cada proceso electoral.

Entonces, la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa significó a la Secretaría de Cooperación Internacional de la Guardia Civil que era competencia de la Guardia Civil la gestión del voto por correo de dicho personal, en virtud de lo previsto en la Disposición Adicional 4.^a del

la cobertura legal necesaria, que, por otro lado, le era otorgada a ese personal por tratarse de personal CERA (personal residente en el extranjero e inscrito en el Censo electoral de españoles residentes ausentes), sujeto, en este sentido, a otra normativa específica.

³⁸ El artículo 10.1 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil dispone que:

«Los Guardias Civiles ejercerán el derecho de voto de acuerdo con lo establecido en el régimen electoral general. Las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para posibilitar su ejercicio, especialmente cuando deban prestar servicio coincidiendo con jornadas electorales y durante sus misiones en el extranjero».

³⁹ La Disposición Adicional 4.^a del Real Decreto 605/1999, establece:

«Por el Ministerio del Interior se podrán dictar las normas que resulten necesarias para la adaptación de lo previsto en el artículo 9 del presente Real Decreto, a fin de asegurar el ejercicio del derecho al sufragio, mediante el voto por correo, del personal de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que se encuentren en las circunstancias establecidas en la disposición adicional tercera».

Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementarla de los procesos electorales.

Sin embargo, la Secretaría de Cooperación Internacional de la Guardia Civil comunicó, previo Informe de la Asesoría Jurídica de la Dirección General de la Guardia Civil, que mientras el personal de la Guardia Civil permanezca integrado en una Unidad militar desplazado para el cumplimiento de una misión internacional de paz, el personal del cuerpo tiene a todos los efectos la consideración de personal de las Fuerzas Armadas, sujetos a los mismos derechos y deberes que ese personal, y por tanto le sería de aplicación la normativa sobre ejercicio del derecho de voto por correo que contempla la Orden Ministerial 116/1999, de 30 de abril, por la que se regula el ejercicio del derecho al voto en los procesos electorales del personal de las Fuerzas Armadas embarcado o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional.

Recabado informe de la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa se concluyó que por parte de este ministerio podría gestionarse el referido derecho de sufragio activo del personal de la Guardia Civil, en las circunstancias descritas, siempre y cuando esté habilitado por el Ministerio del Interior, lo que puede realizarse a través de la aprobación de la orden ministerial correspondiente que pueda dictarse al efecto.

Lo cierto es que el personal de la Guardia Civil, mientras permanezca integrado en una unidad militar desplazada para el cumplimiento de una misión internacional de paz, tiene a todos los efectos la consideración de personal de las Fuerzas Armadas⁴⁰.

Es más, los miembros de la Guardia Civil, en esos casos, se encuentran sujetos a los mismos derechos y deberes, incluidos el ejercicio del derecho al voto contemplado en la Orden Ministerial 116/99, que el personal militar⁴¹.

⁴⁰ Así se determina en distintas normas como en el artículo 4.4 del Real Decreto 1438/2010, de 5 de noviembre, sobre misiones de carácter militar que pueden encomendarse a la Guardia Civil, el cual establece que «en el cumplimiento de las misiones de carácter militar encomendadas, la Guardia Civil dependerá del Ministro de Defensa», y en lo estipulado en el artículo 5 apartados 2 y 3, los cuales previenen que «en el cumplimiento de las referidas misiones, los guardias civiles tendrán la consideración de fuerza armada, sin perjuicio de su condición de agentes de la autoridad, y quedarán sometidos a lo dispuesto en las normas penales, disciplinarias, y de derechos y deberes de las Fuerzas Armadas», y que «cuando las misiones de carácter militar encomendadas supongan la participación en operaciones y ejercicios, las unidades y los miembros de la Guardia Civil también quedarán sujetos al estatuto de la fuerza de la que formen parte».

⁴¹ La Disposición Adicional 1.^a de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, de Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil explicita que: «En los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación vigente, los miembros de la Guardia Civil, en su condición de Instituto Armado de naturaleza militar, pasen a depender del Ministro de Defensa

Por otro lado, y sin perder de vista esa consideración, los miembros de la Guardia Civil conservaban su condición de agente de la autoridad de la cual carecen la mayoría de los componentes de las Fuerzas Armadas, sigue estando vinculado orgánicamente con la Dirección General de la Guardia Civil⁴².

Lo cierto es que no se podía ni puede pretender extender en aplicación toda la normativa de índole militar a los miembros del Benemérito Instituto que participan en misiones internacionales de paz, debiendo mantener cada colectivo sus propias normas, sobre todo si se alejan de cuestiones de tipo operativo más propias del ámbito castrense, como es el caso del ejercicio del derecho fundamental de sufragio activo.

Además, ya se había establecido que las Autoridades competentes del Ministerio del Interior en el caso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como han hecho las del Ministerio de Defensa para el personal que integra las Fuerzas Armadas, adoptarán las medidas necesarias para posibilitar el ejercicio al sufragio activo en aquellos casos en los que deban prestar servicio coincidiendo con jornadas electorales y durante sus misiones en el extranjero.

Ello no compete, sin habilitación, al Ministerio de Defensa, con los consiguientes efectos oportunos que pudieran desprenderse.

No obstante lo dicho, y, suscitada la problemática muy cercana a cada proceso electoral, para evitar que el personal de la Guardia Civil integrado en unidades militares se quedase sin votar, se salvó el problema generándose una habilitación transitoria *ad hoc*, para lo cual el Ministerio del Interior, remitió en favor del Ministerio de Defensa una solicitud de colaboración para la gestión del voto por correo del personal de la Guardia Civil que forman parte de las misiones de paz, sin perjuicio de informar que se había iniciado el proceso de desarrollo legislativo.

En cualquier caso, el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, no el Ministerio del Interior, ha aprobado la Orden PCM/163/2021, de 22 de febrero, por la que se regula el ejercicio del derecho al sufragio activo, mediante el voto por correo en los procesos electorales del personal de la Guardia Civil en situaciones excepcionales vinculadas con la Seguridad Nacional⁴³, estableciéndose en su seno una

o queden integrados en Unidades Militares, se regirán por la normativa sobre derechos y libertades aplicables a los miembros de las Fuerzas Armadas».

⁴² El artículo 5.1 del Real Decreto 1438/2010, de 5 de noviembre, determina que: «El desempeño de las misiones de carácter militar por parte del personal de la Guardia Civil no supondrá la pérdida de la dependencia orgánica respecto de su Dirección General».

⁴³ BOE n.º 49 de 26 de febrero de 2021. Pp. 23335 a 23338.

habilitación en favor del Ministerio de Defensa para su ejecución efectiva, dada de la naturaleza militar del personal de la Guardia Civil, las circunstancias de equiparación personal que concurren en el caso y otras cuestiones de tipo práctico.

La norma, en este sentido, distingue dos situaciones, olvidándose, curiosamente, del resto de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que también, sobre todo el Cuerpo Nacional de Policía, tiene personal desplazados en el exterior cooperando con países aliados y de organizaciones internacionales⁴⁴.

Por un lado, a los miembros de la Guardia Civil en situaciones excepcionales con la seguridad nacional, que, en esencia, es similar al de las Fuerzas Armadas, dando a la Secretaría de Cooperación Internacional de la Dirección General de la Guardia Civil, las mismas funciones que a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa.

Por otro lado, se contempla al personal del Benemérito Instituto desplegado junto a personal de las Fuerzas Armadas españolas, en cuyo caso, se les aplicará el procedimiento previsto para los militares.

La Orden, además, autoriza a la Dirección General de la Guardia Civil para que adopte, en el ámbito de sus competencias, cuantas medidas sean necesarias a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto.

En cualquier caso, parece deseable, que en el segundo de los supuestos y para una adecuada implementación del proceso, se gestase un desarrollo normativo al efecto, o, al menos, se crease una comisión de evaluación conjunta de ambos ministerios, al derivarse responsabilidades para el Ministerio de Defensa.

4.1.4. Los intérpretes y otros civiles que siguen a las Fuerzas Armadas

Otro supuesto en el que se suscitan determinadas cuestiones relativas a la gestión del voto de determinado personal civil, de alguna manera vincu-

⁴⁴ La División de Cooperación Internacional de la Policía Nacional señala que este cuerpo tiene agentes destinados en distintas misiones fuera de España, tales como MINUSTAH (Misión de las Naciones Unidas para la estabilización de Haití), UNMIT (Misión Integrada de las Naciones Unidas en Timor Oriental), EUROPOL-AFGANISTÁN, CICIG (Comisión Internacional contra la impunidad en Guatemala), UNISPSI (Oficina de las Naciones Unidas para la consolidación de la paz en Sierra Leona), UNIOGBIS (Oficina de las Naciones Unidas para la consolidación de la paz en Guinea-Bissau), EUROPOL-COPPS. EUJUST-LEX (de la Unión Europea en Irak), OSCE...

lada a las Fuerzas Armadas, que acompañan a los contingentes militares en el cumplimiento de las misiones que se les han encomendado.

Son diplomáticos, científicos, intérpretes o miembros de las empresas de servicios contratadas, cocineros, personal de limpieza, entre otros.

En puridad, no son personal que pueda acogerse al mismo procedimiento de votación del personal de las Fuerzas Armadas, puesto que tienen su cauce, el mismo que hemos definido para los denominados ERTA⁴⁵.

La problemática se ha planteado fundamentalmente para los intérpretes, no constan oficialmente otras incidencias, desde las elecciones municipales de 24 de mayo de 2015 en la Base Cervantes en Marjayoun (Líbano).

En aquel momento y sirve para la actualidad, se indicó que los electores afectados deberían de solicitar la documentación electoral por correo postal, fax o de manera telemática.

Una vez recibida la documentación electoral realizar el voto por correo postal a la oficina consular.

Sin embargo, como ocurrió en distintos procesos electorales con miembros de la Guardia Civil, encontrándose el proceso de gestión de votos avanzado y en el ánimo de perturbar a persona alguna, más vinculada con las Fuerzas Armadas, en el ejercicio del sufragio activo, se dieron instrucciones al Mando de Operaciones del Estado Mayor de la Defensa para que si entendía que corresponde a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa la gestión del voto a los intérpretes desplegados en zona de operaciones que hayan solicitado el voto por correo, debían de remitir al Órgano de Dirección de la Dirección General de Personal el listado completo del personal intérprete que solicita ejercer el derecho al voto por correo a la mayor urgencia posible para poder realizar la gestión en tiempo, tal y como ha informado la Oficina del Censo Electoral y, para el caso de que la documentación solicitada, no llegase a tiempo el mando de operaciones debería habilitar los medios de transporte necesarios para llevar la documentación electoral del personal afectado a la zona de despliegue, con el fin de no retrasar, así, la salida de vuelos y buques ya prevista por los Ejércitos.

Estas exigencias para que los intérpretes pudieran ejercer su derecho al voto, en procesos electorales posteriores, como ocurrió en las elecciones

⁴⁵ Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales y Real Decreto 1621/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de votación para los ciudadanos españoles que se encuentran temporalmente en el extranjero. Su anexo 6 se modifica Orden INT/358/2015, de 27 de febrero, de regulación complementaria de los procesos electorales.

autonómicas al Parlamento Vasco y Gallego celebradas el 12 de julio de 2020, han sido actualmente sensiblemente rebajadas, bastando que se produzca una solicitud de autorización por parte del Mando de Operaciones al Ministerio de Defensa, entendiéndose, quizás, que lo más importante es garantizar el derecho al voto del personal afectado.

4.2. LA PROBLEMÁTICA SUBJETIVA: ASPECTOS PROCEDIMENTALES

4.2.1. El desarrollo específico de actuaciones

Corresponde entrar ahora en el análisis de la secuencia de actos, sin ningún género de duda, especialísimos que comprende el procedimiento de voto por correo de los militares en el exterior en las situaciones descritas.

Inicialmente se observa la existencia de numerosas etapas y la intervención que pudiera pensarse innecesaria de distintas instancias en un *iter* muy ajustado de plazos convirtiéndolo en un recurso excesivamente arriesgado.

Desde que las elecciones se convocan, se dispone de un plazo de 60 días hasta la celebración de los comicios; ya desde el día siguiente los electores que así lo deseen, incluido el personal militar puede solicitar el voto por correo hasta 10 días antes del de la votación y realizarlo hasta 3 días antes de esa fecha, según dispone la ley en los únicos plazos que esta determina.

En ese marco, el Ministerio de Defensa, y concretamente la Dirección General de Personal, está obligada a gestionar el voto por correo de los militares desplazados que lo soliciten y, para ello, debe de realizar un cronograma de acciones en el que intervienen distintas autoridades, de este y de otros ministerios, muy ajustado temporalmente. Es por ello, que al mismo tiempo que, para mayor eficacia, se interesa el nombramiento de personas de contacto en cada escalón que faciliten la coordinación⁴⁶, se solicita por el Director General de Personal a la Junta Electoral Central que el plazo

⁴⁶ Son estamentos implicados en el proceso en los que se nombrarán coordinadores o POC, la propia Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, la Junta Electoral Central, la Oficina del Censo Electoral y las Oficinas de los Censos Electorales Provinciales, las Delegaciones y Subdelegaciones Provinciales, el Estado Mayor de la Defensa (Mando de Operaciones) y los ejércitos implicados, a parte de los servicios de mensajería encargados de la llevanza de la documentación electoral a la Dirección General de Personal si se considerase su necesidad, y el Servicio de Correos.

de entrega de los votos se amplíe, al menos, un día, lo que normalmente concede.

El siguiente paso, a realizar casi de forma coetánea, es el requerimiento del Director General de Personal a los ejércitos implicados, con la coordinación que ofrezca el Mando de Operaciones del Estado Mayor de la Defensa como encargado del planeamiento operativo de las misiones militares en curso, de la confección de un listado de los miembros de las Fuerzas Armadas, bajo su responsabilidad que solicitasen ejercer el voto por correo mediante este sistema, identificando cada operación con un código⁴⁷. Para ello, cumplimentarán, con la información que aporten el comandante del buque de la armada y los jefes de las unidades terrestres y marítimas, una hoja en formato excel que se pueda utilizar siempre que se precise, con sencillez, en la que se deberá consignar con exactitud los datos de cada elector solicitante⁴⁸ que será remitida no más tarde de los 16 días de la convocatoria electoral, en un plazo definido por la Dirección General de Personal en aras de efectividad.

La relación se enviará, en un plazo de 4 días aproximadamente, a la Oficina del Censo Electoral que identificará a los votantes y su provincia de adscripción, en coordinación con las Oficinas del Censo Provincial y, previas comprobaciones, se confeccionará un listado que se remitirá al Ministerio de Defensa y expedirá la documentación⁴⁹. Si hubiera algún error, se comunicará a la Dirección General de Personal, que intentará aclararlo en comunicación con la zona de operaciones, corrigiendo datos que facilitará de nuevo a la Oficina del Censo⁵⁰; en el caso de la persistencia de datos erróneos se confecciona un sobre conteniendo en su interior un aviso de la imposibilidad de ejercer el voto.

La documentación se entregará por las Oficinas del Censo Provincial a las delegaciones y subdelegaciones de Defensa, que ya han recibido los

⁴⁷ Es muy importante considerar que la decisión de optar por este procedimiento de voto por correo, anula cualquier otra posibilidad, por correo ordinario o de forma presencial, verificándolo así la Oficina del Censo Electoral.

⁴⁸ Tanto la Orden 116/1999, como la Instrucción Comunicada del Subsecretario de Defensa de 2011 exigen que los datos de cada solicitante sean el nombre y los dos apellidos, número del documento nacional de identidad, fecha de nacimiento, provincia y municipio de nacimiento, municipio de residencia en el que está incluido en el Censo electoral y calle y número de su domicilio.

⁴⁹ Hay que tener en cuenta que la expedición de la documentación electoral se produce de esta forma descrita, salvo que haya impugnaciones contra algún candidato, en cuyo caso no se podrá confeccionar hasta que se haya resuelto el incidente, que algunas veces más allá de resolución administrativa se somete a decisión judicial.

⁵⁰ Es una contingencia muy habitual que provoca desajustes de tiempo que precisaría una mayor atención en comprobar la exactitud de los datos.

listados de votantes de la dirección de personal y han sido coordinadas por este organismo mediante personas de contacto. Estas entregarán los sobres al Ministerio de Defensa 25 días aproximadamente antes de las elecciones⁵¹ y la Dirección General de Personal hará lo propio al día siguiente a los representantes de los ejércitos para su llevanza a la zona de operaciones donde exista solicitante.

Para toda esta tramitación se podrán realizar reuniones de coordinación en el Ministerio de Defensa y los contactos en orden a alcanzar una mayor eficacia, con la coordinación debida del Mando de Operaciones del Estado Mayor de la Defensa, sobre todo para aclarar conceptos y facilitar la llevanza de la que es responsable cada ejército respecto de su personal, auxiliado por otros en los viajes o vuelos.

Una vez que se ha llegado a la zona de operaciones en el exterior y, sin olvidar las dificultades de moverse *intra teatro* por esos lugares, algunos lejanos y casi inaccesibles y, otros, en los que existe conflicto armado, se entrega la documentación electoral a los comandantes de los buques o jefes de las unidades para que los entreguen a los electores que procederán a ejercer el voto con la documentación que existe en el sobre de documentación⁵².

Otra dificultad añadida, debido a que la ley no ofrece solución alguna, es la manera en la que debe de procederse a efectuar el voto. Desde la Dirección General de Personal, aunque es responsabilidad de los ejércitos, se dan una serie de instrucciones orientativas por escrito en las que se consigna que no se debe de constituir mesas electorales y que simplemente se

⁵¹ Tal y como dispone la Instrucción Comunicada n.º 156, de 17 de octubre de 2011, del Subsecretario de Defensa, sobre el ejercicio del derecho al voto por correo de determinado personal de las Fuerzas Armadas, la documentación será entregada «personalmente», lo que implica que bien el Delegado o Subdelegado de Defensa o la persona a la que se delegue lo entregará en la Dirección General de Personal directamente. Sin embargo, se permite que se haga mediante correo postal de la manera que entiendan oportuno. La experiencia ha demostrado que sería preciso unificar esta gestión a una empresa de paquetería concreta para todo el territorio nacional con una persona de contacto que facilite la llevanza y pueda resolver cualquier contingencia de tardanza o extravío. Es la práctica utilizada en este momento, no sin ciertos problemas puesto que hay que realizar un contrato en el que nuevamente se implica la Dirección General de Personal del Ministerio.

⁵² Cada sobre, de color marrón, contendrá una hoja de instrucciones, un certificado de estar inscrito en el Censo Electoral Provincial, una papeleta de las personas elegibles por cada formación política que concurre a los comicios y un sobre con el membrete «Elecciones» y con la dirección de la Mesa Electoral en la que debe de votar y en el que introducirá la opción elegida, que es el que debe de entregar. Cualquier documento que se añada al sobre como copia del documento nacional de identidad u otro, hará *nulo* el voto. Si el sobre se entregara vacío, se consideraría el voto del elector *en blanco*.

entregará a cada elector el sobre que contiene la documentación electoral confeccionando un acta en la que se hará constar el recibí, y luego, si ejerce el voto, la entrega del sobre, nuevamente firmando el acta. El acta se adjuntará a los sobres de votos entregados.

Finalmente, los votos serán entregados en la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, al menos, con 3 días de antelación a la fecha de votación, sin olvidar que hay concedido uno de gracia, y se entregarán en la Oficina Central del Servicio de Correos y Telégrafos, en Madrid, para hacerlos llegar a las respectivas mesas electorales.

Tampoco resuelve la norma el modo en el que los representantes comisionados de cada ejército, normalmente dos personas, llevan la documentación electoral al lugar donde se encuentra elector, respecto a la que siempre por causa justificada se puede hacer un duplicado y devuelven los votos emitidos.

La prudencia exige que tratándose de documentación sensible se verifique personalmente, en medios de transporte o vuelos militares directos al lugar, descartados muchas veces por el excesivo coste, por lo que se recurre a vuelos regulares que aproximen el viaje, debiendo, en tal caso, mostrar celo en el control. Sin embargo, es una decisión de cada ejército siendo concedores que, como dice la ley reguladora, se debe de garantizar su seguridad, integridad y secreto, sin perjuicio de la responsabilidad en el caso de extravío, para cuya contingencia queda poco margen de reacción.

Como se puede observar, el procedimiento descrito de canalización del voto es excesivamente inconcreto, dejando las posibilidades de solución de contingencias a los organismos intervinientes, especialmente a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa cuya responsabilidad en la gestión es desmesurada, con un evidente riesgo cierto de error, y, por si fuera poco, forzando la intervención de determinados servicios con competencias de dudosa asunción⁵³, lo que ha motivado determinadas críticas que hizo que se valorase la imparcialidad e independencia de estas autoridades por su subordinación al gobierno⁵⁴ (Gálvez Muñoz, 2007: 53 y 54).

⁵³ El artículo sexto de la Orden 116/1999 establece que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, ha atribuido a los servicios de radiotelegrafía de los buques o de las Unidades la consideración de dependencias delegadas del servicio de correos y a los Comandantes de Buques, Jefes de Unidades, o personal en el que deleguen, la condición de funcionarios encargados de la recepción de la solicitud.

⁵⁴ Gálvez Muñoz opinó que

«en las elecciones generales del 14 de marzo de 2004, en la base de Diwaniya, en Irak, se creara una especie de órgano de gestión y control formado por el comandante interventor (al que están atribuidas las funciones de Notaría Militar) y el asesor jurídico

4.2.2. Contingencias excepcionales. Influencia de la crisis sanitaria de la COVID-19

La problemática expuesta aún puede complicarse mucho más.

Se podría dar la circunstancia de que la documentación electoral se extravíen antes de entregarse al elector, pese a las medidas de seguridad adoptadas, o, que, por cualquier eventualidad sobrevenida, el votante, finalmente, no haya embarcado o desplazado a la zona de operaciones por cuestiones de naturaleza personal o funcional y la contingencia no se haya informado en tiempo y forma, de tal manera que no se puede solventar.

En estos casos, siempre quedaría la posibilidad, debidamente acreditado el problema, de que se pueda anular la solicitud del procedimiento militar en comunicación a la Oficina del Censo Electoral, dejándose expedito el voto presencial o, caso contrario, se podría solicitar al mismo organismo un duplicado de documentación y hacérselo llegar al elector para ejercer el voto y, con posterioridad, trasladarlo a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa para su gestión ordinaria.

Cabe la posibilidad de que la zona en la se encuentra el elector resultase ser de imposible acceso por medios ordinarios lo que supondría emplear medios *ad hoc* muy costosos económicamente; incluso es posible darse una situación del extravío de un voto ya emitido, que no hay capacidad de recuperar ni duplicar.

La crisis sanitaria derivada de la COVID-19 ha contribuido decisivamente a aumentar las dificultades de gestión del voto por correo militar, puesto que las restricciones que se adoptaron por los países para hacer frente a la pandemia limitan aún más el acceso al Buque o Unidad militar, no existiendo vuelos comerciales y habiendo limitación de los vuelos militares.

Como último recurso de solución de estos casos tan extremos se podría recabar el auxilio de la Junta Electoral Central que, después del análisis de la situación, podría ofrecer alguna solución satisfactoria como el aplazamiento de la entrega de los votos hasta prácticamente el día de los comicios u otras medidas que pudieran justificar que el voto no se emitiese por circunstancias de fuerza mayor.

A esta medida se recurrió, efectivamente, en las elecciones autonómicas celebradas en España a los Parlamentos vasco y gallego, a las que anteriormente se ha hecho alusión.

(oficial de apoyo al mando perteneciente al Cuerpo Jurídico Militar) que se encargó de presenciar y dar fe del depósito de los votos y de organizar su custodia».

La Junta Electoral Central decidió resolver en el sentido de que, siendo conscientes de los numerosos problemas que afectan al voto por correo en el extranjero, en general, y de los militares en particular, debido a la crisis, era el Ministerio de Defensa el que debería hacer la valoración de la gestión de la eventualidad con medidas adecuadas siempre y cuando su uso no implique riesgo para la vida o seguridad de las personas en cuyo caso este derecho prevalecerá sobre el de sufragio activo⁵⁵.

El Ministerio de Defensa así lo hizo, empleando todos los medios posibles a su alcance y resolviendo las distintas contingencias de una forma solvente.

Recurrió a la Dirección General de Política de la Defensa en el ánimo de conseguir una exención de la cuarentena impuesta por Canadá al operador logístico de la Armada a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, pretendiendo, además, conseguir apoyo de la Embajada o Consulados españoles en Canadá para llevar el voto.

Este recurso fue utilizado con posterioridad de forma ya totalmente coordinada y casi automática para resolver contingencias en procesos

⁵⁵ En solicitud de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa de 23 de junio de 2020, la Junta Electoral Central en resolución de 25 de junio de 2020, que reproducimos dado su interés, resolvió que

«1.- En primer lugar, debe consignarse que las dificultades que de por sí ya tiene el ejercicio del derecho de sufragio por los militares embarcados o que desempeñan misiones internacionales, se ven incrementadas por la situación de alarma sanitaria que afecta a la mayoría de los países del mundo. Desde el momento en que fue autorizada la convocatoria de las presentes elecciones en el marco de esa situación de pandemia declarada debió asumirse la ineludible aparición de riesgos y obstáculos que dificultarían e, incluso, podrían llegar a impedir ocasionalmente el normal ejercicio del derecho de sufragio por los electores. 2.- Sin perjuicio de lo anterior, respecto al caso que nos ocupa, corresponde al Gobierno —y entendemos que así se está haciendo— garantizar que se adopten todas las medidas necesarias para posibilitar el ejercicio del derecho a voto por los militares que están desempeñando misiones fuera de España, siempre y cuando esas medidas no comporten riesgos para la vida y la seguridad de las personas, bienes que necesariamente habrán de prevalecer sobre el derecho de sufragio. En supuestos de riesgo extremo como algunos de los que se plantean, corresponde al Ministerio de Defensa efectuar esa ponderación de los valores en juego que deben prevalecer, cuando se trate de posibilitar el derecho de sufragio de los miembros de las Fuerzas Armadas. 3.- Asimismo, la Junta Electoral Central insta expresamente a la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares para que promueva todas las gestiones y negociaciones diplomáticas que sean posibles, en orden a lograr la exención de la cuarentena para el operador logístico que, de forma tan claramente urgente, se está solicitando desde el Ministerio de Defensa a fin de posibilitar el ejercicio de su derecho de sufragio a los 27 militares embarcados en el patrullero de altura “Arnomendi”, aprovechando la escala prevista para los próximos días 26 a 28 de junio en Canadá. De este Acuerdo se dará traslado para su conocimiento a las Juntas Electorales de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de Galicia».

electorales posteriores como los autonómicos catalán y madrileño en 2021, a los que de igual modo se ha hecho referencia anteriormente, también afectados por las restricciones de la crisis sanitaria en cuestión.

Del mismo modo se recurrió a la Subdirección General de Política Interior y Procesos Electorales para recabar posibles soluciones⁵⁶.

5. LA POSIBILIDAD DEL VOTO TELEMÁTICO Y SU IMPLEMENTACIÓN EN EL PROCESO MILITAR

El empleo de las nuevas tecnologías puede resultar ser un instrumento útil para facilitar que los nacionales ausentes puedan ejercer su derecho al voto beneficiando un aumento de participación electoral por la facilidad del medio y la rebaja de los costes.

Dejando de lado el denominado «voto electrónico presencial» en virtud del cual una persona acude físicamente a la mesa electoral y ejerce el voto por medios tecnológicos⁵⁷, nos planteamos las posibilidades reales que existen para que estos sistemas sean aplicados en el voto por correspondencia mediante cauces remotos, lo que permitiría al elector votar telemáticamente desde cualquier lugar en el que se encontrase.

⁵⁶ Tras la respuesta de la Junta Electoral Central, la Dirección General del Ministerio de Defensa debió atajar los problemas derivados de la crisis de la COVID-19 que tuvieron directa trascendencia en las elecciones a los Parlamentos vasco y gallego que tuvieron lugar el 12 de julio de 2020. Se plantearon distintos problemas de llevanza de votos a contingentes desplazados a zonas inhóspitas y en las que solo había un elector como ocurrió en Kabul (Afganistán) y Mogadiscio (Somalia), para los que había que facilitar un medio de transporte exclusivo con el consiguiente coste. Afortunadamente, el personal afectado, quizás entendiendo el perjuicio, renunció voluntariamente a ejercer su voto. Paradigmático fue el caso de los 27 electores del PA «Arnomendi» que participaba en un despliegue en apoyo de la Secretaría General de Pesca en el área de la «North Atlantic Fishing Organization» y cuyo único puerto de atraque en el tiempo en el que se preveía llevar la documentación electoral era en Saint Jhon's (Terranova. Canadá), que por decisión de las autoridades fue sometida a una autocuarentena de catorce días de todo el personal que arribaba al país. Se consiguió entregar la documentación electoral, y devolver los votos, mediante un operador logístico que viajó desde España a Canadá y se auxilió de los medios del Cónsul Honorario en esa ciudad, para luego regresar y entregar los votos a la Armada y esta a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa en tiempo.

⁵⁷ Se trata de una modalidad de voto presencial en el que se emplean instrumentos electrónicos como urnas electrónicas, tarjetas con bandas magnéticas u ordenadores, mediante un sistema de Lectura Óptica del Voto (LOV), probado en Venezuela hasta 2004, con una eficacia reducida y de Registro Electrónico Directo (RED), utilizado en países como Brasil, Australia, Bélgica, Venezuela a partir de 2004 e incluso prevista en España en la Ley 5/1998, de 19 de junio que modificó la Ley 5/1990 de Elecciones al Parlamento Vasco, con un mayor y cierto éxito.

Estos medios ya han tratado de ser impulsados, a modo de prueba y sin mucho éxito habida cuenta de la problemática que presenta el modelo, en distintos países como Colombia, cuya legislación, aún sin una referencia expresa, pudiera admitir una interpretación positiva en ese sentido⁵⁸, Brasil, India, Estados Unidos⁵⁹, Canadá, Francia, Alemania, Suiza, Noruega o Países Bajos.

Estonia es el paradigma de esta modalidad porque realmente ha tenido practicidad. Fue empleado en el transcurso de unas elecciones de carácter local en 2002, y ante las dudas albergadas sobre su legitimidad, se quiso que el Tribunal Constitucional del país se pronunciase al respecto, contrastándose su carácter no discriminatorio y acorde, por tanto, con la Constitución. El voto telemático se generalizó, a todos los niveles, local, general y comunitario desde 2005 fundamentalmente, en 2007 y en 2015, donde la participación llegó a ser de un 30%⁶⁰ (Presno Linera, 2011: 114 a 116; y Marshall Barberán, 2017).

Y es que si ya de por sí el voto por correo o por correspondencia requiere un cuidado exquisito para preservar la seguridad del proceso, el empleo de la tecnología insuficientemente desarrollada y en manos privadas, puede presentar problemas varios de inseguridad electrónica que redundan en amenazas a la emisión libre y secreta del voto y que permiten intentos de fraude relacionado con la suplantación de identidad del elector o cualquier otra manipulación que imposibilite la transmisión de los datos y su recuento posterior. Todo ello genera, sin duda, falta de confianza del electorado y poca transparencia política.

Sin embargo, si se consiguiese una buena estructuración legal y tecnológica podría ser la solución para que el personal ausente de su país en periodo electoral, incluidos los militares españoles desplazados al exterior, pudiesen ejercer su derecho al voto por correo sin tantos problemas.

⁵⁸ La Ley 892 de 2004 sobre el voto electrónico, dispone en su artículo 2 que «para los ciudadanos colombianos domiciliados en el exterior la Organización Electoral implementará el mecanismo electrónico de inscripción y votación con la cobertura que facilite su participación en los comicios electorales».

⁵⁹ Estados Unidos, en el ánimo de beneficiar a sus nacionales residentes en el extranjero, fundamentalmente a los militares, como también hizo Francia, abordó el Secure Electronic Registration and Voting Experiment (SERVE) sin éxito en la consideración de sus fallos de seguridad.

⁶⁰ Estonia empleó el voto electrónico a distancia, no solo en las elecciones locales en 2002, sino en 2005, siendo empleado por 9.287 electores, que reportaban el 1,85% de todos los votantes, en las elecciones legislativas de 4 de marzo de 2007 en un recurso que utilizaron 30.000 de 940.000 electores y en el proceso legislativo de 2017 siendo el sufragio por internet usado por un 30% de los electores.

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS: ¿NECESIDAD DE REALIZACIÓN DE UNA REFORMA?

Es encomiable que el legislador, a instancias del propio Ministerio de Defensa, haya decidido establecer un procedimiento especial para que los militares en campaña puedan ejercer su derecho al sufragio activo.

Pero, al mismo tiempo, resulta imprescindible tener en cuenta que se trata de un procedimiento excepcional para situaciones de los miembros de las Fuerzas Armadas que se hallen embarcados, situación de por sí compleja, o que participe o coopere con países aliados u organizaciones internacionales en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz internacional en las que resulta difícil ejercer el derecho al voto y que, además, no tienen un procedimiento alternativo para hacerlo.

No obstante, lo anterior, resulta cierto que el procedimiento para verificar el voto de los militares en esas situaciones de excepcionalidad, en algunas ocasiones, pretende ser usado por otras personas que ya tienen una vía definida, en razón de las ventajas que reporta. Tienden a aprovecharse de la generalidad e inconcreción de la ley, lo conlleva la consiguiente desnaturalización y, por tanto, y considerando las repercusiones económicas que puedan concurrir, traería como consecuencia un posible reproche disciplinario o penal.

Precisamente esa regulación genérica del procedimiento analizado, produce, del mismo modo resquicios y lagunas en su desarrollo, sin duda mejorables en aras de la efectividad.

Nos podemos encontrar con el caso de miembros de las Fuerzas Armadas españolas que, en tiempo de elecciones, están embarcados o desplazados, por razón de su participación en ejercicios militares periódicos, tanto en España como en el extranjero, cooperando con países aliados y organizaciones internacionales que no son propiamente de asistencia humanitaria o mantenimiento de la paz. El mecanismo de votación que les pudiera comprender está tasado en la ley y podría realizarse bien presencialmente, supeditado a un oportuno permiso que sea posible y no obstaculice las necesidades del servicio, o utilizando la vía de la solicitud del voto por correo corriente que prevé el artículo 72 de la Ley Orgánica Electoral General, auxiliándose de los servicios consulares si se encuentran fuera de territorio nacional.

Hay otro grupo de militares que, por razón del desempeño de sus funciones ocasionales en el extranjero, residen fuera de España y podemos clasificarlos como residentes españoles en el extranjero, CERAS o como

electores residentes temporales o ERTAS, que, del mismo modo, tienen perfectamente definido su procedimiento de votación.

Más conflictivo ha sido el caso de miembros del Benemérito Instituto de la Guardia Civil que se encuentren fuera de España en el transcurso de un procedimiento electoral, tanto se integren o no en un contingente militar. Afortunadamente, aunque de forma aparente, la problemática parece superada puesto que, conforme se exigía legalmente, el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, ha publicado la Orden PCM/163/2021, de 22 de febrero, por la que se regula el ejercicio del derecho al sufragio activo, mediante el voto por correo en los procesos electorales del personal de la Guardia Civil en situaciones excepcionales vinculadas con la Seguridad Nacional.

Sin embargo, aún se albergan dudas puesto que las gestiones a realizar están por definir, sin perjuicio de la autorización genérica en favor de la Dirección General de la Guardia Civil para que pueda adoptar, en el ámbito de sus competencias, cuantas medidas sean necesarias para su efectividad.

Si se tratase de Guardias Civiles desplazados y ajenos a cualquier misión militar la norma no concreta la forma de hacerlo y solo las situaciones reales revelarán las dificultades prácticas, como ha sucedido en el proceso de voto por correo militar especial.

Para los Guardias Civiles que se incrustan en un contingente militar, participando en sus actividades, la orden se limita a decir que la gestión se hará por el Ministerio de Defensa y, desde luego, sería conveniente un desarrollo legal más preciso con una comisión de evaluación conjunta de ambos ministerios para evitar cualquier problema, habida cuenta de las responsabilidades que se puedan generar, económicas o de otro tipo, para el Ministerio de Defensa.

Sin duda el caso más peliagudo, subjetivamente hablando, y que plantea problemas en cualquier proceso electoral, es el de los civiles que acompañan a las Fuerzas Armadas. Este personal no es militar, pero cooperan en la consecución de la misión encomendada a aquellos como científicos o intérpretes, por otra parte, objeto de protección específica por nuestro país en distintas crisis como la retirada de las tropas OTAN de Afganistán en verano de 2021.

No debería ser ningún impedimento para que ese personal, que no tiene otro sistema de verificación del voto por correo, salvo el de ser considerado ERTA, pueda ejercer su derecho al voto en las mismas condiciones que los militares. Pero la realidad es que, cada vez que se produce un proceso electoral en España, este grupo tiene problemas primero, porque no está definido como acreedor del mismo y, segundo, porque ante cualquier

resquicio del sistema hay temor a incurrir en responsabilidad. Hasta ahora la solución ha pasado por ser diplomática, pero requiere una solución legal concretada de una vez por todas.

Desde la perspectiva estrictamente secuencial, como también hemos visto, el procedimiento de excepcionalidad analizado perfectamente definido en líneas generales, sin embargo, tiene determinadas carencias que hacen la gestión complicada y sin eficacia práctica. Por tanto, el procedimiento debe de ser revisado, simplificando los cauces establecidos y los actores intervinientes para conseguir una mayor definición de plazos, más control y transparencia.

Y es que la llevanza de la documentación electoral y, después la devolución del voto ya emitido, a militares desplegados en operaciones navales, terrestres o aéreas en zona remota y en las que posiblemente hay un conflicto armado es, de por sí, hartamente difícil. Se requiere valorar la forma de desplazamiento hasta el país, normalmente en vuelos regulares e *intra teatro*, desde el aeropuerto hasta el lugar del ataque del buque o de la ubicación de la unidad y su regreso, con las dificultades que entraña, no solo del propio trayecto y combinación de medios, sino de custodia de la documentación electoral y, por supuesto, del voto emitido y, lo que es más importante de la seguridad personal.

Esta circunstancia se torna más complicada con la ejecución del procedimiento en el que se ven inmersos una serie de actores, comenzando por la Armada y los Ejércitos cuyo personal resulta afectado con la responsabilidad de asumir la eficacia de la gestión, con la coordinación, primero del Mando de Operaciones del Estado Mayor de la Defensa, responsable operativo de las misiones en el exterior, y, luego y en último término, de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa.

Las directrices de los órganos coordinadores, si bien son orientativas, son excesivamente genéricas para los responsables de la gestión; esto es, se entrega la documentación a cada elector y se verifica el voto sin constituirse mesas electorales, recogiendo las resultas en un acta, que se hace llegar, personalmente para garantizar su integridad y secreto, en el Ministerio de Defensa antes de los 3 días anteriores al de las elecciones para su remisión a la oficina de correos correspondiente.

Pero la práctica sugiere la existencia de muchas lagunas intermedias de supervisión, control y gestión, que se antoja que hay que especificar en aras de la efectividad.

Inicialmente, la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa desempeña la función de máximo coordinador que le otorga el legislador desde una perspectiva política en el sistema, con un evidente

riesgo en la gestión debido a la inconcreción de la norma y que solo la plena dedicación y atención, lo supera.

Esta autoridad se auxilia del otro coordinador en los trámites, esta vez desde una perspectiva operativa, como es el Mando de Operaciones.

Gálvez Muñoz pone en entredicho la imparcialidad e independencia de la gestión, habida cuenta de que considera que el gobierno, tal y como se permite en el artículo sexto de la Orden 116/1999, en relación con el artículo 72 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, se implica en demasía en la tramitación del voto militar, atribuyendo a los servicios de radiotelegrafía de los buques o unidades la consideración de dependencias delegadas del servicio de correos y a los comandantes de buques, jefes de unidades, o personal en el que deleguen, la condición de funcionarios encargados de la recepción de la solicitud. En estos casos, se precisaría, como sugiere el autor citado y como se ha hecho en alguna ocasión, que se formara un órgano de gestión y control formado por el asesor jurídico y al interventor del contingente, con funciones de notaría militar, con el fin de dar fe y certificar el depósito y custodia de los votos.

Consecuentemente, aboga por desprender de cualquier facultad en el proceso a cualquier órgano del Ministerio de Defensa, incluida la Dirección General de Personal⁶¹ para otorgar las mismas a la Junta Electoral Central o a la Oficina del Censo Electoral (Gálvez Muñoz, 2007: 27 a 30).

Indudablemente, el éxito del proceso que tratamos de describir radica precisamente en el control que se hace desde el Ministerio de Defensa que dota de suficiente credibilidad, transparencia y eficacia al mismo.

Sin embargo, se debería de producir un cambio de roles con el fin de simplificar la gestión, y pareciendo apropiado que el desempeño de la función de coordinación se haga exclusivamente por un solo órgano que sería el Mando de Operaciones, dependiendo de cualquier atribución a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa.

Este, como responsable del despliegue operativo de la fuerza en el exterior, tendría una visión más directa de la evolución de evacuación del voto de los militares, a la par que podría actuar coordinando a las delegaciones y subdelegaciones de Defensa y a las unidades militares desplazadas y los ejércitos a los que pertenecen y, de acuerdo con los organismos civiles encargados del proceso, fundamentalmente Oficinas del Censo Electoral y Junta Electoral Central.

⁶¹ La Dirección General de Personal es el cauce, interminable y sesgado, entre los solicitantes del voto por correspondencia, militares desplazados en el exterior, y la Oficina del Censo Electoral.

La crisis sanitaria de la COVID-19 ha incrementado, parece que, de forma transitoria, la complejidad y dificultades del proceso de voto de los militares que se puedan encontrar en situaciones excepcionales en el exterior.

La Junta Electoral Central resolvió, de forma adecuada y prudente, indicando que corresponde al Ministerio de Defensa hacer un ejercicio de valoración sobre si la llevanza de la documentación electoral a zona de operaciones y la devolución de los votos emitido a territorio nacional afecta a la vida o seguridad de las personas y, si así fuera, estos bienes jurídicos protegidos, son superiores y preferentes al del derecho al voto, de tal manera su conculcación eximiría de todo tipo de responsabilidad.

Hasta el momento todas estas trabas han sido superadas con resultados hasta la fecha impecables, exclusivamente, por la diligencia de todos los actores que participan en los acontecimientos, tratando de sustituir la carencia de la norma con acciones de coordinación para conseguir una mayor eficacia, aclarando conceptos y facilitando, en definitiva, la llevanza de los votos por la Armada y los ejércitos a las distintas zonas de operaciones donde se encuentran desplegados los militares electores.

Pero la solución real de todos estos problemas debería pasar por la revisión de la normativa vigente, al menos la más cercana, la Orden 116/1999 y la Instrucción Comunicada del Subsecretario de Defensa n.º 156 de 2011 en una pretensión de regular detalladamente cada aspecto confuso.

Esa revisión, desde luego, sería ideal si se estableciera un cauce telemático de gestión del voto de los militares, habiéndose previamente superado las dificultades que, actualmente se derivan del uso de medios informáticos al efecto, garantizándose, sobre todo, la libertad, confidencialidad y secreto, en su ejercicio.

En principio, dos son los problemas fundamentales que corresponde atajar. El primero es el de la identificación, precisándose, en este caso, contrastar la identificación del elector con un documento nacional de identidad electrónico o mediante la obtención de un número digital personalizado (PIN) que pudiera utilizarse, tanto para elegir el voto como para encriptarlo, invalidando cualquier otra vía. La segunda cuestión es el de la verificación real del voto, cabiendo la posibilidad de utilizar el portal de la Sede Electrónica para el Ministerio de Defensa, o haciéndolo por vía del correo electrónico.

Ciertamente, con un entramado adecuado tecnológico y legal podríamos solucionar, de una vez por todas, que el personal ausente de su país en periodo electoral, incluidos los militares españoles desplazados al exterior, pudiesen ejercer su derecho al voto por correo sin tantos problemas.

BIBLIOGRAFÍA

- Fernández García, I. (2015). *Los derechos fundamentales de los militares*. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica.
- Gálvez Muñoz, L. (2007). El régimen de votación del personal de las Fuerzas Armadas en el exterior. *Revista Española de Derecho Militar*. Julio-diciembre 2007, pp. 17-54.
- Marshall Barberán, P. (2018). Sufragio por Internet: análisis teórico y comparado [en línea]. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Vol. 1, n.º 39, julio-diciembre, pp. 261-293. DOI 10.22201/ijj.24484881e.2018.39.12656
- Presno Linera, M. (2003). Los límites a los límites de los derechos fundamentales de los militares. *Boletín de Información (Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional)*. N.º 278, pp. 69-96. ISSN 0213-6864.
- (2011). *El derecho de voto: un derecho político fundamental*. Pp. 39-42; 96-117.
- (s.f.). *Las garantías del derecho de participación política a través del sufragio activo*.
- Soto Martínez, V. (s.f.). *El voto electrónico: definición, clasificación y revisión de caos en el derecho comparado*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Serie de Informes. N.º 23-20. 03-08-2020

ANÁLISIS DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Jordi Casas Hervilla
Fiscal

Resumen

La jurisprudencia y doctrina mayoritarias han venido interpretando que la locución, contenida en el delito de prevaricación del art. 404 CP, «a sabiendas de su injusticia», excluye la posibilidad de ejecutar el delito a título de dolo eventual. El presente trabajo explora opciones hermenéuticas alternativas, así como la viabilidad de desarrollar nuevas líneas de interpretación en torno al elemento subjetivo en el delito de prevaricación administrativa.

Palabras clave: Prevaricación, dolo directo, dolo eventual, error de tipo, error de prohibición, injusticia, arbitrariedad.

Abstract

The majority of case law and doctrine have interpreted that the expression, contained in the offence of prevarication of Article 404 CP, «aware of its injustice», excludes the possibility of committing the offence as eventual wilful misconduct. This paper explores alternative hermeneutic options, in addition to the feasibility of developing new lines of interpretation in relation to the subjective element in the offence of administrative prevarication.

Keywords: Prevarication, direct wilful misconduct, eventual wilful misconduct, type error, prohibition error, injustice, arbitrariness.

Sumario

1. Consideraciones generales. 2. El elemento subjetivo del delito de prevaricación en la doctrina y la jurisprudencia española. 2.1. *El elemento subjetivo en la doctrina.* 2.2. *El elemento subjetivo en la jurisprudencia.* 2.3. *La locución «a sabiendas de su injusticia» como alusión genérica al dolo.* 3. Propuesta personal.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El delito de prevaricación, sea en su modalidad de prevaricación administrativa del art. 404 CP, de prevaricación en el acceso a la función pública del art. 405, de prevaricación ambiental del art. 329 CP, de prevaricación en la gestión del patrimonio histórico del art. 322 CP, o de prevaricación urbanística del art. 320 CP, constituye, sin ningún género de dudas, la figura criminal más relevante en la lucha contra la corrupción pública.

En apretada síntesis, puede afirmarse que si bien es cierto que existen otras figuras delictivas directamente asociadas al fenómeno de la corrupción pública, que, cuanto menos en abstracto parecen encerrar un mayor desvalor en su ejecución, así como una mayor ofensividad, como el cohecho, el tráfico de influencias, la malversación de caudales públicos o la defraudación a la Administración Pública, no lo es menos que, sin embargo, las posibilidades reales de persecución de los referidos ilícitos resultan en la práctica minúsculas.

No en vano, debe recordarse que, por lo general, los delitos de cohecho, malversación o defraudación a la Administración Pública, suelen ser ejecutados en la intimidad de los despachos o de los domicilios de los implicados. De suerte que el concierto entre aquellos, esencial al objeto de acreditar la realización de los referidos ilícitos, resultará prácticamente imposible de probar, con excepción de aquellos casos en que los órganos encargados de la investigación cuenten con grabaciones de las conversaciones que acrediten el concierto concurrente entre los implicados, así como el ánimo que guio su actuación.

A su vez, debe advertirse que la posibilidad de lograr interceptar las conversaciones de los implicados, vendrá ineludiblemente precedida por la posibilidad de que las autoridades competentes hayan accedido previamente a la noticia criminal. Pues sin indicios de la comisión del delito resulta

sencillamente imposible que pueda autorizarse pesquisa alguna dirigida al esclarecimiento de unos hechos cuya ejecución se ignora.

De ahí que si convenimos en que los delitos de la naturaleza de los referidos se caracterizan por desarrollarse en espacios íntimos, de suerte que los únicos sujetos conocedores de su ejecución resultarán ser los directamente implicados, también deberemos convenir en la práctica imposibilidad de adquirir conocimiento de la noticia criminal al momento de su ejecución, y por ello, a su vez, en la extraordinaria dificultad de lograr interceptar, cuanto menos de un modo legal, las conversaciones que permitan acreditar los hechos delictivos.

Por lo general, el acceso a la noticia criminal por parte de los órganos encargados de la investigación de este tipo de ilícitos se producirá transcurridos varios años desde su ejecución, una vez que el plan criminal ejecutado por los implicados cristalice en el dictado de alguna resolución administrativa, que normalmente resultará económicamente ventajosa para alguno de los sujetos concertados.

Resolución esta que, no obstante, usualmente aparecerá, cuando menos desde un prisma formal, revestida de una cuidada apariencia de legalidad. De ahí la importancia del delito de prevaricación administrativa, como principal herramienta en la lucha contra la corrupción pública.

A pesar de que el Código Penal Militar no castiga el delito de prevaricación administrativa, no se aprecian obstáculos para considerar que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil también pueden reunir las condiciones precisas para erigirse en sujetos activos del delito y, por ello, para ser sancionados con arreglo al art. 404 CP. Por ello el análisis de esta compleja figura delictiva también resulta de interés en el orden castrense.

2. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO DE PREVARICACIÓN EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Tanto la doctrina académica como la jurisprudencia han repetido hasta la saciedad que el delito de prevaricación administrativa, en cualquiera de sus modalidades, no puede ni debe sancionar la mera contrariedad de las resoluciones administrativas con el ordenamiento jurídico administrativo¹.

¹ Vid. Hava García, E. (2013). Prevaricación de los funcionarios públicos. En: Álvarez García, F. J. (dir.). Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial (Tomo III). Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 136:

«No toda resolución ilegal dictada por autoridad o funcionario público en un asunto administrativo es típica a efectos de lo dispuesto en el art. 404 CP, sino solo aquellas

En palabras de la STS 197/2018, de 25 de abril,

«no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del derecho penal, que perdería su carácter de ultima ratio. [...] De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trate de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación».

En definitiva, únicamente aquellas resoluciones administrativas cuya contrariedad con el ordenamiento vigente resulte manifiesta, patente, y grosera podrán ser adjetivadas como prevaricantes. Opción lógica, por lo demás, en tanto que lo contrario no solo supondría una quiebra del principio de fragmentariedad del derecho penal, sino que asimismo conduciría a una suerte de confusión entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa.

Como recuerda la STS 780/2021, de 14 de octubre,

«la Sala ha descrito que el tipo penal precisa, no solo que el sujeto activo del delito de prevaricación administrativa tenga la consideración de autoridad o de funcionario público, sino que: 1) Adopte una decisión en cualquier asunto que le esté encomendado en consideración a su cargo, único supuesto en el que pueden dictarse resoluciones o decisiones de orden administrativo; 2) Que la resolución sea arbitraria, en el sentido de contradictoria con el derecho, lo que puede manifestarse no solo por la omisión de trámites esenciales del procedimiento, sino

que resulten “arbitrarias”, cualificación que obliga a distinguir las ilegalidades cuyo control corresponde a la jurisdicción contenciosa de las que, trascendiendo ya el estricto ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito de prevaricación por vulnerar abiertamente los principios constitucionales de la imparcialidad, igualdad de oportunidades, de legalidad, etc... que conforman la actuación de la Administración. [...] En cualquier caso, la interpretación del término “arbitraria” que realiza tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria tiene la virtud de aclarar que, desde una perspectiva objetiva, el injusto de la prevaricación requiere una infracción del principio de legalidad tan grave como para suponer la nulidad de pleno derecho del acto [...] por constituir estos supuestos las lesiones más clamorosas del bien jurídico protegido».

también por la falta de competencia para resolver o decidir entre las opciones que se ofrecen respecto sobre una cuestión concreta, o también por el propio contenido sustancial de la resolución, esto es, que en todo caso la decisión no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable y 3) Que se dicte a sabiendas de esa injusticia o, lo que es lo mismo, que se haya dictado con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con conocimiento de actuar contra los parámetros decisionales establecidos en el ordenamiento jurídico para resolver tal cuestión (SSTS 443/2008, de 1 de julio, o 1021/2013, de 26 de noviembre, entre muchas otras)».

A la vista de lo antedicho, lógico sería pensar que el análisis de los casos de prevaricación debiera resultar relativamente sencillo, de modo que todos aquellos supuestos en que la autoridad o funcionario hubieran dictado una resolución que no admitiera interpretación jurídicamente viable en derecho debieran ser siempre considerados delictivos, procediéndose en sentido contrario en caso de que la resolución dictada, aún y siendo adjetivada como «incorrecta», fruto de su contrariedad con el ordenamiento jurídico administrativo, admitiera, no obstante, algún tipo de interpretación plausible con arreglo a los métodos hermenéuticos admitidos por el ordenamiento jurídico.

Lamentablemente, lo cierto es que en la práctica el análisis de los supuestos de prevaricación no ha sido nunca, ni de lejos, tan sencillo, fruto de una, cuanto menos, controvertida configuración del elemento subjetivo.

Y ello, por cuanto el delito de prevaricación administrativa se caracteriza por tipificar únicamente modalidades dolosas de ejecución del delito, cuestión está sobre la que nada cabe discutir en virtud de lo preceptuado por el art. 12 de nuestro Código Penal, para el que «las acciones u omisiones imprudentes solo serán castigadas cuando expresamente lo disponga la ley». A tal efecto, recuérdese que el art. 404 CP reza que comete prevaricación «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo».

A la vista de la redacción ofrecida al precepto resulta evidente que la primera cuestión que deberá resolverse en el análisis del elemento subjetivo en el delito de prevaricación administrativa será la siguiente: ¿cabe afirmar que la expresión «a sabiendas de su injusticia» debe conducir a la exclusión típica de los supuestos de dolo eventual?

Adviértase, en todo caso, que se trata esta de una cuestión de extraordinaria relevancia en el orden práctico, pues la determinación de la

conurrencia del dolo directo de primer grado en el sujeto activo del delito difícilmente podrá obtenerse mediante el exclusivo análisis de los documentos que componen el expediente administrativo —única prueba con la que en la mayoría de las ocasiones se contará—.

2.1. ESTADO DOCTRINAL DE LA CUESTIÓN

Contrariamente a lo que pudiera parecer, la cuestión acerca del elemento subjetivo del delito de prevaricación administrativa no resulta pacífica.

La doctrina mayoritaria ha venido entendiendo que la expresión «a sabiendas de su injusticia», empleada por el art. 404 CP, excluye cualquier tentativa de admitir la ejecución del tipo mediante de dolo eventual, permitiendo así, tan solo, la subsunción de las conductas ejecutadas con dolo directo o de segundo grado.

Según se indica por estos, la expresión «a sabiendas», con arreglo a los usos lingüísticos usualmente admitidos habría sido tradicionalmente interpretada como exigencia de dolo directo de primer grado².

Comparten esta opinión autores como Jesús Catalán Sender³, Francisco Alonso Pérez, Esther Hava García, y Carlos Mir Puig, entre otros muchos.

² Vid. Cantero Cerquella, C. J. (2010). La responsabilidad de los funcionarios por delitos ambientales. Madrid, Reus. P. 447:

«La clave para determinar si es aceptable este dolo eventual en los arts. 320, 322 y 329 CP, se encuentra en analizar la fórmula final utilizada por el legislador para concretar el aspecto subjetivo de estos tipos. En efecto, no se introdujo el concepto multívoco de “intención” o “intencionalidad”, ni el de “dolosamente”; tampoco se le exigió al funcionario actuar de “mala fe”, que posiblemente puede expresar la exigencia de un dolo directo de primer grado: la expresión finalmente aceptada por el legislador penal fue “a sabiendas”, que se caracteriza, según el uso lingüístico actualmente uniforme de la ley, como exigencia siempre de dolo directo. [...] Con este componente subjetivo lo que se está queriendo decir es que el funcionario o autoridad ha de tener un conocimiento —en el sentido de entendimiento— seguro y pleno, un estado de consciencia, no solo de la injusticia o arbitrariedad que su conducta va a acarrear, sino también de todos los demás elementos típicos de estos tipos penales. Y este conocimiento pleno, a mi entender, no se produce cuando el sujeto activo asume la probabilidad de que su acción pudiese ser antijurídica, sino únicamente acontece cuando comprende la clara arbitrariedad que va a realizar y a pesar de ello procede».

³ Vid. Catalán Sender, J. (1999). Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos. Barcelona, Bayer. P. 60: «Se discute si puede cometerse con mero dolo eventual [...] lo cual es dudoso al tener difícil encaje el mero dolo eventual con la arbitrariedad palmaria, ya que esta casa mejor con el dolo directo, pese a lo cual viene siendo admitido por un sector muy cualificado de nuestra doctrina».

Vid. Morillas Cueva, L. (2021). La Compleja interpretación del término «a sabiendas» en la prevaricación administrativa. En: Libro Homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista, varios autores. Madrid, Boletín Oficial del Estado.

En sentido contrario, quienes han admitido la posibilidad de sancionar las conductas ejecutadas con dolo eventual han empleado distintos argumentos que, en apretada síntesis, pueden resumirse del siguiente modo:

La locución «a sabiendas» contiene una referencia genérica al elemento intelectual del dolo —no así al volitivo—, extremo que impide excluir de plano la ejecución dolosa del delito de prevaricación administrativa.

Siendo el elemento intelectual un elemento común a las diferentes modalidades de dolo, incluido el dolo eventual, la locución que nos encontramos analizando no permitiría su exclusión⁴.

Vid. Hava García, E. *Ibid.*, p. 140:

«La referida expresión, en definitiva, hace referencia al dolo del sujeto, que en este caso consistirá en la voluntad de realizar el tipo con conocimiento de la “injusticia” de la resolución (esto es, de su carácter abiertamente ilegal-arbitrario), lo que parece que debe interpretarse como la imposibilidad de estimar supuestos de dolo eventual en la prevaricación administrativa. Así lo entiende la Jurisprudencia mayoritaria, en la medida en que exige una “intención deliberada” de realizar el hecho con plena conciencia de la ilegalidad e injusticia de la resolución [...] lo que excluye la apreciación de cualquier modalidad subjetiva distinta al dolo directo [...] dado que el legislador penal de 1995 decidió suprimir la modalidad imprudente del delito de prevaricación administrativa».

Vid. Alonso Pérez, F. (2002). *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal: legislación, comentarios, jurisprudencia*. Madrid, Dykinson. P. 215: «La intención dolosa o el repetido conocimiento de la ilegalidad no basta deducirla de consideraciones más o menos fundadas, sino que es necesario, como en todo derecho inculpativo, una prueba evidente que no deje duda alguna del comportamiento anímico».

⁴ Vid. Górriz Royo, E. (2004). *Los delitos de prevaricación urbanística*. Valencia, Tirant lo Blanch. P. 112:

«entendido el dolo eventual como una modalidad de dolo cuya clasificación se deduce atendiendo al elemento volitivo, difícilmente cabe excluir el castigo de esta o cualquier otra modalidad dolosa. Porque cualquiera que sea la clase de dolo que se verifique, quedaría abarcada por el conocimiento del autor. La diferencia entre dichas clases solo estribaría en el grado de voluntad. De manera que, si el elemento “a sabiendas” se refiere específicamente al conocimiento del hecho exigido en sede de culpabilidad, cuando este se verifique puede abarcar, tanto la voluntad directa de prevaricar, como la eventual intención de cometer dicho ilícito».

Vid. Sanz-Díez de Ulzurrun, M. (2007). *Dolo e imprudencia en el Código penal español*. Valencia, Tirant lo Blanch. P. 349:

«La línea doctrinal que se está analizando sostiene que la expresión “a sabiendas” constituye una referencia al aspecto cognoscitivo del dolo en relación con todos o alguno de los elementos del tipo. Ahora bien, como el conocimiento es un elemento común a todas las clases de dolo y como la locución “a sabiendas” no contiene referencia alguna a la voluntad o intención, desde esta posición se concluye que la citada expresión no supone restricción alguna dentro del ámbito de lo doloso y permite incluir el dolo eventual [...] En suma, desde una interpretación gramatical del término “a sabiendas” no es posible concluir, a mi juicio, que constituya una exigencia de dolo directo de primer grado con la función de excluir, en todo caso y siempre, el dolo eventual. Gramaticalmente, la expresión significa conocimiento seguro o pleno que, como se indicó en el capítulo anterior, es equiparable con carácter general, a la representación de la

Quienes sostienen la corrección de dicha hipótesis consideran que el elemento intelectual exigido por el art. 404 CP también se encuentra presente en los supuestos en que existe representación mental sobre la alta probabilidad de realización de la conducta delictiva. Dicha representación y alta conciencia de la antijuridicidad de la conducta bastan para entender que el sujeto actúa a «sabiendas de su injusticia» y, por ello, que la conducta resulta subsumible en el tenor del delito de prevaricación administrativa.

La locución «a sabiendas de su injusticia» alude a la culpabilidad del sujeto activo del delito, y en concreto a su conciencia de antijuridicidad. De admitirse, ningún problema debiera existir a la hora de subsumir las conductas ejecutadas con dolo eventual en el tenor del precepto.

Según la apuntada tesis, el examen del conocimiento o conciencia de la contrariedad a derecho debe enmarcarse en el ámbito del error de pro-

alta probabilidad. Por ello, puede interpretarse como un criterio específico relativo al grado de conocimiento que emplea el legislador, con carácter ad hoc, para la selección de las conductas punibles en ciertos tipos delictivos y permite incluir los supuestos que tradicionalmente se encuadran en la categoría del dolo directo de segundo grado, así como algunos supuestos de dolo eventual —aquellos en los que el riesgo representado por el autor hace altamente probable la producción del resultado—.

Vid. González Cussac, J. L. (1997). El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos. Valencia, Tirant lo Blanch. P. 114:

«A mi juicio, la expresión “a sabiendas” contiene una exigencia de la modalidad dolosa. Es decir, incluye todas las clases de dolo, entre ellas el eventual, y excluye categóricamente la imprudencia. [...] Pero la razón fundamental se encuentra en la conjugación por una parte del concepto de dolo y sus clases, y de otra del sentido gramatical y sistemático del término “a sabiendas”. [...] Esta expresión se refiere inequívocamente al grado de conocimiento exigido al autor en la figura legal. Y en principio no va más allá del mismo, es decir, no se extiende a la voluntad o al contenido de su querer. Ello se demuestra en que tradicionalmente, cuando el legislador desea incidir en el elemento intencional lo hace claramente, utilizando los términos “de propósito” o “intencionadamente”. [...] Si ello es así, la locución “a sabiendas” se identifica con el elemento intelectual del dolo (el conocimiento del hecho, que es igual para dolo directo y dolo eventual, pues su diferencia solo se halla en el contenido de voluntad del sujeto, y nunca, reiteramos, en la consciencia del hecho».

Vid. Boldova Pasamar, M. Á. (1999). Los delitos urbanísticos. Barcelona, Atelier. Pp. 252 y ss.:

«no está tan claro que quede también al margen de la tipicidad la responsabilidad por dolo eventual, tal y como sostiene buena parte de la doctrina. Como ha puesto de manifiesto Cerezo Mir para justificar la inclusión del dolo eventual en tal expresión, el mismo término “a sabiendas” se utiliza en el art. 329, y aquí, puesto que legalmente admite la comisión imprudente (art. 331) —rechazada, eso sí, por un sector doctrinal—, no cabe duda de que dicha expresión comprende el dolo eventual».

hibición —en los términos descritos por el art. 14.3 del Código penal—. Por ello, de concluirse que el error en que incurrió el autor del delito era vencible el hecho deberá castigarse con arreglo al art. 14.3 CP, si bien con la oportuna reducción de la pena en un grado⁵.

Por último, creo que también cabe plantear que pudiera resultar absurdo sostener que la locución «a sabiendas de su injusticia» excluye el dolo eventual, procediendo acto seguido a admitir la posibilidad de la condena por delito imprudente en aquellos supuestos en que el legislador expresamente lo haya previsto en aplicación del art. 12 del Código penal. Adviértase que el legislador ha tenido a bien emplear la expresión «a sabiendas» al describir otras figuras delictivas en que el castigo de la ejecución imprudente se halla expresamente admitido —v. gr., el delito de prevaricación judicial de los arts. 446 y 447 CP o el de blanqueo de capitales del art. 301 CP—.

A mayor abundamiento, debe recordarse que el art. 358 del derogado Código penal de 1973 castigaba además de la ejecución dolosa del delito de prevaricación administrativa, la imprudente. Según rezaba el precepto: «El funcionario público que, a sabiendas, dictare resolución injusta en asunto administrativo, incurrirá en la pena de inhabilitación especial. Con la misma pena será castigado el funcionario público que dictare, por negligencia o ignorancia inexcusable, resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo».

Adviértase que las redacciones del anterior art. 358 y del actual art. 404 del Código penal resultan prácticamente idénticas —de no ser por el elemento de la arbitrariedad—.

⁵ Vid. Faraldo Cabana, P. y Puente Aba, L. M.^a (coords.). (2011). Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y legislación especial. Valencia, Tirant lo Blanch. P. 173:

«la presencia del elemento subjetivo del tipo no impide que se pueda cometer el delito por dolo eventual. Y no solo este argumento puede esgrimirse, sino que incluso admitiendo la incompatibilidad de la presencia de un elemento subjetivo del tipo penal con el dolo eventual, el delito de prevaricación urbanística puede ser cometido por dolo eventual [...] la expresión “a sabiendas de su injusticia” debe ser interpretada como conocimiento de la antijuridicidad de la conducta».

Vid. González Cussac, J. L. *Ibid.*, p. 80:

«Sabido es que la presencia de un elemento subjetivo cierra generalmente el paso de la imprudencia. Pero la doctrina mayoritaria excepcionalmente acepta esta posibilidad en los supuestos de error vencible sobre la prohibición siempre, claro está, que este error sea independiente de las exigencias subjetivas. De modo que cabría imaginar hipótesis donde el sujeto pudiera prevaricar como consecuencia de una imprudencia jurídica».

2.2. ESTADO JURISPRUDENCIAL DE LA CUESTIÓN

A pesar de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradísimas ocasiones sobre el tema que ahora nos encontramos analizando, puede afirmarse que los pronunciamientos dictados han resultado oscilantes. En definitiva, puede concluirse que no está clara la concreta configuración que el Alto Tribunal ofrece al elemento subjetivo del delito de prevaricación administrativa.

En mi opinión, resulta posible distinguir en la jurisprudencia hasta tres posturas:

(i) La expresión «a sabiendas de su injusticia» excluye la posibilidad de apreciar el dolo eventual

En palabras de la STS 694/2018, de 21 de diciembre, el elemento subjetivo del delito de prevaricación administrativa, «requiere la intencionalidad dolosa, con dolo directo y no eventual, pues la expresión “a sabiendas” impide la concurrencia de una situación de potencial representación mental, y el obrar indiferente al respecto, sino que exige el tipo penal que el autor obre con conciencia y voluntad de querer infringir la norma, de una forma, no meramente ilegal, sino arbitraria». Idea que, entre otras muchas, también se encuentra presente en las SSTS 654/2004, de 25 de mayo; 340/2012, de 30 de abril; 841/2013, de 18 de noviembre; 600/2014, de 3 de septiembre; 795/2016, de 25 de octubre; 302/2018, de 20 de junio; 477/2018, de 17 de octubre; 654/2018, de 14 de diciembre; 694/2018, de 21 de diciembre; 294/2019, de 3 de junio; 288/2019, de 30 de mayo; 57/2020, de 20 de febrero; 507/2020, de 14 de octubre.

Ello implica, tal y como señala la STS 1051/2013, de 26 de septiembre, que el conocimiento del sujeto activo del delito, es decir, su dolo, «debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución». Y, desde luego, la necesidad de excluir la aplicación del tipo penal a los supuestos en que la autoridad o funcionario tiene dudas razonables sobre la injusticia de su resolución.

(ii) La locución «a sabiendas de su injusticia» alude a la conciencia de antijuridicidad del sujeto activo del delito, esto es, al *dolus malus*:

La STS 18/2014, de 23 de enero, constituye un claro exponente. En ella, se indica que

«en relación al conocimiento de la injusticia de la resolución hemos dicho también que: En el delito de prevaricación administrativa la “arbitrariedad de la resolución es un elemento normativo del tipo”. Pero, a diferencia de otros supuestos, como el del hurto de la cosa ajena, la diferenciación entre la injusticia de la resolución dictada y la

del acto de dictarla —posibilitando concluir, en algún caso, que no es injusto dictar una resolución injusta— constituye un uso del lenguaje que lleva a interpretación contraria al sentido de la ley. Por eso la interpretación de la expresión, utilizada en el art. 404 del Código Penal, “a sabiendas de su injusticia” no debe llevar a tener por atípica la decisión del funcionario, sino a su mera exculpación, cuando se estime que no actuó bajo esa condición (STS de 4 de marzo de 2010 resolviendo el recurso 1231/2009)».

Por otro lado, tal y como se indica en la STS 623/2020, de 19 de noviembre,

«no se requiere que el dolo del autor sea el denominado *dolus malus* que implica una representación del sujeto sobre la oposición entre su comportamiento y el derecho. Es suficiente el denominado dolo natural o, si se quiere, dolo típico, referido al hecho típico. En el delito de prevaricación ese dolo implica el conocimiento del contenido de la resolución que dicta el funcionario y la voluntad de adoptarla. Pero no implica que el autor lleve a cabo una valoración de ese contenido de la resolución. Aunque la arbitrariedad debe predicarse de dicho contenido, la valoración de esta se resuelve en la valoración de la propia conducta de su adopción, y por ello de la conducta del autor. Pero la valoración por el autor sobre la transcendencia jurídica de su comportamiento se inserta ya en el *dolus malus* como parte de la imputación personal o culpabilidad. En consecuencia, como dejamos dicho con anterioridad, el conocimiento por el autor de la resolución objetivamente prevaricadora del contenido de esta, unido a que dicho contenido sea arbitrario, satisface el juicio de antijuridicidad y es suficiente para justificar la exigencia de responsabilidad al partícipe».

Criterio seguido, asimismo, entre otras muchas por las SSTS 179/2021, de 2 de marzo de 2021; 605/2013, de 8 de julio, 222/2010, de 4 de marzo, 303/2013, de 26 de marzo.

(iii) Solo con carácter absolutamente residual se ha entendido por nuestro Tribunal Supremo que la expresión «a sabiendas de su injusticia» aludiría a una referencia genérica al dolo que permitiría la apreciación del dolo eventual.

Así, la STS 1127/2009, de 27 de noviembre, señalaba que,

«en cuanto al dolo, expresamente referido en el art. 320.1 con el giro “a sabiendas”, existe un factor no despreciable para inferir la

existencia de todo dolo: Juan era asesor legal del Ayuntamiento y ejercía en el ámbito urbanístico —aunque no solo en él—, y esa condición evidencia, conforme a la experiencia general, que no actuaba como ciego servidor del experto técnico —lo que incluso no descartaría su dolo eventual—⁶.

Asimismo, algunos pronunciamientos recientes parecen dejar abierta la puerta a la admisibilidad del dolo eventual. En concreto, las SSTs 227/2020, de 26 de mayo y 409/2020, de 20 de julio, indican que

«[s]obre esta última cuestión [en referencia a la admisibilidad del dolo eventual] y dejando al margen la jurisprudencia que no ha sido constante a la hora de determinar si el delito de prevaricación admite o no esa modalidad de dolo, lo cierto es que en este caso no se justifica en base a qué hechos se afirma la existencia de dolo eventual».

En cualquier caso, el análisis de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo permite extraer algunas conclusiones de gran interés:

a.- En primer lugar, permite constatar que, en efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, emanada a lo largo de la última década, se ha mostrado sumamente oscilante, afirmando de modo indistinto y cuasi simultáneo en el tiempo, que la locución «a sabiendas de su injusticia» constituye un elemento del tipo subjetivo, o por el contrario, identificando dicha expresión con la conciencia de anti-juridicidad que se ubica en la culpabilidad.

⁶ Vid. Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M.^a J. (2016). De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos. En: Quintero Olivares, G. (dir.). Comentarios a la Parte especial del Derecho penal. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi. P. 1613:

«la jurisprudencia no ha dudado en considerar dolosa la conducta del funcionario que dicta una resolución objetivamente injusta —arbitraria—, sin haber utilizado los medios técnicos puestos a su alcance para comprobar su concordancia con el ordenamiento jurídico, o cuando, habiéndolo hecho, ha resuelto de forma distinta (STS 10 de mayo 1993, antes citada). En estos supuestos, sobre cuya calificación el Tribunal Supremo no se ha manifestado con precisión, pues le ha bastado con encuadrarlos genéricamente en el ámbito de lo doloso, en realidad se está en presencia de formas dolosas eventuales de prevaricación».

Vid. STS n.º 1127/2009, de 27 de noviembre (n.º recurso: 1539/2008):

«En cuanto al dolo, expresamente referido en el art. 320.1 con el giro “a sabiendas”, existe un factor no despreciable para inferir la existencia de todo dolo: Juan era asesor legal del Ayuntamiento y ejercía en el ámbito urbanístico —aunque no solo él—, y esa condición evidencia, conforme a la experiencia general, que no actuaba como ciego servidor del experto técnico —lo que incluso no descartaría su dolo eventual—».

b.- En segundo lugar, permite verificar el distinto tratamiento que se ha venido dispensando a la expresión típica «a sabiendas», pues, a modo de ejemplo, al analizar los delitos de receptación y blanqueo de capitales la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha afirmado de forma unánime que dicha expresión constituye una referencia genérica al dolo, admitiendo por ello el dolo eventual⁷.

Como señala la STS 982/2021, de 15 de diciembre,

«el delito de blanqueo de capitales tipificado en el art. 301 CP no goza de un régimen probatorio relajado, ni legal ni jurisprudencial. Solo cuando el bagaje probatorio permita llegar a una convicción sin margen para una duda razonable, de que un sujeto maneja con alguna de las finalidades previstas en el precepto fondos o bienes que proceden de actividades constitutivas de delito, conociendo ese origen, o, al

⁷ A modo de ejemplo vid. la STS n.º 1038/2013 (n.º recurso: 925/2013):

«Este delito exige entre sus requisitos como elemento subjetivo del tipo el conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio. Para ello no basta con una simple sospecha, duda o recelo, sino que se ha de tener la certidumbre (estado anímico de certeza) de que los objetos adquiridos proceden de un delito contra los bienes, o sea que son de procedencia delictiva (STS 1581/1997, 12 de diciembre; 447/1999, 15 de marzo; 610/1999, 20 de abril y 1422/1999, 6 de octubre y 8/2000, 21 de enero de 2000; sin que ello deba suponer un conocimiento detallado de las circunstancias concretas del delito del que proceden los objetos. Por otra parte, siendo el conocimiento del origen ilícito un elemento subjetivo del tipo de naturaleza psicológica su acreditación habrá de establecerse normalmente por inducción a través de inferencias lógicas o inequívocas (STS 1374/1997, 12 de noviembre), a partir de datos objetivos o de circunstancias materiales acreditadas, siendo de las más significativas la irregularidad de la compra, o el precio vil, es decir, la compra del objeto por precio desproporcionadamente inferior al de mercado. Ese conocimiento —concluye la STS 1128/2001, 8 de junio— no implica el de todos los detalles o pormenores del delito antecedente, ni el nomen iuris que se le atribuye, pero no basta tampoco la simple sospecha de su procedencia ilícita sino la seguridad de la misma [...] El cuarto motivo coincide con el segundo del anterior recurrente, por lo que será estimado en sus propios términos, mientras que el motivo quinto invoca la vulneración de la presunción de inocencia, aspecto este ya estudiado en el primer motivo de Luis Antonio, por lo que nos remitimos a las propias pruebas que tuvo en consideración de la Sala sentenciadora de instancia, añadiendo que ambos recurrentes nunca negaron la recepción del cobre pelado adquirido de los también acusados Luis Enrique, Eladio, Iván y Rodolfo, sino el conocimiento de que tales personas les estaban vendiendo material de origen delictivo, lo que se encuentra sobradamente probado en autos en función de la cantidad recibida de manos de quienes no podían poseerlo legalmente, por lo que desde la perspectiva del dolo eventual la culpabilidad ha quedado plenamente acreditada. En suma, la venta masiva de cobre de personas que no podía pensarse de modo alguno que lo poseyeran legalmente, dada la inexistencia, como decimos, de cualquier conexión con una entidad dedicada a tal tráfico ilícito, debe activar los mecanismos de control por quien compra tal material, despejando cualquier duda al respecto, lo que incide en la culpa eventual, que aquí ha de declararse como probada».

menos, representándose y mostrando indiferencia frente a ello (dolo eventual), puede abrirse paso una condena por delito doloso de blanqueo de capitales».

Vid., asimismo, las SSTS 624/2021, de 14 de julio; 601/2021, de 7 de julio; 567/2021, de 30 de junio; o, 385/2021, de 5 de mayo.

- c.- En tercer lugar, permite constatar que en aquellas ocasiones en que el Tribunal Supremo ha descartado la posibilidad de comisión del delito de prevaricación mediante dolo eventual lo ha venido haciendo, desarrollando una interpretación gramatical del tipo. A tal efecto, resulta fácil advertir que en estos supuestos la Sala Segunda del Alto Tribunal ha despachado la controvertida cuestión sin expresar la posible existencia de otras opciones interpretativas, y, por ello, sin expresar los motivos que le conducirían a rechazarlas.
- d.- En cuarto lugar, debe asimismo destacarse, aún y cuando pudiera parecer paradójico, que el propio Tribunal, en algunas ocasiones, ha criticado duramente la interpretación gramatical del precepto antes referenciada, afirmando que semejante opción hermenéutica puede conducir a resultados asistemáticos e incoherentes: «posibilitando concluir, en algún caso, que no es injusto dictar una resolución injusta —lo que constituye un uso del lenguaje que lleva a una interpretación contraria al sentido de la ley—» —*vid.* SSTS 18/2014 de 23 de enero; 1160/2011, de 8 de noviembre; 303/2013, de 26 de marzo; o, 222/2010 de 4 de marzo—.
- e.- En quinto y último lugar, considero de particular interés subrayar que en aquellas ocasiones en que el Tribunal Supremo ha optado por atribuir a la locución «a sabiendas de su injusticia» la consideración de elemento de la culpabilidad lo ha hecho al analizar supuestos de responsabilidad penal del extraneus en el delito del intraneus. A tal efecto, no debe olvidarse que, sin perjuicio de resultar admisibles otras opciones dogmáticas, por lo general ha venido considerándose que solo integrando el conocimiento de la injusticia en la culpabilidad cabrá la posibilidad, en un ámbito regido por la teoría de la accesoriedad limitada, de sancionar al extraneus sin hacer lo propio con el intraneus⁸.

⁸ Vid. Casas Hervilla, J. (2018). La participación del extraneus en el delito de prevaricación administrativa: principales problemas y propuestas para su solución. Estudios penales y criminológicos. N.º 38.

2.3. LA LOCUCIÓN «A SABIENDAS DE SU INJUSTICIA» COMO ALUSIÓN GENÉRICA AL DOLO

Hemos tenido ocasión de señalar anteriormente que para un cualificado sector de la doctrina la expresión «a sabiendas de su injusticia» opera, en realidad, a suerte de mera alusión genérica al dolo del sujeto activo del delito. Extremo que, de admitirse, que en ningún caso permitiría excluir la imputación del delito de prevaricación a título de dolo eventual.

Su propuesta, por su importancia, merece de un detallado análisis⁹.

Con arreglo a la meritada tesis doctrinal la expresión objeto de estudio, «a sabiendas», únicamente aludiría al elemento cognoscitivo del dolo, imponiendo la exigencia de que el sujeto activo del delito obre con conocimiento de la ilicitud ejecutada. Sin embargo, dicha locución, al no contener referencia alguna acerca del elemento volitivo del sujeto activo del delito, no permitiría exigir la concurrencia de un ánimo o intención específicos en la autoridad o funcionario público que dictaren la resolución delictiva.

La conclusión antes apuntada resulta de extraordinaria relevancia si atendemos a la circunstancia de que la delimitación entre las diferentes modalidades de dolo —de primer grado, de segundo grado y eventual—, gravitan principalmente en torno a las diferencias concurrentes en relación al elemento volitivo.

Por el contrario, la configuración del elemento intelectual resulta, cuando menos en lo sustancial, común a las tres modalidades de dolo.

Recuérdese que el dolo directo de primer grado se apreciará en los casos en que el sujeto conozca y desee la realización de los elementos objetivos del tipo; el dolo directo de segundo grado en los que el sujeto conoce que con su conducta realizará el tipo objetivo con seguridad, si bien su ejecución no es directamente deseada; mientras que los supuestos de dolo eventual se caracterizan porque en ellos el sujeto si bien no quiere directamente la realización del tipo objetivo del delito conoce o se representa la alta probabilidad de su realización.

En definitiva, no cabe sino concluir que el elemento cognoscitivo del dolo se encuentra presente en sus distintas modalidades, apreciándose, sin embargo, sustanciales diferencias en torno a la configuración del elemento volitivo, que en los casos de dolo eventual aparece claramente desdibujado o incluso anulado.

⁹ Vid. Casas Hervilla, J. (2020). *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*. Madrid, Reus.

A la vista de todo ello, parecen existir buenas razones para concluir que en tanto la locución «a sabiendas» únicamente alude al elemento intelectual del dolo, no cabría excluir la imputación a título de dolo eventual del delito de prevaricación administrativa.

Debe sin embargo precisarse que de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española puede decirse que actúa «a sabiendas» quien obra con certeza y seguridad.

Trasladando dichas consideraciones al análisis del art. 404 CP cabría concluir que la locución «a sabiendas» implicará no solo que el sujeto activo del delito deba obrar de modo doloso, sino asimismo que tenga un conocimiento pleno de la realización del tipo penal.

A la vista de ello, resulta oportuno plantear si el dolo directo de primer grado, el de segundo grado y el dolo eventual regulan diversos grados de certeza en la ejecución del delito, o si por el contrario el grado de certeza presente en la configuración del elemento intelectual resulta común a todos ellos.

En mi opinión, a pesar de que, *prima facie*, pudiera parecer que el grado de certeza ínsito a la expresión «a sabiendas» debiera excluir los supuestos de dolo eventual, un análisis más detenido de la cuestión arroja una conclusión claramente distinta.

Permítaseme utilizar un ejemplo al objeto de acreditar que el grado de certeza en la realización de los elementos objetivos del tipo no constituye un elemento decisivo en la delimitación entre dolo directo y dolo eventual.

Imaginemos los siguientes supuestos de hecho:

- a) Juan se encuentra en el monte cazando. De repente Juan observa que Jaime, que le ha acompañado a cazar y se encuentra a cien metros, y de quien recientemente ha descubierto que es amante de su esposa, se encuentra de espaldas a él, a escasos centímetros de un ciervo. Juan, decide disparar a Jaime con la intención de acabar con su vida, consciente, sin embargo, de que pudiera errar el tiro dada la dificultad de alcanzar el blanco desde aquella distancia. Juan tiene previsto excusarse ante la Justicia afirmando que en realidad pretendía alcanzar al ciervo.
- b) Juan se encuentra en el monte cazando. De repente Juan observa que Jaime, que le ha acompañado a cazar y se encuentra a cien metros, y de quien recientemente ha descubierto que es amante de su esposa, se encuentra de espaldas a él, a escasos centímetros de un ciervo. Juan, decide disparar al ciervo con la intención de acabar con su vida, consciente, sin embargo, de que existe una alta probabilidad de errar el tiro y alcanzar a Jaime, ocasionándole así la muerte. Dada la animadversión que siente por Jaime, a Juan le

resulta indiferente acabar con la vida de este, si bien su disparo no se ha realizado con el fin de lograrlo.

Resulta evidente que, para el caso de que finalmente Juan acabara con la vida de Jaime, la conducta descrita en el ejemplo a) sería considerada constitutiva de homicidio —ejecutado con dolo directo de primer grado—, mientras que la descrita en el ejemplo b) sería considerada constitutiva de un delito de homicidio —ejecutado con dolo eventual—. Y ello a pesar de que en ambos casos el grado de certeza sobre la realización de los elementos objetivos del delito, presente en el sujeto activo al momento de ejecutar la conducta típica, sería idéntico.

A lo anterior, cabrá oponer que el ejemplo manejado resulta «tortice-ro», pues si bien es cierto que el elemento en torno al que gravita la delimitación entre las distintas modalidades de dolo es el ánimo con el que obra el sujeto, no lo es menos que los casos en que el sujeto obre con absoluta certeza de la ejecución del delito, y por ello con conocimiento pleno de la realización de los elementos objetivos del delito, deberán quedar necesariamente excluidos de su imputación a título de dolo eventual.

En definitiva, el dolo eventual se construye en torno a la aceptación de una alta probabilidad de ejecución del tipo penal, aún y a pesar de que la conducta del sujeto se halle dirigida a la consecución de otras metas. Extremo que necesariamente conduce al reconocimiento de un cierto grado de duda en la realización de todos o alguno de los elementos objetivos del tipo.

Ahora bien, en mi opinión, ello en ningún caso debe conducir necesariamente a concluir que la locución «a sabiendas» presuponga la obligatoria exclusión del dolo eventual como título de imputación subjetiva.

Adviértase que, si bien es cierto que el dolo eventual presupone necesariamente un cierto grado de duda en la ejecución del delito, no lo es menos, que dicho grado de incerteza en la realización de los elementos objetivos del tipo se hallará asimismo habitualmente presente en los casos de dolo directo de primer grado. De ahí que la exclusión de la imputación de las acciones desarrolladas a título de dolo eventual debiera, por coherencia, implicar asimismo la exclusión de un amplio elenco de supuestos en que la realización del tipo resulte atribuida a título de dolo directo de primer grado. Supuestos en los que el sujeto activo del delito, a pesar de desear la realización de la conducta delictiva tenga alguna duda, por mínima que esta sea, acerca de si la misma realiza o realizará los elementos objetivos del tipo.

Exclusión esta, a mi juicio no justificada desde una perspectiva dogmática, e indeseable desde una perspectiva político criminal.

Así las cosas, debe en primer lugar recordarse que el distinto tratamiento jurídico ofrecido a los delitos cometidos a título doloso e imprudente

obedece a una distinta valoración de ambas modalidades de ofensa al bien jurídico protegido.

En el hecho doloso se considera que se halla presente en el sujeto una relación de oposición al bien jurídico protegido más intensa que en el hecho imprudente, razón por la que en los supuestos de ejecución dolosa del delito se advierte no solo un mayor grado de negación del bien jurídico protegido, sino, asimismo, un mayor riesgo de ofensa para aquel, y por todo ello un mayor desvalor del acto¹⁰.

Asimismo, debe subrayarse que, si bien el legislador ha ofrecido un tratamiento privilegiado al hecho imprudente frente al doloso, no ha tenido a bien introducir diferencias de ninguna clase en el tratamiento punitivo de las distintas modalidades de dolo, por entender que en todas ellas el desvalor inherente a la ejecución del acto resulta equivalente. En todas ellas se aprecia la creación de un riesgo elevado y deliberado de ofensa para los bienes jurídicos.

Todo ello, ha propiciado que en la actualidad se haya venido promoviendo por parte de un número cada vez mayor de penalistas la aceptación de concepto normativo de dolo¹¹, exclusivamente construido en torno al elemento cognoscitivo.

Para este sector doctrinal el conocimiento exigido por los tipos dolosos no debe interpretarse como un conocimiento exacto de la realización del tipo, sino como una decisión de desarrollar un comportamiento a pesar de abarcar intelectualmente el conjunto de circunstancias fácticas

¹⁰ Vid. Mir Puig, S. (2011). Derecho Penal. Parte General. Barcelona, Reppertor. Pp. 167 y ss.:

«El hecho doloso se encuentra en una relación de oposición al bien jurídico afectado más intensa que el hecho no doloso y simplemente imprudente. Por de pronto, la lesión dolosa manifiesta una actuación intrínsecamente opuesta al bien jurídico, que posee un significado social objetivo de negación de dicho bien, distinto al del hecho imprudente. Así, p. ej., quien mata a otro dolosamente niega la vida de la víctima, mientras que quien la atropella sin dolo, por imprudencia, no niega por completo el bien vida, si no que solo manifiesta un cuidado insuficiente frente al mismo. Por otra parte el dolo guarda relación con la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico».

Vid. Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). Derecho penal. Parte general. Valencia, Tirant lo Blanch. Pp. 282 y ss.:

«El delito doloso supone, pues, una agresión consciente contra el bien jurídico protegido, mientras que la imprudencia es solo una falta de cuidado en la que a veces el sujeto ni siquiera se plantea el posible daño al bien jurídico, por eso la realización dolosa de un delito siempre se considera más grave que la realización imprudente del mismo delito».

¹¹ Vid. Ferrer, E. (2018). Consideraciones críticas sobre el concepto de dolo. Olejnik, Santiago de Chile; Feijoo Sánchez, (2018). Dolo eventual. Olejnik, Santiago de Chile; Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M. Ibid.; Piva Torres, G. E. y Fonseca Granadillo, I. C. (2020). El concepto dogmático del dolo y la culpa penal. Barcelona, Bosch.

existentes, así como el riesgo, captado *ex ante*, de ofensa para el bien jurídico protegido¹².

No en vano, debe recordarse que el conocimiento concurrente para afirmar el actuar doloso, en ningún caso, puede conducir a exigir que el sujeto activo del delito desarrolle previa o simultáneamente a su ejecución una operación intelectual de subsunción de su conducta en el tipo penal.

Consideraciones a todas luces compatibles con la actual regulación del error de tipo regulado por el art. 14.1 del Código penal, en tanto el legislador no ha tenido a bien introducir matices en relación al grado de conocimiento exigible al sujeto activo del delito. Extremo que, en buena lógica, permite concluir, que los elementos objetivos del delito se conocen o no se conocen, sin que puedan existir grados cognoscitivos intermedios. Consideraciones que, a su vez, conducen a afirmar que quien obra con dolo eventual, obra con conocimiento.

Argumentos que, en definitiva, permiten concluir que la expresión «a sabiendas», en tanto que alusión al elemento intelectual del dolo, sí permite la imputación a título de dolo eventual del delito de prevaricación administrativa¹³.

¹² Vid. Feijoo Sánchez, B. J. *Ibid.*, p. 23:

«Si bien no se puede hablar de un “conocimiento” seguro con respecto a hechos futuros, sí se puede hablar de un cálculo basado en una serie de datos que se encuentran al alcance del autor. Para imputar un delito a título de dolo no hace falta tener un perfecto conocimiento de la situación, sino simplemente saber que la realización del hecho típico queda en manos del azar y que se ha hecho o se va a hacer lo suficiente o necesario para lesionar a otro».

Vid. Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M. *Ibid.*, pp. 239 y ss.:

«Bajo la expresión objeto del dolo se hace referencia al conocimiento típico, que a su vez tiene como objeto la dañosidad social del comportamiento y el deber de evitar la realización del mismo. [...] El dolo es conocimiento del desvalor social de la conducta que hace referencia al injusto material. En una teoría del delito en donde se pueda distinguir entre antijuridicidad material en sentido (= injusto material) y antijuridicidad material en sentido amplio (= antijuridicidad propiamente dicha), respondiendo la primera al desvalor social de la conducta y la segunda al desvalor social de la conducta más la ausencia de un contexto de justificación, se podrá permitir esa definición de dolo».

¹³ Vid. De Toledo Ubieto, E. O. (1980). *La prevaricación del funcionario público*. Madrid, Civitas. Pp. 372 y ss.:

«En mi opinión debe responderse afirmativamente a la primera pregunta y negativamente a la segunda; es decir, admitir que el “a sabiendas” comprende el dolo eventual y rechazar que abarque la culpa con representación. Creo que cuando al funcionario le parece “probable”, conforme a su conocimiento, que la resolución sea injusta y esta efectivamente lo es, no puede decirse que ha obrado sin “saber” que la resolución es injusta, mientras que no creo que actúe “sabiendo” que la resolución es injusta el funcionario al que solo “improbablemente” le parece que ello sea así. Las consecuencias de rechazar el dolo eventual en el párrafo primero del artículo 358 serían las siguientes:

1.³ Habría que admitir una de estas dos cosas: o que los funcionarios públicos pueden en todos los casos conocer absolutamente la objetiva justicia de las resoluciones o que en el momento en que una materia ofreciera resistencia, margen de duda, a un conocimiento objetivo, la prevaricación se haría imposible por atípica».

Vid. González Cussac, J. L. *Ibid.*, pp. 114 y ss.:

«La primera consideración se centra en razones históricas, pues el origen de “a sabiendas” tiene como única finalidad exigir dolo y excluir la culpa. Finalidad legislativa claramente perceptible desde que en 1870 se creara un segundo párrafo exclusivamente para la imprudencia. Pero la razón fundamental se encuentra en la conjugación por una parte del concepto de dolo y sus clases, y de otra del sentido gramatical y sistemático del término “a sabiendas”. Comencemos por este último. Esta expresión se refiere inequívocamente al grado de conocimiento exigido al autor de la figura legal. Y en principio no va más allá del mismo, es decir, no se extiende a la voluntad o al contenido de su querer. Ello se demuestra en que tradicionalmente, cuando el legislador desea incidir en el elemento intencional lo hace claramente, utilizando los términos “de propósito” o “intencionadamente” (v. gr., art. 270, 275, 277, 408, etc.).

Vid. Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M. *Ibid.*, pp. 358 y ss.:

«En mi opinión, es cierto que el significado gramatical del término “a sabiendas” ofrece una base importante para su interpretación como una exigencia de conocimiento pleno y seguro de los elementos del tipo, pero no justifica su equiparación con el dolo directo, ni tampoco tiene por qué suponer una exclusión automática del dolo eventual. Como ha señalado Vives Antón, entre otros autores, la expresión “a sabiendas” contiene una clara referencia al conocimiento del autor y por ello se puede identificar con una exigencia de conocimiento seguro; sin embargo, constituye un salto lógico injustificado, deducir de la citada expresión, que no contiene alusión alguna a la intención o voluntad del autor, una exigencia de dolo directo de primer grado. [...] si la expresión “a sabiendas” se interpreta en su sentido estrictamente gramatical (conocimiento cierto y seguro), entonces es posible entender que tiene la función de restringir la aplicación del correspondiente delito solo a ciertas formas de conducta dolosa: aquellas en las que el autor actúa con pleno conocimiento de la realización del tipo. Ahora bien, si la citada expresión se interpreta así, entonces también habría que concluir que el criterio de selección de las conductas punibles, que está empleando el legislador en estos casos, es distinto al criterio que sirve a la doctrina para construir la tradicional clasificación tripartita del dolo. Por todo ello, creo que no tiene demasiado sentido intentar encajar las conductas que caen bajo la denominación “a sabiendas” en alguna de las tradicionales categorías del dolo con las cuales, en principio no tienen por qué coincidir. En efecto, el requisito de conocimiento pleno o seguro de la realización del tipo que parece exigir la locución “a sabiendas” no puede identificarse de forma automática con el dolo directo de primer grado, que comúnmente se define como la intención o el propósito del autor que persigue como fin la realización del delito y que subsiste aun cuando la producción del resultado no se presenta como seguro, sino solo como posible. [...] Por último, respecto al dolo eventual el problema se plantea porque el contenido de esta categoría varía según las distintas opciones interpretativas. Así, la expresión “a sabiendas” excluiría, a mi juicio, el dolo eventual si es que este se define desde aquellas concepciones que exigen algún tipo de relación emocional o volitiva con el resultado, además de la representación de este [...] Sin embargo, si el dolo eventual se concibe desde posiciones cognitivas próximas a las teorías de la probabilidad, en las que se prescinde de toda referencia volitiva y se exige previsión del resultado como altamente probable, entonces desaparece, a mi juicio, la incompatibilidad entre el dolo eventual y el significado gramatical de la expresión “a sabiendas”».

Desde una óptica político-criminal, debe además advertirse que la identificación de la locución «a sabiendas» con un conocimiento pleno de los elementos objetivos del tipo por el autor del delito resulta a todas luces desafortunada, pues, como ya tuvimos ocasión de analizar, conduce a la atipicidad de una importante constelación de conductas desarrolladas con dolo directo de primer grado, en que el sujeto activo desea cometer el delito pero aún alberga alguna duda acerca de si, en efecto, su conducta reúne los elementos objetivos del art. 404 CP.

Por lo demás, la restricción en la interpretación de la conducta típica no resulta en estos casos justificada, pues ante todo implica descriminalizar comportamientos idóneos para ofender al bien jurídico protegido que presentan una significación equivalente a la de buena parte de los casos en que el sujeto sí tiene perfecto conocimiento de la situación.

3. PROPUESTA PERSONAL

Creo que existen buenas razones, hasta la fecha no suficientemente exploradas, para admitir que la ejecución del delito de prevaricación administrativa pueda tener lugar con dolo eventual.

Prestemos de nuevo atención al tenor literal del precepto.

El delito de prevaricación administrativa del art. 404 del Código Penal sanciona a las «autoridades y funcionarios públicos que, a sabiendas de su injusticia, dictaren resolución arbitraria en asunto administrativo».

Hasta la fecha, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido dando por sentado que el conocimiento de la injusticia que exige el art. 404 CP tiene por objeto el contenido de la resolución. Es decir, que la expresión «a sabiendas de su injusticia» alude al conocimiento que debe concurrir en el sujeto activo del delito sobre el carácter arbitrario de la resolución dictada.

De ahí que el objeto de la controversia acerca de la configuración del elemento subjetivo del delito se haya centrado, principalmente, en la determinación de si el desconocimiento de la injusticia merece el tratamiento propio del error de tipo (art. 14.1 CP), o bien el propio del error de prohibición (art. 14.3 CP). Todo ello, obviamente abstracción hecha de las anteriores consideraciones acerca de la posibilidad de que la expresión «a sabiendas» opere como mera referencia genérica al dolo.

En mi opinión, existen, sin embargo, sólidos argumentos para afirmar que la premisa antes apuntada, acerca del objeto sobre el que debe versar el conocimiento de la injusticia a que alude el tenor literal del tipo resulta errónea, o cuando menos bastante controvertida.

Y es que, un detenido análisis del precepto arroja como interpretación alternativa, y a todas luces plausible, que la consabida expresión «a sabiendas de su injusticia» tendría en realidad por objeto la conducta de la autoridad o funcionario público que se erige en sujeto activo del delito.

Es decir, que lejos de ir referida aquella expresión a la arbitrariedad de la resolución, y por lo tanto a su contenido, la expresión a sabiendas de su injusticia aludiría en realidad a la conducta desarrollada por el sujeto activo del delito, al margen del contenido de la resolución finalmente dictada.

Adviértase que, si el legislador quisiera en realidad que la locución «a sabiendas de su injusticia» tuviera por objeto el contenido de la resolución, o en su caso el de la arbitrariedad cometida, hubiera resultado más razonable ofrecer al tipo penal una redacción distinta —*v. gr.*, «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, dictare resolución arbitraria e injusta»—.

Parece así lógico sostener que la interpretación literal de la actual redacción del art. 404 permite afirmar que en realidad el legislador pretende sancionar a la autoridad o funcionario público que actúe a sabiendas de su injusto obrar.

Conclusión esta, además, avalada por la rúbrica ofrecida por el legislador al capítulo I, del título XIX, del libro II del Código Penal, «De la prevaricación de los funcionarios y otros comportamientos injustos», en que la prevaricación se conceptualiza de modo expreso como modalidad de comportamiento injusto.

De ahí que, en mi opinión, pueda concluirse que la actual redacción del delito de prevaricación aconseja la interpretación alternativa que en estas páginas se ofrece.

Debe subrayarse que el art. 404 CP, tras describir el círculo de posibles sujetos activos del delito, señala que estos deberán actuar a sabiendas de su injusticia. Empleando así el legislador el pronombre posesivo «su» como elemento claramente referido a la conducta de aquellos sujetos activos.

Parece así lógico concluir que la referencia al conocimiento de «su» injusticia vaya referida a los sujetos previamente referenciados en la redacción del tipo y no así, por el contrario, al término «resolución», por tratarse de un elemento que al momento de emplearse el pronombre «su» aún no ha sido enunciado.

En mi opinión, el principal motivo por el que hasta la fecha no se ha suscitado controversia alguna acerca de cuál sea el objeto de conocimiento de la injusticia obedece a una mera reminiscencia histórica.

La redacción ofrecida por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal al art. 404 CP, introdujo sustanciales modificaciones res-

pecto al delito de prevaricación hasta entonces tipificado en el art. 358 del Código Penal de 1973.

Así las cosas, según el derogado art. 358 CP 1973: «El funcionario público que a sabiendas dictare resolución injusta en asunto administrativo, incurrirá en la pena de inhabilitación especial.

Con la misma pena será castigado el funcionario público que dictare, por negligencia o ignorancia inexcusable, resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo».

Resulta palmario, que la redacción ofrecida por el derogado art. 358 CP no ofrecía dudas de ningún tipo acerca del objeto al que aludía el término «a sabiendas». Pues el tipo penal, de un modo claro señalaba que el sujeto activo del delito debía dictar la resolución delictiva a sabiendas de su carácter injusto.

Creo que, dicha interpretación del art. 358 CP, en tanto que, a todas luces pacífica, fue asumida de un modo acríptico por la doctrina y la jurisprudencia en la interpretación del art. 404 CP. Se dio así por sentado que se trataba de la única interpretación posible, sin analizar propuestas hermenéuticas alternativas.

Pero lo cierto, es que, cuando menos en mi opinión, la actual redacción del art. 404 CP no resulta ni de lejos tan clara.

Los principales argumentos que en mi criterio aconsejan la interpretación alternativa aquí propuesta son los siguientes:

(i) La interpretación literal del precepto se acomoda mejor a la propuesta aquí pergeñada.

Así las cosas, la actual redacción del precepto parece casar el conocimiento de la injusticia con el obrar de la autoridad o funcionario público. Circunstancia que permite concluir que el tipo penal se refiere en realidad a la autoridad o funcionario público que a sabiendas obrare de un modo injusto.

Adviértase que, para el caso de que el pronombre «su» tuviera por objeto el contenido de la resolución ilícita, lógico hubiera sido que el legislador hubiera ofrecido al tipo penal una redacción alternativa próxima a la siguiente: *la autoridad o funcionario público, que a sabiendas dictare resolución injusta y arbitraria en asunto administrativo*. O en su caso, una redacción próxima a la ofrecida por el párrafo primero del art. 358 del derogado Código Penal de 1973.

El análisis de la locución «a sabiendas de su injusticia» que aquí se propone permite ofrecer una interpretación más plausible desde una perspectiva sistemática a la relación entre los términos «injusto» y «arbitrario».

Hasta la fecha tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria ha venido afirmando, de un modo a todas luces recurrente, que los términos

«injusto» y «arbitrario», deben ser interpretados, en la exégesis del art. 404 CP, como equivalentes¹⁴.

No obstante ser consciente de ello, la crítica sobre dicho particular desarrollada por González Cussac me parece particularmente convincente.

Según González Cussac resulta a todas luces falaz afirmar que los términos «injusticia» y «arbitrariedad» resulten sinónimos. De ahí que, en su opinión, resulte más acertado concluir que mientras que la «injusticia de la resolución» aludiría a su contradicción con el ordenamiento jurídico¹⁵, la referencia a la «arbitrariedad de la resolución» aludiría a la exigencia de un plus respecto de la contradicción con el ordenamiento jurídico. Plus este que implica que la resolución, para ser delictiva, deba ser objetiva y abiertamente contraria a derecho, de suerte que el sujeto activo del delito haya sustituido de un modo flagrante y palmario, al momento de su dictado, el ordenamiento jurídico por su voluntad o capricho personal¹⁶.

En mi opinión la consideración de los términos «injusticia» y «arbitrariedad» como sinónimos resulta, además de tautológica y asistemática en la actual redacción del tipo, a todas luces contraria a las más elementales reglas semánticas. Pues resulta palmario, se mire como se quiera, que «in-

¹⁴ Vid. Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M.^a J. *Ibid.*, p. 1651: «En el marco de esta consolidada jurisprudencia, la inclusión del elemento “arbitraria”, para calificar la resolución prevaricadora, pudiera resultar perturbadora. Sin embargo, no parecen existir diferencias sustanciales entre el concepto de “injusticia” —tal como ha sido interpretado por el Tribunal Supremo— y el de arbitraria».

Vid. Hava García, E. *Los delitos...* *Ob. cit.*, p. 64: «El delito de prevaricación administrativa requiere, además de que la resolución dictada sea manifiestamente ilegal (“arbitraria”), que la autoridad o funcionario público que la emite actúe “a sabiendas de su injusticia”, expresión que la Jurisprudencia ha identificado con la constatación de una radical “arbitrariedad”».

¹⁵ En similares términos, vid. Cantero Cerquella, C. J. *Ibid.*, p. 245: «Por mi parte considero que el elemento típico y esencial de la injusticia reflejado en los arts. 320, 322 y 329.2 CP es plenamente equiparable a la “manifiesta ilegalidad”».

¹⁶ Vid. González Cussac, J. L. *El delito de prevaricación...* *Ob. cit.*, p. 68:

«En consecuencia resultaría falaz concluir que injusticia y arbitrariedad son términos sinónimos o equivalentes, y en consecuencia la nueva regulación del artículo 404 devendría redundante, confusa e innecesaria. De modo que, a partir de ahora, para apreciar el tipo de prevaricación, se precisa cotejar dos parámetros: el primero se centra en la idea de injusticia, entendida como contrariedad objetiva con el Derecho; y el segundo parámetro hace referencia a la noción de arbitrariedad, que además de la contrariedad objetiva con el Derecho, requiere que la resolución carezca de todo fundamento racional».

En idéntico sentido vid. *Derecho Penal Parte Especial*. Vives Antón. Pp. 659 y ss.: «La resolución dictada ha de ser arbitraria y ha de ser dictada a sabiendas de su injusticia. Estos términos, arbitrariedad e injusticia, están íntimamente entrelazados y aun teniendo significados diferentes han de ser interpretados con constantes remisiones de uno a otro [...]».

justicia» y «arbitrariedad», aún y cuando pudieran encontrarse interrelacionados, no son conceptos sinónimos.

Así se infiere asimismo, con toda claridad, del análisis de los debates parlamentarios para la aprobación del Código Penal de 1995, en donde diversos de los Diputados afirmaron de un modo expreso que injusticia y arbitrariedad, aún y cuando complementarios, debían ser conceptualizados como términos distintos¹⁷.

A mayor abundamiento, parece lógico pensar que si «arbitrariedad» e «injusticia» son términos equivalentes, el legislador debiera haber redactado el tipo penal en otros términos, tales como «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, dictare resolución arbitraria —e injusta— en asunto administrativo».

Llegados a este punto, debe señalarse que para el caso de convenir que los términos «injusticia» y «arbitrariedad» no resultan sinónimos, la única interpretación mínimamente razonable del tipo penal pasaría por considerar que la expresión «a sabiendas de su injusticia» tiene por objeto el comportamiento del sujeto activo del delito, y no así, por lo tanto, el contenido de la resolución. Pues no parece plausible afirmar que la autoridad o funcionario público deben conocer sin ninguna duda el carácter contrario a derecho de la resolución, pero no así su naturaleza arbitraria.

Nótese, que para el caso de interpretarse que la «injusticia» a que alude el art. 404 CP no resulta sino un término que adjetiva el sustantivo «resolución», debe convenirse que el conocimiento cierto exigido por el tipo penal a través de la locución «a sabiendas» se limita a la injusticia de la resolución, pero no así a su arbitrariedad. Pues la redacción del tipo penal es clara sobre dicho particular, exigiendo que el sujeto activo del delito obre a sabiendas de su injusticia, pero no así que obre a sabiendas de la arbitrariedad de la resolución. Extremo este a todas luces inverosímil, pues resulta obvio que la arbitrariedad de la resolución se erige en la esencia de lo injusto penal del delito de prevaricación, apareciendo como elemento basilar en la delimitación entre el ilícito penal y el administrativo.

¹⁷ Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 7-06-1995. N.º 516, pp. 15756 y ss.:

«Padilla Carballada: [...] Quiere decirse que arbitraria es un término que se emplea para no volver a repetir injusta? Si es a sabiendas de su injusticia, y además, tiene que ser arbitraria ¿no basta con que sea injusta? ¿Tiene que ser también arbitraria? Lean ustedes el concepto de “arbitrario” en nuestro Diccionario de la Real Academia de la Lengua y verán que arbitrario no es ningún sinónimo de injusto. Algo puede ser arbitrario y no ser injusto».

De ahí que en mi opinión resulte a todas luces más razonable interpretar que la locución «a sabiendas de su injusticia» alude al comportamiento de la autoridad o funcionario público, y no así al contenido de la resolución.

(ii) También para el caso de interpretarse que «arbitrariedad» e «injusticia» son términos sinónimos, resulta en mi opinión más razonable considerar que el objeto del conocimiento de la injusticia debe ir referido al comportamiento del sujeto activo del delito.

En primer lugar, toda vez que carece de todo sentido adjetivar mediante el uso de dos términos sinónimos el sustantivo resolución. Y en segundo lugar, a la vista de que, en mi opinión, dicha opción permite mayores rendimientos dogmáticos y político-criminales.

(iii) La interpretación aquí pergeñada resulta asimismo a todas luces compatible con la rúbrica ofrecida por el legislador al capítulo I, del Título XIX, del Libro II del Código Penal, «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos». Pues la propia rúbrica ya señala de un modo expreso que la prevaricación se configura como modalidad de comportamiento injusto de las autoridades y funcionarios públicos¹⁸.

Las consecuencias que se derivan de interpretar que el conocimiento de la injusticia, a que alude la locución «a sabiendas de su injusticia», tiene por objeto el comportamiento de la autoridad o funcionario público, resultan en mi opinión sumamente relevantes.

Así, creo que existen buenas razones para considerar que la tantas veces referida locución, interpretada en los términos aquí pergeñados, se configura, en realidad, como una referencia al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta desarrollada por el sujeto activo del delito. Apareciendo, así como elemento de la culpabilidad.

En definitiva, ello implicaría que, a pesar de seguir configurándose el delito de prevaricación administrativa como delito de naturaleza dolosa, el dolo del sujeto activo del delito debiera limitarse al conocimiento de la ar-

¹⁸ Vid. De Toledo y Ubieto, E. O. (1996). El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código penal. La Ley. N.º 5, P. 1515:

«Mejor sería, en cualquier caso, que si lo que se quería expresar con ella es algo similar a los sostenido por los dos autores antes citados, su tenor literal fuera, en lugar del actual pero conservando todos sus términos, más ordenado: por ejemplo, “De la prevaricación y otros comportamientos injustos de los funcionarios públicos”. Porque de su dicción real se extrae a quien se refiere cuando habla de prevaricación; pero no a quien alude cuando menciona los “otros comportamientos injustos”. Mediante estas palabras lo que averiguamos es que la prevaricación de los funcionarios es, para el Código, un comportamiento injusto y que la incluye en este Capítulo, junto a otras conductas también injustas».

bitriedad de la resolución dictada en asunto administrativo. Conocimiento este que en ningún caso precisaría de un grado de certeza que permitiera excluir el dolo eventual.

Por otro lado, el conocimiento cierto de la injusticia de la conducta desarrollada, en tanto que, referido a la conciencia de antijuridicidad, pudiera conducir a la exclusión de los supuestos de error de prohibición vencible. Operando así igualmente como importante restricción punitiva.

Ello permite solventar algunos de los más importantes problemas que hasta la fecha se han venido advirtiendo en la aplicación del delito de prevaricación administrativa:

a) Impide alcanzar resultados asistemáticos e incoherentes en la aplicación del delito de prevaricación administrativa: «posibilitando concluir, en algún caso, que no es injusto dictar una resolución injusta —lo que constituye un uso del lenguaje que lleva a una interpretación contraria al sentido de la ley—». Conclusión esta particularmente sangrante en aquellos supuestos en que el sujeto activo del delito obra con alta conciencia de la probabilidad de cometer un ilícito. Pues, efectivamente, parece contrario a las más elementales reglas jurídicas, considerar que quien obra con desprecio por el ordenamiento jurídico, por actuar a sabiendas de la alta probabilidad de que la resolución dictada contravenga el ordenamiento jurídico, no ejecute una actuación disvaliosa y, por ello, merecedora del reproche penal.

Asimismo, y por idénticos motivos, se ofrece así una más razonable respuesta penal a los supuestos de «ignorancia deliberada», en que la autoridad o funcionario público haya buscado de propósito colocarse en situación de dolo eventual al objeto de dictar la resolución prevaricante.

b) Permite una delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo más razonable, quedando este último reservado para los supuestos de negligencia, incluidos los supuestos de culpa consciente. Todo ello, abstracción hecha del carácter arbitrario del que deberá gozar la resolución que constituya objeto del delito.

c) La tesis aquí propuesta ofrece criterios para resolver el complejo problema del error sobre leyes penales en blanco en materia de prevaricación. No en vano, no debe olvidarse que según opinión mayoritaria el error sobre la norma de remisión no debe ser considerado un error de tipo excluyente del dolo, sino un error de prohibición¹⁹.

¹⁹ Vid. Roxin, C. (2008). Derecho penal. Parte general. Tomo I. Madrid, Thomson Civitas. P. 466:

«En tales casos —normas penales en blanco— un error sobre la existencia de la norma integradora o la suposición de una causa de justificación inexistente es un error de prohibición, mientras que el error sobre circunstancias del hecho de la norma integradora

De conectar la locución «a sabiendas» con el comportamiento en lugar de con el contenido de la resolución buena parte de dichas dificultades desaparecerían.

Ciertamente, existen en el delito analizado singularidades en la configuración del «grado de conocimiento» exigido al sujeto activo del delito que dificultan enormemente la delimitación entre el error de tipo y el de prohibición²⁰.

Claro ejemplo de las dificultades presentes en la delimitación entre el error de tipo y el de prohibición resultan las ya mencionadas oscilaciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre dicho particular.

En definitiva, argumentos todos ellos, que lejos de pretender tener por zanjada la controversia acerca del elemento subjetivo en el delito de prevaricación administrativa, no pretenden sino constituirse en una nueva propuesta que ayude a avivar un debate a todas luces necesario. Pudiendo, quizás, algo de luz acerca de la posibilidad de explorar interpretaciones alternativas del tipo hasta la fecha no suficientemente exploradas.

excluye el dolo. Por tanto, si según el art. 36 BJadG se castiga a quien “contravenga los preceptos sobre el tiempo de veda”, se encuentra en error de prohibición quien caza durante todo el año, porque desconoce la prohibición de cazar durante todo el año porque desconoce la prohibición de cazar durante el tiempo de veda; quien por el contrario se equivoca sobre la fecha o los límites temporales de la época de veda se encuentra en error de tipo».

Vid. Díaz y García Conlledo, M. (2008). El error sobre elementos normativos del tipo penal. Madrid, La Ley. Pp. 428 y ss.:

«A continuación se expondrán de manera sintética [...] las tres principales posiciones doctrinales en relación con el objeto del dolo en las leyes penales en blanco [...]. Las posturas son básicamente tres: a) Según una primera postura, mayoritaria, el dolo debe abarcar la concurrencia de los elementos típicos, que se encontrarán definidos (al menos en parte) por la norma que remite a la ley penal, pero no es necesario que abarque la existencia de esta norma. Un error sobre la existencia de la norma de remisión no será un error de tipo excluyente del dolo, sino un error de prohibición».

²⁰ Vid. Díaz y García Conlledo, M. *Ibid.*, p. 430:

«Mi opinión respecto de la cuestión planteada es que el que el dolo tenga que abarcar o no la existencia misma de la norma de remisión (o dicho de otro modo, el que el sujeto tenga que saber, para actuar con dolo, que infringe la norma de remisión) es algo que depende del sentido del tipo de que se trate. [...] En los casos en que se concluya que el tipo engloba la existencia de la norma de remisión, sucederá que quedará poco hueco para el error de prohibición, pues una vez conocida por el sujeto la contrariedad de su conducta la norma de remisión (en caso de no darse, habría error de tipo), conocerá necesariamente el carácter prohibido de la misma. Es difícil decidir aquí si ello supone una confusión o unificación para estos supuestos de las clases de error, lo que significaría conceder un margen de corrección a la teoría del dolo en estos supuestos, o si sucede algo similar a lo señalado en relación con el conocimiento de la existencia de una deuda tributaria (práctica inseparabilidad del conocimiento del presupuesto de la prohibición del conocimiento de la prohibición misma)».

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso Pérez, F. (2002). *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal: legislación, comentarios, jurisprudencia*. Madrid, Dykinson.
- Boldova Pasamar, M. Á. (1999). *Los delitos urbanísticos*. Barcelona, Atelier.
- Cantero Cerquella, C. J. (2010). *La responsabilidad de los funcionarios por delitos ambientales*. Madrid, Reus.
- Casas Hervilla, J. (2020). *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*. Madrid, Reus.
- . (2018). La participación del extraneus en el delito de prevaricación administrativa: principales problemas y propuestas para su solución. *Estudios penales y criminológicos*. N.º 38.
- Catalán Sender, J. (1999). *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*. Barcelona, Bayer.
- Díaz y García Conlledo, M. (2008). *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid, La Ley.
- Faraldo Cabana, P. y Puente Aba, L. M.^a (coords.). (2011). *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y legislación especial*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Feijoo Sánchez, B. J. (2018). *Dolo eventual*. Santiago de Chile, Olejnik.
- Ferrer, E. (2018). *Consideraciones críticas sobre el concepto de dolo*. Santiago de Chile, Olejnik.
- González Cussac, J. L. (1997). *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Górriz Royo, E. (2004). *Los delitos de prevaricación urbanística*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Hava García, E. (2019). *Los delitos de prevaricación*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- . (2013). Prevaricación de los funcionarios públicos. En: Álvarez García, F. J. (dir.). *Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial (Tomo III). Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Reppertor.
- Morillas Cueva, L. (2021). La compleja interpretación del término «sabiendas» en la prevaricación administrativa. En: *Libro Homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista*.

- Vicente Martínez, R. de. y otros (eds.). Madrid, Boletín Oficial del Estado..
- Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M.^a J. (2016). De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos. En: Quintero Olivares, G. (dir.). *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Piva Torres, G. E. y Fonseca Granadillo, I. C. (2020). *El concepto dogmático del dolo y la culpa penal*. Barcelona, Bosch.
- Roxin, C. (2008). *Derecho penal. Parte General. Tomo I*. Madrid, Thomson Civitas.
- Sanz-Díez de Ulzurrun, M. (2007). *Dolo e imprudencia en el Código Penal español*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Toledo Ubieto, E. O. de. (1980). *La prevaricación del funcionario público*. Civitas, Madrid.
- . (1996). El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código penal. *La Ley*. N.º 5.

EL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN DEL PERSONAL MILITAR: SITUACIÓN ACTUAL Y ASPECTOS DISCIPLINARIOS

Vicente Manuel García Salguero

Doctorando en UE por la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Resumen

En este trabajo se pretende hacer un repaso de la situación actual del ejercicio del derecho de reunión y manifestación por parte del personal militar: las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil.

Comienza el mismo con un repaso y caracterización de lo que son los derechos fundamentales, para luego centrarse en el derecho de reunión y manifestación en España, su contenido y regulación. A continuación, se repasan las normas que han regido los derechos y deberes del personal militar, para seguidamente hacer un breve análisis de las normas disciplinarias de ambas Instituciones militares, especialmente focalizadas en las infracciones y sanciones relacionadas con el derecho de reunión y manifestación, tomando como fecha de inicio de este repaso el año 1978, año de aprobación de la actual Constitución española.

Por último, se plasman las conclusiones, donde se encuentran aquellas de carácter objetivo, desprendidas de los análisis realizados, y subjetivas, dimanantes del autor.

Palabras clave: derecho, disciplinario, reunión, manifestación

Abstract

This article is intended to review the current situation of the exercitation of the right to meeting and demonstration by the Military, it means, people belonging to Armed Forces and Guardia Civil.

It starts with the going over and characterization of the fundamental rights, to focus in the right of meeting and demonstration in Spain, its content and regulation. Afterwards, regulation of rights and duties of Military personnel are repassed, to carry out a brief analysis of the disciplinary laws, concerning the infractions and sanctions related to the studied right, taking as initial date 1978, Spanish Constitution's approval year.

Finally, work's conclusions are described: objective, drawn from the different analysis done; and subjective, directly from the author.

Key words: Disciplinary, law, meeting, demonstration

Sumario

1. El derecho de reunión y manifestación. 1.1. *El derecho de reunión y manifestación como derecho fundamental.* 1.2. *El contenido del derecho.* 1.3- *El derecho de reunión y manifestación en España.* 1.4. *El ejercicio del derecho de reunión y manifestación.* 2. El derecho de reunión y manifestación para el personal militar: fuerzas armadas y guardia civil. 2.1. *Fuerzas Armadas.* 2.2. *Guardia Civil.* 2.3. *Jurisprudencia.* 3. El derecho disciplinario. 3.1. *Fuerzas Armadas.* 3.2. *Guardia Civil.* 4. Conclusiones.

1. EL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

1.1. EL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Gracias a la diseminación actual del conocimiento, especialmente en las más tempranas edades, la inmensa mayoría de los ciudadanos españoles saben perfectamente que el reunirse o manifestarse es un derecho de todos. Aquellos más formados o más curiosos son capaces de especificar incluso que este derecho es de los denominados «fundamentales», al menos en España. Pero... ¿Qué son los «derechos fundamentales»?

Numerosas definiciones y significados se han dado del concepto de «derechos fundamentales», tanto desde el punto de vista doctrinal, como el jurisprudencial.

En referencia a este concepto, por ejemplo, Peces Barba establecía que «alguien tiene un derecho o deber fundamental solo cuando una norma jurídica lo reconoce o establece»; Díez Picazo afirmaba que «la expresión “derechos fundamentales” designa los derechos garantizados por la Constitución»; el italiano Luigi Ferrajoli, en consonancia con los autores citados, dijo que «derechos fundamentales serían aquellos derechos que, en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas —o en su caso, solo a los ciudadanos— por el mero hecho de serlo»; y en esta línea, numerosos autores y profesores¹.

Del estudio de esos conceptos y significados se han extraído unos elementos más o menos comunes y generalizados que se repiten en las definiciones de «derechos fundamentales». Estos elementos se pueden resumir en:

- Son derechos humanos que se plasman en un ordenamiento jurídico positivo, predominando la idea o concepto material de estos derechos.
- Se dirigen a ciudadanos de un Estado, un ámbito geográfico perfectamente delimitado.
- Su recepción positiva constituye un conjunto de garantías que debe proteger al ciudadano, al individuo, frente a posibles abusos o arbitrariedades del Estado.
- Acaban siendo principios esenciales del ordenamiento jurídico del Estado que los declara, de forma que en ese Estado impere el derecho y la justicia.

De estos elementos comunes a las diversas definiciones o concepciones analizadas, a su vez, se pueden especificar de una forma más concreta cuáles deberían de ser las características de los derechos fundamentales, como «entidad» que son. En este aspecto, la doctrina es prolija tanto en caracterizar los derechos como en las definiciones de dichas características. Volviendo a Díez Picazo, por ejemplo, se puede ver que los define como «derechos inherentes a la condición de persona o ciudadano» (siguiendo a Ferrajoli), y también los considera «derechos universales», en el sentido de que «corresponden a todos los miembros del grupo» (2013). Es evidente que esa universalidad ha de ser matizada. Los derechos son para todos, sí, pero para todos los miembros de un grupo concreto, por lo que la cuestión que debería ir a continuación es la de cómo se define ese grupo. Otro aspecto a tener en cuenta, y aquí se fijarían esas características desde un punto de vista formal, es la norma de recepción: «solo son derechos fundamentales aquellos que están declarados en normas constitucionales,

¹ Véase la bibliografía de este trabajo.

o al menos, de rango supralegal» (Díez Picazo, 2013, p. 33). En cambio, Sánchez (2014), les asigna la nota característica de posesión por toda persona, sin tener en cuenta más aspectos, para a continuación definirlos como imprescriptibles, inalienables e irrenunciables. Además, estableció un dualismo entre la visión absolutista del derecho, propia de los inicios de la recepción de estos derechos en las Grandes Declaraciones, y la posición actual, que es la limitación de los mismos, o relatividad. Otras asignaciones de características de estos derechos pueden ser las realizadas por Javier y Dianet (2019), los cuales, siguiendo a Palombella, los caracterizan como abiertos, relativos y referibles tanto al hombre como a las sociedades, en clara contraposición con los derechos humanos; o la realizada por Torres (2018), donde se utilizan adjetivos como constitucionales, indisponibles, inviolables o personalísimos.

Integrando todas estas características, y aunando concepciones materiales y formales sobre los derechos fundamentales (no incompatibles, como afirmó Díez Picazo), se pueden establecer como características de los derechos fundamentales las siguientes:

- Son configurados por el derecho positivo. Además, este es el requisito fundamental de su existencia: si no son relacionados en una norma, no se puede decir que existen; más que su existencia, es su ejercicio; generalmente, esa norma recibe el nombre de «Constitución»².
- Son territoriales. Con este adjetivo se pretende determinar que los derechos fundamentales correspondientes a un Estado operan en el territorio sobre el que se funda ese Estado, y en ningún otro. Además, se convierten en los principios que informarán el derecho de este Estado, no solo derechos subjetivos.
- Son inherentes al ciudadano. Una idea clave, mencionada ya por Ferrajoli, es que el «destinatario» de esos derechos es el ciudadano: la persona que pertenece a una organización política concreta (el Estado). Otra cuestión es que ese Estado quiera prolongar la «concesión» de derechos fundamentales a otras personas que no pertenezcan a ese Estado, de forma que los «extraños» o extranjeros sean también titulares de los mismos³.

² Lo cual da lugar a que los «derechos fundamentales» sean traspuestos como «derechos constitucionales».

³ Por ejemplo, en España la Constitución establece que tanto españoles como extranjeros disfrutarán los mismos derechos en su artículo 13.1: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que esta-

- Son iguales, en el sentido de que todas las personas que forman parte de ese Estado los tienen, operando en toda su extensión.
- Son alienables. No se pueden tomar los derechos fundamentales como un conjunto inseparable⁴, que debe ser disfrutado de forma inseparable. Es precisamente el Estado que los enuncia el que puede poner limitaciones a los mismos (de hecho, se ponen), precisamente en la búsqueda de la seguridad y bienestar de sus ciudadanos, que dicho sea de paso, es la razón de ser de un Estado. Por ejemplo, basta pensar en las situaciones en las que por la aplicación de las leyes penales a un individuo se le priva de libertad: el Estado aliena al sujeto de ese derecho, suspende del ejercicio del derecho al sujeto.
- Renunciables. No todos los derechos fundamentales lo son, pero sí hay determinados derechos a los que el sujeto puede renunciar, bien de forma expresa, bien de forma tácita⁵, de acuerdo a la progresión en el entendimiento de los mismos que puedan hacer los Estados destinatarios.
- Imprescriptibles. Los derechos fundamentales son de longevos como lo sea la vida de su titular, independientemente de la alienación, suspensión o renuncia que proceda sobre los mismos.

Tras haber visto los elementos comunes y haber establecido unas características propias de los derechos fundamentales, se está en condiciones de dar una definición de los mismos que sirva para el propósito de este estudio; así, se van a configurar los derechos fundamentales como el conjunto de derechos que un Estado recoge en sus normas para sus ciudadanos, aplicables en su territorio exclusivamente y constituyentes de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico estatal, con la finalidad de proteger a sus destinatarios ante posibles abusos del Estado, y en algunos casos, suspendibles y renunciables, de acuerdo con las leyes.

La existencia de los derechos fundamentales conlleva, a su vez, la aparición de un nuevo concepto consustancial a los mismos: las «libertades públicas». Ocurre muchas veces que, al enunciarse conjuntamente o sin

blezcan los tratados y la ley». Fuente: recuperado el 5 de junio de 2021 de BOE.es-BOE-A-1978-31229 Constitución Española.

⁴ En España ese bloque o conjunto lo constituirían los artículos 15 a 29 de la Constitución española de 1978.

⁵ Por ejemplo, en el caso español la no posibilidad de sindicarse para los pertenecientes a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil. Los miembros de estos Cuerpos renuncian de forma tácita al ejercicio de esos derechos. Y otro derecho también al que se puede renunciar en determinadas condiciones, es el derecho a la vida, lo cual se regula en España hoy por la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Nota del Autor.

diferenciar de los derechos, se identifican como iguales, pero en realidad hay unas notas distintivas entre derechos fundamentales y libertades públicas. Además, hay que tener en cuenta que no a todos los derechos fundamentales les corresponderían libertades públicas.

En este sentido, la palabra «libertad» relacionada con los derechos de la persona aparece a finales del siglo XVIII, a la vez que las Grandes Declaraciones (Sánchez Ferriz, 1989, p. 67), si bien no lleva aún ese adjetivo de «pública». Posteriormente, y sobre todo a partir de 1852, con la Constitución del II Imperio francés⁶, su presencia se consolida en los textos constitucionales, pasando de esta manera al constitucionalismo español.

Las libertades públicas son complicadas de definir, de diferenciar, respecto a los derechos fundamentales, como ya se ha dicho. Tal y como afirma J. Morange⁷, «son libertades, ya que permiten actuar sin coacción, y son públicas porque corresponde a los órganos del Estado, titular de la soberanía política, realizar tales condiciones». Sí que tienen unas características que hacen que las libertades públicas sean una «especialidad» de derecho fundamental, o un derecho fundamental con una «especial caracterización»:

- Suponen siempre una relación entre el individuo y el poder político de momento (Colliard, 1972, p. 14-16). Son «espacios de libertad».
- Tienen un componente de colectividad: son poseídas a nivel individual, pero son ejercidas generalmente de forma colectiva (Colliard, 1972, p. 14-16). Por tanto, se exteriorizan, y al exteriorizarse pueden tener una repercusión externa al sujeto que lo ejerce (Sánchez Ferriz, 1989, p. 67).
- Tienen una clara función social: permiten o pueden permitir la expresión de la sociedad o de una parte de ella, expresión la cual puede o no estar de acuerdo con la opinión del poder político del momento. Debido a esto, son calificadas también como libertades «molestas» (Goig Martínez, 2012, p. 368) a la hora de que los poderes públicos las reconozcan (lógicamente, esto no ocurre en los países democráticos): cuando se hace uso de las libertades públicas y de los derechos fundamentales conectados, la mayoría de las veces se ejercitan en un ámbito que se sale de la esfera individual, ya que estas libertades se ejercen de una manera externa al sujeto, mostrándose ante una sociedad, y se protegen por un Estado. Su

⁶ Art. 25: *Gardien du pacte fonamental et des libertés publiques*, refiriéndose al Senado Imperial como el «Guardián del pacto fundamental y de las libertades públicas».

⁷ Morange, J. (1981). *Las libertades públicas*. Méjico: Fondo de Cultura Económica. P. 8.

ejercicio se suele llevar a cabo en un ámbito físico, como lo que ocurre con el derecho de reunión y manifestación, ocupando las vías públicas, o en un ámbito más intangible (como podrían ser las redes de comunicación social), como por ejemplo la libertad de expresión, sin que estos dos ejemplos sean exhaustivos. Centrando la cuestión más en la libertad de reunión y manifestación, se ve que su ejercicio en las vías públicas conlleva unas «molestias» al resto de ciudadanos. Las manifestaciones se suelen hacer en aquellos lugares, fechas y franjas horarias que más repercusión pueden conseguir, lo que tiene como consecuencia una restricción de movimientos para todos aquellos que quieren usar esas vías en los mismos momentos.

- Tienen una gran carga política, y pueden acabar siendo utilizadas para esos fines.
- Su ejercicio conlleva el cumplimiento de condiciones.

En consecuencia con lo que se ha especificado en los apartados anteriores, se puede definir el concepto de «libertades públicas» como aquellas expresiones de los derechos fundamentales que generalmente se ejercen en grupos sociales o de forma colectiva, que pueden tener un carácter instrumental para poder ejercitar otros derechos y que suponen una limitación a la actividad del estado y sus gobernantes, si bien es el propio Estado el que regula y condiciona su ejercicio, considerándose como tales las siguientes:

- Libertad religiosa.
- Libertad ideológica.
- Libertad de cátedra.
- Libertad de reunión.
- Libertad de asociación (política, sindical).
- Libertad de movimientos y circulación.
- Libertad de expresión.
- Derecho de petición.

La base de la redacción de los derechos fundamentales la constituyen los derechos humanos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); por tanto, las redacciones finales de esos derechos en los diversos textos poco deberían de diferir del enunciado original de la Declaración, pero, evidentemente, cada país tiene su historia y sus necesidades. Tomando como ejemplo el caso de España, la Constitución de 1978 incardinó los derechos fundamentales en su Título I, es decir, al inicio del texto constitucional, Capítulo II, Sección 1.^a, y se puede observar cómo no todos los derechos humanos pasan a ser derechos fundamentales, desarrollando este texto aquellos considerados fundamentales.

Continuando con la recepción del derecho de reunión, la Constitución española dice que:

«1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes»,

mientras que, si comparamos este artículo con el correspondiente de la DUDH, que es el 20, se encuentra que su enunciado dice: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación».

Tal y como se ha dicho anteriormente, se puede constatar cómo se recoge el derecho, pero se adapta y desarrolla a las necesidades legislativas del momento.

1.2. EL CONTENIDO DEL DERECHO

El derecho de reunión y manifestación es a su vez una libertad pública, cuyo ejercicio tiene un condicionamiento (o varios) que el Estado que lo recoge en su norma básica impone, y luego desarrolla. Pero... ¿qué conlleva ese derecho de reunión y manifestación?

La reunión, y más concretamente, la manifestación, son de por sí derechos que además van a servir para el ejercicio de otros derechos; tienen una finalidad. Tal es así que el Tribunal Constitucional español (TCE), en su sentencia de 28 de abril de 1988, estableció que «el derecho de reunión pacífica y sin armas se manifiesta como un instrumento reivindicativo al servicio de toda persona para lograr cualesquiera fines lícitos, constituyendo un derecho de la persona derivado de la garantía de la dignidad humana».

En el momento en el que se dice que el ejercicio del derecho es un «instrumento reivindicativo», se hace preciso relacionarlo con otros derechos, como el «derecho de expresión», el «derecho de petición», e incluso un «derecho de asociación», aunque sea momentáneo o temporal, todos a su vez libertades públicas. De una forma simple al máximo se puede decir que «hay una reunión para decir algo o pedir algo».

Viendo, por tanto, la actividad del TCE respecto al derecho de reunión y manifestación, nada mejor que acudir a su jurisprudencia y dictámenes para fijar el contenido, los límites y las particularidades de este derecho.

El Alto Tribunal, en su sentencia de 8 de mayo de 1995, definió el derecho como:

«Manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o expresión de ideas, la defensa de intereses o de publicidad de problemas y reivindicaciones».

El TCE determinó los elementos que integran el derecho como sigue:

- Elemento subjetivo, que supone la agrupación de personas.
- Elemento objetivo, que es el lugar de celebración de la reunión.
- Elemento temporal: es la duración de la reunión. La reunión tendrá una duración concreta, pero en todo caso «transitoria» y finita.
- Elemento finalista: como se expresa en la definición dada, el fin es la expresión de ideas, defensa de intereses, transmitir sus problemas y reivindicaciones (partiendo siempre de la licitud de dichos aspectos).

A su vez, como todo derecho, tiene a su vez un límite, que se concretan por:

- La propia Constitución Española, tal y como se plasma en el art. 21.1: alteración del orden público con peligro para las personas y bienes (Sentencia de 29 de enero de 1982).
- Aquellos que se infieren de ella, cuando ante la concurrencia de ejercicio de derechos sea preciso la preservación de otros (Sentencia de 28 de enero de 2003), de manera que se evite un ejercicio extralimitado de ese derecho (Sentencia de 29 de enero de 1982).

A este respecto, la Sentencia de 8 de mayo de 1995 determinó, como colofón a lo anterior, que, «para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones».

1.3. EL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN EN ESPAÑA

Formulado por la CE en su artículo 21, ya visto, no es un enunciado original o novedoso, ya que tiene como fuentes constituciones previas, tanto españolas como extranjeras, sin olvidar esa DUDH. Efectivamente, si se

ve lo que se decía de este derecho en los textos constitucionales españoles (o cuasi constitucionales) del siglo XX hasta hoy, se encuentra que:

- En la Constitución de 1876 se incardinaba en el Título I, De los españoles y sus derechos, art. 13, que decía: «Todo español tiene derecho... de reunirse pacíficamente», sin entrar en más disquisiciones. Como se ve, su ubicación es parecida a la actual.
- En el Anteproyecto de 1929 aparece en el Título III, De los deberes y derechos de los españoles y de la protección otorgada a su vida individual y colectiva, en el art. 29: «Los derechos de los españoles en su vida de relación son los siguientes: ... 2.º Reunirse pacíficamente con sus conciudadanos».
- En la Constitución de 1931 se situaba también en el Título III, derechos y deberes de los españoles, art. 38, con el siguiente texto: «Queda reconocido el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas. Una ley especial regulará el derecho de reunión al aire libre y el de manifestación», con una redacción bastante similar a la actual.
- En las Leyes Fundamentales se recogía en el Fuero de los Españoles, art. 16: «Los españoles podrán reunirse y asociarse libremente para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido por las leyes».
- Y, por último, en la actual Constitución de 1978, art. 21 del Título I, de los derechos y deberes fundamentales, ya visto anteriormente, que dice:

«1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrán prohibirse cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas y bienes».

Este enunciado definitivo presenta unos aspectos que se consideran de interés, a la hora de la explicación de la nueva recepción del derecho:

- Es bastante similar a la redacción que da la Constitución italiana de 21 de diciembre de 1947 para la regulación del mismo derecho⁸.

⁸ Art. 17: «Los ciudadanos tienen derecho a reunirse pacíficamente y sin armas. No se requerirá aviso previo para las reuniones, aunque tengan lugar en lugares abiertos al público. De las reuniones en lugares públicos se deberá dar preaviso a las autoridades, las cuales solo podrán prohibirlas por motivos comprobados de seguridad o salud pública». Fuente: recuperado el 18 de diciembre de 2020 de http://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1187/Costituzione_ESP.pdf.

- Del tenor del artículo se entienden dos tipos de reunión ya de por sí contempladas. Una que es explícita, la cual a su vez tiene dos vertientes: en «lugares de tránsito público» y «manifestaciones». Ambas se realizan en lugares públicos, siendo la primera estática y la segunda dinámica, es una «reunión en movimiento». El otro tipo de reunión sería la celebrada en lugares privados, ya sean abiertos o cerrados. Además, serán lícitas siempre que sean pacíficas y sin armas.
- El ejercicio del derecho, siguiendo el modelo italiano, no necesita autorización gubernativa alguna. Pero sí queda sometido al régimen de «comunicación previa»⁹, lo cual ha de ser considerado lógico y congruente. Este derecho, convertido en libertad pública, se puede desarrollar en lugares públicos o privados. En el primer caso se hace necesario que la Autoridad gubernativa tenga conocimiento de ella, precisamente por su misión de proteger los derechos fundamentales y las libertades públicas, las de los reunidos y las del resto de los ciudadanos. Por otra parte, la facultad de la Autoridad de prohibirla queda limitada a situaciones en las que la alteración del orden público que se pueda producir conlleve un peligro para personas y bienes.
- Nada dice la CE sobre el posterior desarrollo del derecho. Este se realiza mediante una Ley Orgánica (LO), de acuerdo con el art. 81 de la CE: la LO 9/1983, de 15 de julio, Reguladora del Derecho de Reunión.

1.4. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

El derecho de reunión y manifestación en España queda finalmente regulado por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, cuyo título es precisamente «reguladora del derecho de reunión» (Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 1983).

Esta LO es un texto corto, que consta de un Preámbulo, once artículos, agrupados en capítulos, y una disposición adicional, dos disposiciones

⁹ En este sentido, el mismo Tribunal Constitucional en sentencias como la 2/1982 o la 110/2006 definió que la comunicación es una mera declaración de conocimiento a fin de que la Administración pública competente pueda adoptar las medidas necesarias para asegurar el ejercicio del derecho y la adecuada protección de los bienes y derechos de terceros que se vean afectados. [Consulta: 18 diciembre 2020]. Disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=21&tipo=2>.

finales (si bien una debería considerarse «disposición derogatoria») y una transitoria.

Curiosamente, no trae la LO una Exposición de Motivos, si bien el Preámbulo cumple esa función. Así, en el mismo se dice que

«tras la entrada en vigor de la Constitución, que consagra la libertad de reunión, se hace necesaria una regulación de dicho derecho con carácter general, modificando el ordenamiento jurídico en todo aquello en que no esté de acuerdo con los mandatos constitucionales, especialmente el que determina que el ejercicio del derecho de reunión no necesitará autorización previa».

A continuación, en el Capítulo I, sobre el ámbito de aplicación de la LO, y compuesto por dos artículos, se sientan las bases del ejercicio del derecho.

En el artículo 1.2 se define la reunión: «conurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada». Analizando este artículo, se encuentra que:

- La reunión supone una concurrencia, un encuentro, de personas, las cuales precisamente se han puesto de acuerdo o «concertado» el reunirse.
- La reunión tiene carácter temporal. No hay, o no debe de haber, una prolongación en el tiempo, ni debería ser indefinida. En consecuencia, ha de tener un principio y un fin.
- El mínimo de personas que deben asistir a esa reunión ha de ser 21 («más de 20 personas»).
- Finalmente, la reunión es para algo, tiene una «finalidad».

El artículo segundo determina qué tipo de reuniones queda excluidas del ámbito de aplicación de la LO, rigiéndose por sus propias normas o por otras distintas a la LO; dentro de estas exclusiones se encuentran:

- Las celebradas por las personas físicas en sus domicilios o en locales bien públicos bien privados por motivos familiares o de amistad.
- Las celebradas por determinadas entidades, en un abanico que van desde partidos políticos a comunidades de propietarios, siempre que se den unos requisitos tales como:
 - Que las entidades estén legalmente constituidas.
 - Que se celebren en lugares cerrados.
 - Que la finalidad de la reunión sea tratar sobre los objetivos de dichas entidades.

- Que haya una convocatoria previa para esa reunión, donde se cite a los miembros de la entidad o a invitados, los cuales deberán serlo de forma nominal, no siendo válido a estos efectos una invitación «genérica».
- Aquellas que profesionales desarrollan con sus clientes, para el ejercicio de la profesión. Deberán realizarse también en lugar cerrado.
- Reuniones que se celebren en cualquier tipo de dependencia militar, incluyendo buques. Este tipo de reuniones se regulan por su normativa específica¹⁰.

Es decir, la LO no dice cuáles son las reuniones a las que se aplica la ley; como en otros textos legales, se dice que «no entra», siendo de aplicación a todas las situaciones no excluidas.

El Capítulo II establece las disposiciones generales, y consta de tres artículos, del 3 al 5.

El artículo tercero recoge el corolario constitucional de este derecho, la nueva concepción del mismo y lo que supone el avance definitivo en el ejercicio del mismo: «1. Ninguna reunión estará sometida al régimen de previa autorización», para luego ordenar a la Autoridad gubernativa proteger las reuniones y manifestaciones «frente a quienes traten de impedir, perturbar o menoscabar el libre ejercicio de este derecho».

El artículo cuarto habla de la promoción y desarrollo de las reuniones y manifestaciones. En primer lugar, establece como un requisito personal en aquellos que promueven u organizan las mismas: «pleno ejercicio de sus derechos civiles» (4.1). A continuación, se establece la necesidad de que exista el orden apropiado en las mismas («buen orden») y quiénes serán los responsables de ese buen orden: «sus organizadores» (art. 4.2). Seguidamente, en el apartado 3, se establece el régimen de responsabilidad ante los posibles daños a terceros que se puedan originar con ocasión de la reunión o manifestación, de forma directa a los participantes en las mismas que los causen, y de manera subsidiaria a los organizadores y promotores¹¹. Y por último, y en consonancia con el artículo anterior, se dice que «la asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones o manifestaciones, se regirá por su legislación específica».

¹⁰ Esta última causa de exclusión del ámbito de aplicación de la LO fue introducida en 2011, a través de la modificación operada por la LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

¹¹ Este sistema de responsabilidad fue introducido por la modificación que operó en la LO al publicarse la LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

En el artículo cinco se determina el régimen de suspensión de reuniones y manifestaciones. Es de interés ver que hay dos mandatos claros a la Autoridad gubernativa:

- Primero: suspender las reuniones y manifestaciones en las que se den los supuestos del artículo 5.
- Segundo: si es necesario, disolver las mismas («procederá a disolverlas»).

No da la LO más opciones de disolución ni autoriza a nadie más que a la Autoridad gubernativa a ello, independientemente de cómo se lleve a cabo la posible disolución.

Posteriormente se relacionan los supuestos de suspensión y posible disolución de reuniones y manifestaciones:

- Aquellas que sean consideradas ilícitas, de acuerdo a las Leyes Penales¹².
- Aquellas que supongan la producción de alteraciones de orden público, con peligro para personas y bienes. Del texto del artículo se puede deducir que no toda alteración del orden público va a conllevar la automática suspensión y disolución. Cuando se perciba que esa alteración supone un peligro para las personas o los bienes es cuando la Autoridad hará uso de sus facultades al respecto.
- Cuando por parte de los asistentes a la reunión o manifestación se haga uso de uniformes paramilitares¹³.
- Si las reuniones o manifestaciones son organizadas por miembros de las Fuerzas Armadas (FAS) o de la Guardia Civil (GC), vulnerando las limitaciones que sus normas de régimen interior les imponen (concretamente, las impuestas en la LO 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las FAS —art. 13¹⁴—; y las que

¹² Dichos artículos se verán en el siguiente apartado.

¹³ La definición que se da de «paramilitar» es organización civil dotada de estructura o disciplina de tipo militar. Fuente: recuperado el 29 de diciembre de 2020 de <https://www.google.com/search?ie=utf-8&q=paramilitar>.

¹⁴ Artículo 13. Derecho de reunión y manifestación.

1. El militar podrá ejercer el derecho de reunión, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión pero no podrá organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical.

Vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar, no podrá organizar, participar ni asistir en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo.

2. Las reuniones que se celebren en las unidades deberán estar previa y expresamente autorizadas por su jefe, que las podrá denegar motivadamente ponderando la salvaguarda de la disciplina y las necesidades del servicio.

Fuente: recuperado el 29 de diciembre de 2020 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12961>.

impone la LO 11/2007, de derecho y deberes de los miembros de la Guardia Civil, art. 8¹⁵).

«De las reuniones en lugares cerrados» es el título del Capítulo III, que contiene otros dos artículos, el sexto y el séptimo.

Se parte de la base de que las reuniones que en este Capítulo se contemplan son las incluidas dentro del ámbito de la LO («incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley») y se faculta a los organizadores y promotores de las mismas a solicitar a la Autoridad gubernativa la presencia de delegados de la misma a la hora de celebrar las reuniones (art. 6); y a continuación, en el artículo séptimo, se establecen las funciones de dichos delegados. Realmente, más que sus funciones lo que se establece son sus limitaciones: «no intervendrán en las discusiones o debates, ni harán uso de la palabra para advertir o corregir a los participantes, etc.».

Por último, el Capítulo IV trata de las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, contando con cuatro artículos. Se puede decir que este Capítulo es el que se dedica a la esencia del derecho fundamental: reunirse en lugares públicos, donde el ejercicio del derecho puede interferir en el ejercicio de otros derechos también fundamentales de otros ciudadanos no participantes.

Comienza el Capítulo con el artículo octavo, donde se establece la obligación de comunicación de la reunión o manifestación a la Autoridad gubernativa, así como los requisitos de la misma:

- La comunicación será siempre por escrito.
- Es presentada por los organizadores o promotores, si se trata de personas físicas, o por el representante (se entiende que legal) si el organizador o promotor es una persona jurídica.
- Plazo de presentación del escrito de comunicación. Se hará entre los diez y los treinta días naturales antes del evento. Además, prevé otro plazo menor, de 24 horas únicamente, si «causas extraordinarias y graves» justifican la realización de la reunión o manifestación.

¹⁵ Artículo 8. Derecho de reunión y manifestación.

1. (Derogado)

2. Las reuniones de Guardias Civiles en dependencias oficiales deberán ser comunicadas previamente al jefe de la unidad, centro u órgano correspondiente, quien podrá no autorizarlas por causa del funcionamiento del servicio.

3. En todo caso no podrán asistir a manifestaciones o reuniones vistiendo el uniforme reglamentario, ni portando armas y deberán respetar las exigencias de neutralidad propias de la condición de Guardia Civil. Fuente: recuperado el 29 de diciembre de 2020 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-18391>.

El contenido del escrito de comunicación y el sistema de coordinación entre las posibles Administraciones Públicas implicadas en la reunión o manifestación se tratan en el artículo noveno. Dicho escrito no presenta unos requisitos de difícil cumplimiento, todo lo contrario, y la posibilidad de ser presentado por organizadores, promotores o representantes hace muy sencillo el poder ejercer el derecho. Así, los datos identificativos de organizador, organizadores o representante, el lugar, la fecha, la hora, la duración (prevista), el objeto, el itinerario (en caso de ser una manifestación), y las medidas de seguridad a desarrollar por la organización o las que se solicitan a la Autoridad. Como se ve, datos lógicos, por una parte, y sencillos de suministrar por otra.

El apartado 2 de este artículo establece la coordinación entre las Administraciones involucradas, en este caso la del Estado y la de la Corporación Local donde se va a desarrollar la reunión o la manifestación¹⁶.

Al recibir el escrito de comunicación, la Autoridad gubernativa ha de transmitir a la Corporación Local los datos de la misma, para que en 24 horas está informe sobre:

- El estado de los lugares previstos como itinerario.
- La concurrencia o no con otros actos.
- Las condiciones de seguridad de los lugares previstos y otras de carácter técnico.

Este informe debe ayudar a la Autoridad gubernativa a tomar la decisión correspondiente para la celebración de la reunión o manifestación, si bien dicho informe no es vinculante para la Autoridad.

Además, la LO prevé el silencio administrativo respecto a la emisión de dicho informe, considerándose el silencio estimatorio en el caso de no emitirse informe alguno. Como excepción, no será preciso el informe municipal en el caso de las convocatorias urgentes del artículo octavo, segundo párrafo¹⁷.

El artículo diez faculta a la Autoridad gubernativa a la prohibición de la reunión o manifestación, o a la modificación de algunos de los extremos recogidos en el escrito de comunicación. Además, establece el plazo para comunicar cualquiera de las dos decisiones anteriores: setenta y dos horas, a contar desde la recepción de la comunicación¹⁸.

¹⁶ Y no solo el Estado. También aquellas Comunidades Autónomas que han asumido las competencias necesarias, hoy en día País Vasco y Cataluña.

¹⁷ Este artículo fue modificado en 1999 por la LO 9/1999, de 21 de abril, de modificación de la LO 9/1983.

¹⁸ *Idem* anterior.

Por último, el artículo 11 establece el sistema de recursos ante la posible prohibición o modificación. Con la decisión de la Autoridad gubernativa acaba la vía administrativa, y se pasa a la jurisdiccional, en el orden contencioso-administrativo, que tratará dicho recurso de acuerdo a la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, art. 7.6¹⁹.

2. EL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN PARA EL PERSONAL MILITAR: FUERZAS ARMADAS Y GUARDIA CIVIL

De acuerdo con lo visto en el capítulo anterior, la CE recoge el derecho de reunión y manifestación sin la realización de exclusión alguna, en lo que a sujetos habilitados a ejercerlo se refiere. La posterior LO 9/1983 establece las bases para su ejercicio, y en lo que al personal militar se refiere contiene dos premisas de interés (Agencia Estatal del BOE, 1983):

- Art. 2.6: «las (reuniones) que celebren en unidades, buques y demás establecimientos militares, que se registrarán por su legislación específica».
- Art. 4.4: «la asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones o manifestaciones públicas se registrará por su legislación específica»

Para comprobar cuál es la situación actual del ejercicio de este derecho por parte del personal militar, se hace preciso el análisis de varias normas e incluso de la jurisprudencia al respecto (altamente clarificadora en este sentido), como se verá a continuación.

¹⁹ Artículo séptimo.

Seis. En el caso de prohibición o de propuesta de modificación de reuniones previstas en la Ley Reguladora del Derecho de Reunión que no fueren aceptadas por los promotores, estos podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia competente, poniendo, al mismo tiempo, en conocimiento de la autoridad tal interposición para que esta remita inmediatamente el expediente a la Audiencia. Dentro del plazo improrrogable de cinco días, el Tribunal, poniendo de manifiesto el expediente, convocará al Abogado del Estado, al Ministerio Fiscal y a los promotores o a la persona que estos designen como su representante, a una audiencia en la que, de manera contradictoria, oír a todos los personados y resolverá sin ulterior recurso sobre el mantenimiento o revocación de la prohibición o de las modificaciones propuestas. [Consulta 29 diciembre 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=boe-a-1979-88>

2.1. FUERZAS ARMADAS

El ámbito cronológico de este estudio, ya citado, comienza casi cincuenta años atrás, en 1978, fecha de instauración de nuestra Constitución.

El inicio de este periodo de estudio fue, históricamente hablando, convulso. Tras la muerte del General Franco entró a ejercer como Jefe del Estado el Rey Don Juan Carlos I. Época con muchos problemas económicos y sociales, con un terrorismo que hizo de las Fuerzas Armadas, la Guardia Civil y la actual Policía Nacional su principal objetivo; e incluso, con un intento de golpe de estado. Como no podía ser de otra manera, afectó también, y mucho, a las Fuerzas Armadas, donde se dieron también movimientos internos encaminados a una modernización de las mismas en todos los sentidos²⁰, chocando con la concepción de las FAS como «bastión del franquismo» (Barrios, 2001, p. 491).

La primera norma que se encuentra en este periodo relacionada con el ejercicio del derecho es el Real Decreto ley 10/1977, de 8 de febrero, por el que se regulaba el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las FAS, claramente preconstitucional. Tal y como se ha descrito en el párrafo anterior, la situación social española era altamente tensa. Por eso la propia introducción de este RD ley decía que: «Este deber (entiéndase la neutralidad política) impone a todos los componentes de las Fuerzas Armadas el debido respeto a cualquier opción política de las que tienen cabida en el orden constitucional, sin que les sea lícito, en consecuencia, participar ni mostrar públicamente su preferencia por cualquiera de ellas» (Agencia Estatal del BOE, 1977). Además, estableció un plazo de seis meses para que aquellos militares que pudieran estar ocupando algún tipo de cargo público (aparte del propio militar, evidentemente), o bien lo abandonaban, o bien abandonaban el Ejército, en el caso de querer seguir en él (Friegro, 2006, p. 180).

Fue este RD ley longevo, si se entiende que fue promulgado para resolver una situación perentoria, ya que se derogó el 1 de enero de 1990. Adentrándonos en el mismo, y en lo que al derecho de reunión y manifestación se refiere, se determina en el artículo segundo que estaba prohibido

«asistir a reuniones públicas de carácter político o sindical organizadas o promovidas por partidos, grupos o asociaciones de igual ca-

²⁰ Cuyo exponente más claro puede ser la Unión Militar Democrática o UMD, la cual intentó dar publicidad a los problemas que consideraban que tenían las FAS españolas: pobreza técnica y material, utilización política de ellas, sobre todo del Ejército de Tierra; rigidez en la cabeza de las FAS, entre otros (Barrios, 2001: 497).

rácter. Asistir de uniforme o haciendo uso de su condición de militar a cualquier otra reunión pública de carácter político o sindical» (Agencia Estatal del BOE, 1977).

La simple lectura del precepto lleva a que el personal militar no podía asistir a reunión alguna política o sindical, ni de paisano ni de uniforme, en consonancia con la idea que el RD ley quería imponer (e impuso) de total neutralidad de las Fuerzas Armadas en el proceso de transición español, y la no injerencia en el mismo. Nada se decía de un posible carácter «reivindicativo», además de remitir el artículo siete del RD ley al en ese momento en vigor Código de Justicia Militar (que se verá posteriormente) en los casos de vulneración de sus mandatos, aplicando los artículos 437, 443 y 1011 del mismo.

El 28 de diciembre de 1978, poco después de la aprobación en referéndum de la Constitución, nace otra ley: la Ley 85/1978, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (en adelante, ROFAS), también denominadas algunas veces «Las Reales Ordenanzas de Juan Carlos I».

La aparición de esta norma, tal y como Salas y Laguna (1986) dicen, supuso un punto de inflexión en la historia de los Ejércitos (entiéndanse de Tierra, la Armada y del Aire) españoles. El contexto histórico, social y económico, de nuevo, en el que aparecen estas ROFAS, y la modernización que supusieron para las FAS, no solo en la concepción de los Ejércitos, sino también en su forma de entenderse dentro de la nueva sociedad democrática española, contribuyeron a que aspectos nunca vistos fueran ahora tomados en cuenta: los deberes y derechos lo eran de todos (Salas y Laguna, 1986, p. 130 y 131), tanto de los militares profesionales como de los de reemplazo, por lo que se hizo preciso introducir variables en el ejercicio de los mismos. Estas nuevas ROFAS se constituyeron en «la regla moral de la Institución Militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros», y por tanto, es lógico que en ella aparecieran los deberes y derechos (siempre anteponiendo el «deber» al «derecho») civiles y políticos.

De esta forma, el art. 180, dentro del Tratado Tercero, Título V, sobre la reunión de militares, establecía que: «Los militares podrán reunirse libremente para fines lícitos, en lugares públicos o privados, observando lo que, con carácter general o específico establezcan las disposiciones vigentes. En las unidades, buques y dependencias será imprescindible la autorización expresa de su Jefe. En ningún caso podrán tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo» (Agencia Estatal del BOE, 1978). A priori, parece que el derecho de reunión está perfectamente contemplado y permitido, pero conforme se profundiza en

la lectura, se observa que al menos las manifestaciones de carácter político, sindical y hasta reivindicativas (palabra que no aparecía en el RD ley anterior) están prohibidas. Dada la generalidad del artículo, se entiende que daría igual que se fuera de paisano o uniforme. Y si se pone en relación el art. 180 con el 181, que establece la prohibición de participación en «sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa», y con el 182, que supone la prohibición de afiliarse o colaborar con organizaciones políticas o sindicales, asistir a sus reuniones o expresar públicamente opiniones sobre ellos (con la excepción, en ese momento, de los militares no profesionales, que podían mantener su afiliación absteniéndose de realizar actividades políticas y/o sindicales), se observa que ese derecho de reunión y manifestación, con ese claro carácter instrumental determinado en el capítulo anterior, queda prácticamente vacío de contenido, ya que si ni siquiera se permitía el mismo para una reivindicación profesional (estando totalmente de acuerdo con el mantenimiento de la neutralidad política), el ámbito de ejercicio del derecho... ¿a qué se circunscribía el ámbito del ejercicio?

Este art. 180 estuvo en vigor hasta el año 2011, y curiosamente en el año 2009 se publicaron las nuevas Reales Ordenanzas, pero con rango de Real Decreto.

Cronológicamente hablando, la siguiente norma considerada de interés fue la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional. Los objetivos de esta Ley fueron, entre otros, racionalizar la estructura de Cuerpos y Escalas de las FAS, diseñar nuevos sistemas de promoción y ascenso, y definir modelos de enseñanza militar. Nada habló de derechos y deberes, y nada, por supuesto, del derecho de reunión y manifestación del personal militar, pero debido a la importancia y repercusión que esta Ley tuvo, se ha optado por, al menos, mencionarla.

Diez años más tarde, en 1999, apareció la Ley de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas. Ya en su Exposición de Motivos se explicita su necesidad, especialmente ante la aparición del militar profesional, y la consecuente desaparición del servicio militar obligatorio. Al igual que la anterior, nada va a decir sobre derechos y deberes, a excepción de su art. 150, en el que se remite a diversas normas para el reconocimiento y ejercicio de los mismos, como la Constitución, normas que la desarrollen, etc.

Por último, y determinante para la concepción actual, aparece con fecha de 27 de julio la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. Ya desde el principio de la lectura de dicha norma se observa cómo se pretende cambiar conceptos en lo que a la función militar se refiere. La definición que se da en el Preámbulo del «mi-

litar» es de por sí innovadora en ese sentido: «servidor público sometido a disciplina militar» (Agencia Estatal del BOE, 2011).

Puede decirse que esta LO actualiza y pone al nivel constitucional apropiado los aspectos más prácticos y personales de la función militar, al, primero, hacer una extensa relación de derechos esquematizándolos siguiendo el orden constitucional, y en segundo lugar, dándole la recepción adecuada en una ley orgánica, introduciendo novedades en absoluto desdeñables (García, 2014).

El Título I de esta LO es el que plasma los derechos fundamentales que se han querido resaltar (evidentemente, no significa que los demás no se tengan), todo ello en consonancia con la necesidad de mantener «disciplina, jerarquía y unidad y el principio de neutralidad» (Agencia Estatal del BOE, 2011). Así, el art. 13 reza de la siguiente forma:

«1. El militar podrá ejercer el derecho de reunión, de acuerdo con lo previsto en la L. O. 9/1983, de 15 de julio, pero no podrá organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical. Vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar, no podrá organizar, participar ni asistir en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo. 2. Las reuniones que se celebren en las unidades deberán estar previa y expresamente autorizadas por su jefe, que las podrá denegar motivadamente ponderando la salvaguarda y las necesidades del servicio» (Agencia Estatal del BOE, 2011).

No supuso esta LO, inicialmente, más que el mantenimiento de las condiciones previas de ejercicio del derecho, con la salvedad de que una asistencia anónima a una manifestación política o sindical era posible, siempre que no fuera de una forma activa (concepto no definido), de uniforme o haciendo uso de su condición de militar, estando prohibido todas las demás, incluyendo las reivindicativas, en las que también se asistiera de uniforme o haciendo uso de esa condición de militar (García, 2014, pp. 151 y ss.).

2.2. GUARDIA CIVIL

La Guardia Civil (en adelante, GC) siguió la estela de las FAS hasta que apareció su normativa propia, sobre todo a partir del año 1986, con la promulgación de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y

Cuerpos de Seguridad (en adelante, LOFCS), cuya principal intención en lo que respecta a la Guardia Civil es determinar con claridad absoluta la no pertenencia del Cuerpo a las FAS, estando el mismo en la práctica totalidad de sus servicios bajo mando del Ministerio del Interior.

Esta cuestión puede parecer nimia, ya que la labor de la Guardia Civil era la misma bajo mando militar o bajo mando civil. Pero antes de la Constitución, y por mor de la Ley Orgánica del Estado de 1967, la Guardia Civil formaba parte de las FAS, de forma explícita. Será el nuevo art. ocho de la CE el que determine la exclusión del Cuerpo de las FAS, y el 104 el que lo defina dentro de las FCS, no de forma explícita, eso sí, siendo esta cuestión posteriormente desarrollada por la LOFCS.

A partir de ese momento, sus normas de régimen interior se empiezan a especializar respecto a las de las FAS (como por ejemplo sus normas disciplinarias, que se verán en el siguiente apartado). Tanto el Real Decreto ley 10/1977 como las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas de 1978 y la Ley 17/1989, de Personal Militar, fueron de plena aplicación en el Cuerpo, incluso coexistiendo con futuras normas particulares, sobre todo las ROFAS.

Precisamente para adecuarse a la Ley 17/1989 apareció en 1994 la Ley 28/1994, de 18 de octubre, por la que se completaba el régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, desarrollando la nueva estructura por Escalas, de acuerdo a los niveles de enseñanza (idéntico al de las FAS), y nada decía, por supuesto, de derechos y/o deberes del personal. Lo que sí que quedaba meridianamente claro era qué componía el régimen de personal de la Guardia Civil: la Ley Orgánica 2/1986, la Ley 17/1989, la Ley Orgánica 11/1991, y esta misma ley. Es decir, su régimen, en ese momento es básicamente el militar, siguiendo el Cuerpo con esa carencia de autonomía normativa (Lasen, 1994, p. 231) respecto a la normativa militar.

En el año 1999 aparece, por fin, la que se puede decir primera ley de personal propia e íntegra: la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen de Personal de la Guardia Civil, el cual culmina el Estatuto propio del Cuerpo, con unas referencias tales como la omnipresente LO 2/1986, la CE y la legislación sobre personal de las FAS que pudiera ser de aplicación (Agencia Estatal del BOE, 1999). Respecto a derechos y deberes, su art. 91 hacía referencia a las normas de aplicación, y aquí se citaban de nuevo la LO 2/1986, la Ley Orgánica 11/1991, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, esta propia Ley, las normas militares de aplicación, y por último, se citaba la Ley Orgánica reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, en ese momento inexistente y que será la norma que se analizará a continuación.

La verdad es que esta Ley de Personal vino a cubrir un vacío en ese bloque estatutario del Cuerpo, pero también es verdad que, salvo alguna innovación, lo que hizo fue adaptar la Ley de Personal de las FAS, y donde ponía FAS, poner Guardia Civil.

La Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, es la que completa el régimen estatutario, y también introduce cambios de interés. Así, en su artículo dos ya se deja claro que los miembros del Cuerpo son «titulares de los derechos fundamentales y de las libertades públicas reconocidos en la Constitución, sin otros límites en su ejercicio que los establecidos en esta, en las disposiciones que la desarrollan y en la presente Ley Orgánica» (Agencia Estatal del BOE, 2007).

El ejercicio del derecho de reunión y manifestación se recogía en su art. ocho, que decía:

«1. Los Guardias Civiles no podrán organizar manifestaciones o reuniones de carácter político o sindical.

3. En todo caso, no podrán asistir a manifestaciones o reuniones vistiendo el uniforme reglamentario, ni portando armas y deberán respetar las exigencias de neutralidad propias de la condición de Guardia Civil» (Agencia Estatal del BOE, 2007).

Del tenor de este texto se puede deducir que:

Los Guardias Civiles no pueden organizar manifestaciones o reuniones políticas o sindicales, pero sí reivindicativas, lo que entroncaría con el siguiente artículo de la LO, el nueve, sobre asociaciones, para la «defensa y promoción de los derechos e intereses profesionales, económicos y sociales».

No se puede asistir a reunión alguna de uniforme, con armas o incumpliendo su obligación de neutralidad política.

Esto así supone, desde luego, un avance nunca visto hasta el momento en el ejercicio de este derecho fundamental, permitiendo, a priori, manifestaciones públicas reivindicativas de derechos, dando plenitud al carácter instrumental del mismo.

Pero esto que constituye un gran avance se vio cercenado poco años después por la LO 11/2011, de 1 de agosto, que derogó precisamente el apartado 1 anterior, y declaró de aplicación el art. 13.1 de la ya vista LO 9/2011, por lo que ambos estatutos de personal, el de las FAS y el de GC, en lo que al derecho de reunión y manifestación se refiere, coinciden, quedando el ejercicio casi vacío de contenido para ambas instituciones.

2.3. JURISPRUDENCIA

Dos sentencias son de sumo interés para «tomar el pulso» a la situación de este derecho en el personal militar: la primera, la que emitió el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 16 de septiembre de 2010; la segunda, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, n.º 512/2017.

Los antecedentes de la primera sentencia a analizar son una resolución de la Subdelegación del Gobierno de Madrid, que ante una manifestación convocada por dos asociaciones profesionales del Cuerpo, resolvió que no se podría llevar a cabo, ya que consideraba el acto de naturaleza sindical. Tras el recurso correspondiente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso, considerando que la resolución vulneraba el derecho fundamental de reunión de los miembros del Cuerpo. El Tribunal citó que los Guardias Civiles tenían reconocidos una serie de derechos, por mor de la LO 11/2007, ya vista, y estableció, entre otros asuntos de interés que «nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda ser equiparado al mismo», además de que «a los efectos de limitación del derecho de reunión de los Guardias Civiles, carecen de tal naturaleza las de promoción de sus intereses profesionales, en la medida en que las desenvuelven al margen de cualquier organización sindical».

Evidentemente, esta sentencia, en la que se citan también actuaciones previas de la propia subdelegación, en la que no hubo oposición alguna a la celebración de actos reivindicativos, abría la puerta a un movimiento continuo de las asociaciones profesionales del Cuerpo. Curiosamente, y como se ha citado ya en el apartado anterior, al año siguiente se procedió a modificar la LO 11/2007, haciendo aplicable al Cuerpo de la Guardia Civil el famoso art. 13.1, derogando el apartado 1 del art. 8, y de esta forma, limitando al máximo el ejercicio del derecho al introducir la prohibición de celebración también en el ámbito reivindicativo.

Centrándonos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es de máximo interés la Sentencia 512/2017, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Es esta una sentencia que recae ante el recurso promovido por la Abogacía del Estado, cuyos antecedentes de hecho son la denegación, por parte de la Delegación del Gobierno de Madrid, de la realización de una manifestación de Guardias Civiles. Los convocantes recurrieron, y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid les dio la razón (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 642/2015, de 6 de noviembre de 2015).

Lo más importante de esta sentencia es la interpretación que hace del art. 13.1 de la LO 2/2011, que como ya se ha dicho es aplicable a la Guardia Civil. De ella se desprende que:

- Tanto FAS como GC tienen prohibido acudir a reuniones o manifestaciones vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar. Es este último extremo el que clarifica la sentencia: la condición militar. Esto no se puede identificar directamente con la propia naturaleza militar de los miembros de las FAS y/o de la GC, ya que de otra parte se dejaría vacío al derecho fundamental de todo contenido. El Tribunal no especifica qué sería «haciendo uso de su condición militar», pero sí clarifica que el mero hecho de serlo no implica hacer uso de esa condición.
- El alcance de la definición de «reivindicativa». El Tribunal aclara que la pretensión de que reivindicativo incluya todo excluiría las reivindicaciones profesionales, sociales o económicas que, en este caso, estarían en el derecho de asociación. Pero claro, el derecho de reunión y manifestación es una libertad pública que se ejercita como instrumento, generalmente para poder expresarse y en resumidas cuentas, pedir, reivindicar. El incluir en ese «reivindicativo» todo volvería a dejar sin contenido ese derecho de reunión de nuevo. Por tanto, todo aquello que sea una reunión o manifestación con una mera finalidad de reivindicación profesional, social o económica será lícita.

3. EL DERECHO DISCIPLINARIO

Tras haber analizado el estado del ejercicio del derecho de reunión y manifestación por parte del personal de las FAS y de la GC, únicos sometidos en España a disciplina militar, se hace preciso ver cómo los diversos derechos disciplinarios han entendido y entienden la contravención de las normas que regulan el ejercicio de dicho derecho. Para ello, se examinarán las diversas normas disciplinarias existentes, tomando como referencia de origen el mismo año, 1978.

3.1. FUERZAS ARMADAS

El inicio de la andadura democrática supone que en el año 1978 las normas disciplinarias militares son aplicadas tanto a FAS como a GC,

habida cuenta de que hasta la promulgación de la CE la GC no deja de formar parte de las FAS. Así, la primera norma a analizar es el Código de Justicia Militar (en adelante, CJM).

Tal y como se vio antes con el Real Decreto ley 10/1977, la contravención de las normas se castigaba a nivel disciplinario en los artículos 437, 443 y 1011 del citado Código, Ley de 17 de julio de 1945, y que curiosamente fue publicado en distintos Boletines Oficiales del Estado: desde el 201 al 217, ambos inclusive, lo que supone desde el 20 de julio hasta el 5 de agosto del mismo año. El CJM estuvo vigente hasta 1985, tiene su referencia en el de 1890 (Segado, 1982, p. 19). Es decir, su contenido, filosofía y principios poco o nada tenían que ver con la actual CE, salvo el mantenimiento de la disciplina militar. Bien es verdad que había habido intentos de cambio del CJM previos a la llegada de la democracia, pero esta modificación o renovación no llegó a buen término hasta los Pactos de la Moncloa, en 1977 (Rodríguez-Villasante, 2018, p. 83).

El artículo 437, incardinado en el Título XV, «Faltas y correcciones», Capítulo II, «Faltas graves», establecía en su apartado 5 que se castigaría con arresto al militar, tanto profesional como de reemplazo, que asistiera sin autorización a una manifestación política por primera vez (Agencia Estatal del BOE, 1945). Por otra parte, el art. 443, situado en el mismo Título, pero en el Capítulo III, regulaba las faltas leves. Recogía un elenco de conductas que ha ido perdurando en el tiempo con variaciones, y si bien no establece de forma específica la infracción relacionada con el objeto del estudio, sí contiene en su parte final una norma disciplinaria en blanco, donde sí que podría entrar una contravención del ejercicio del derecho de reunión y manifestación por parte del militar (Agencia Estatal del BOE, 1945). Y, finalmente, el art. 1011, situado en el Capítulo II, Procedimientos gubernativos, del Título XXV, De lo judicial y lo gubernativo, que venía a decir que se procedería a instruir un expediente gubernativo por diversas cuestiones, siempre que se considerara perjudicial la continuación en el servicio de los infractores.

Las sanciones que se hubieran podido imponer se contemplaban en los arts. 415, 416 y 1021. El art. 415 establecía las sanciones a imponer por faltas graves. Básicamente, eran privaciones o restricciones de libertad y una especie de la actual «pérdida de destino», y se distinguía entre oficiales, suboficiales, clase de tropa y marinería y civiles. Para oficiales y suboficiales, el castigo era de arresto militar de dos meses y un día a seis meses; para la Clase de Tropa y Marinería, aparecía también el arresto militar de dos meses y un día a seis meses, y, además, el destino a un Cuerpo disciplinario, de uno a tres años. Y para civiles («paisanos»), el arresto común de dos meses y un día a seis meses (Agencia Estatal del BOE, 1945).

Las sanciones por falta leve se recogían en el art. 416. Ya no se contempla la sanción a civiles, y se sigue con una clasificación de sanciones en función de los sujetos activos. Para los oficiales y suboficiales se reservaban sanciones como arresto de hasta 14 días, que se cumplía en «casa, buque, banderas, cuartel o dependencia de destino»; arresto desde 15 días a dos meses, a cumplir en castillo o en establecimiento militar, y la reprobación. Y para la clase de tropa y marinería, el arresto hasta dos meses, la deposición de empleo y la recarga en servicios mecánicos (Agencia Estatal del BOE, 1945). Por último, la sanción característica del llamado expediente gubernativo era la de separación del servicio, tal y como se desprende del art. 1021, si bien, y si esta no se imponía, se podían imponer otras (art. 1022). Además, por mor del art. 1023, este expediente se aplicaba a oficiales, suboficiales y clase de tropa y marinería que tuvieran reconocido su empleo militar (Agencia Estatal del BOE, 1945).

La utilización del Código de Justicia Militar en la sanción de faltas disciplinarias finalizó en 1985, año en el que entró en vigor la nueva Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en adelante, RDFAS), y que separó definitivamente los aspectos penales y los disciplinarios en las normas punitivas militares. Esta separación vino a ser la consecución de la aspiración de muchos juristas, militares y no militares, de la necesidad de reforma de este viejo CJM (Valenciano, 1986, p. 142), razón por lo que desde los primeros momentos del planteamiento de la necesidad de esa reforma ya se contaba con llevar a una norma distinta y autónoma las faltas (infracciones) disciplinarias (Valenciano, 1986, p. 150) y se puede decir que supuso la mayor innovación respecto al desempeño de la potestad disciplinaria, y por tanto, seguramente la norma de mayor trascendencia en este sentido (Rodríguez-Villasante, 2018, p. 97). A esto anterior añadió el propio Rodríguez-Villasante (2018) que, de todas las normas que reformaron la Justicia militar, la de mayor trascendencia fue esta ley, ya que manteniendo la atribución de la potestad disciplinaria a los mandos militares (lo cual es lo lógico), limitaba la acción disciplinaria al basarse en las nuevas normas constitucionales. Hay que decir además que la elaboración de esta ley fue paralela a la del nuevo Código Penal Militar (Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre).

Las infracciones disciplinarias se recogían en el capítulo primero, y como relacionadas con el ejercicio del derecho de reunión y manifestación figuran:

- En las faltas leves del art. 8, las contempladas en el apartado 33, que es una norma en blanco: «las demás que, no estando castigadas en otro concepto, constituyen leve desobediencia o ligera

irrespetuosidad para con los jefes y superiores, inferan perjuicio del buen régimen de los ejércitos o consistan en la infracción u olvido de alguno de los deberes que señalan las Reales Ordenanzas y demás disposiciones que rigen la Institución Militar».

- En las faltas graves del art. 9 sí figuran faltas específicas relacionadas claramente con este estudio. Así, el apartado 27 establecía como falta «Participar en reuniones clandestinas cuando no constituya delito», y el apartado 28, «asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar (comienzan a aparecer términos como los actuales) a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical».

Como se ve, la prohibición sigue siendo la asistencia de uniforme o haciendo uso de una condición militar. Nada se dice de una anónima asistencia a manifestación o reunión del mismo tipo, y por otra parte, se excluyen posibles actuaciones reivindicativas del tipo.

Por último, en el Título V de la LO se preveía el expediente gubernativo (igual que en el CJM), para causas muy graves, como una mala conducta habitual e incorregible, la observancia de conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar o una actitud reiterada y manifiestamente pública contra la Constitución o contra Su Majestad el Rey (Agencia Estatal del BOE, 1985).

Estas faltas disciplinarias se sancionaban con, y de acuerdo con el art. 10 de la LO:

- Reprensión.
- Privación de salida de la unidad hasta ocho días o de permisos discrecionales hasta un mes.
- Arresto de un día a treinta días en domicilio o unidad,
- Si eran faltas leves; y si eran graves, con:
- Arresto de un mes y un día a tres meses en establecimiento disciplinario militar (desapareciendo el «castillo»).
- Pérdida de destino.

Y para el expediente gubernativo, en el caso de resultar responsable el expedientado, se contemplaban en el art. 61:

- La pérdida de puestos en el escalafón.
- La suspensión de empleo.
- La separación del servicio.

Aparte de las tradicionales restricciones o privaciones de libertad, comienzan a aparecer de forma clara sanciones que se reservan para las más graves conductas con una incidencia clara en el futuro de la carrera militar del expedientado, especialmente esa pérdida de puestos en el escalafón y

la suspensión de empleo, ya que la separación del servicio suponía, como ahora, el fin de la vida militar del sujeto.

En 1998 aparece el nuevo Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, mediante la LO 8/1998, de 2 de diciembre, que entró en vigor el 3 de febrero de 1999. Esta apareció como una necesidad ante la más que incipiente consolidación de la profesionalización de las FAS, y su modernización (Agencia Estatal del BOE, 1998). Esta LO se acerca «formalmente» a los requisitos de publicación de una ley, empezando por la existencia de la Exposición de Motivos, de la que carecía la anterior, a la que derogó. La idea de este nuevo régimen disciplinario era, por una parte, la realización de mejoras dirigidas a facilitar su aplicación, y por otra, lograr, aparte de la calidad técnica adecuada en su redacción, un tratamiento apropiado que permita el funcionamiento que beneficie a las FAS, conjugado con él en ese momento incipiente proceso de profesionalización de los Ejércitos²¹. Así, y tal y como dice la Exposición de Motivos,

«constituye el objeto y propósito de esta Ley mejorar y perfeccionar el régimen disciplinario de un Ejército moderno situado en el umbral del siglo XXI, otorgar al mando un instrumento eficaz, y todo ello sin menoscabo ni merma de las garantías y derechos reconocidos a toda persona».

Realmente, no supuso una gran novedad respecto a la LO anterior, pero lo que sí venía a hacer, como se ha comentado, era solucionar esos problemas de aplicación, cuestión considerada por la doctrina muy necesaria (Muiños, 1999, p. 79).

Las faltas se contemplaban en su Título III, Faltas y sanciones, Capítulo I, Infracciones disciplinarias. El art. 7 recogía las de carácter leve, y se vuelve a repetir la situación de las normas antes estudiadas: no se contempla de una forma específica una falta relacionada con el ejercicio del derecho de reunión y manifestación por parte del personal militar, debiéndose remitir, en todo caso, a esa posible incardinación en el apartado 34, que dice: «Las demás que, no estando en los apartados anteriores, supongan inobservancia leve de alguno de los deberes que señalen las Reales Ordenanzas, reglamentos y demás disposiciones que rigen la Institución Militar».

Las faltas graves se veían en el art. 8. El trato que se da a las posibles contravenciones es idéntico al dado en la ley disciplinaria anterior:

²¹ El servicio militar obligatorio desapareció el 31 de diciembre de 2001, mediante el Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo.

apartados 33 («participar en reuniones clandestinas, cuando no constituya delito») y 34 («asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical»).

En esta LO sigue apareciendo como especialidad ante la gravedad de la conducta realizada el Expediente gubernativo, regulado en el Capítulo III del mismo Título, art. 17. Igual que en el caso de las faltas leves, una posible contravención se podría incardinar en su apartado 2: «Realizar actos gravemente contrarios a la disciplina, servicio o dignidad militar, que no constituyan delito».

Respecto a las sanciones que se determinan, estas quedan fijadas en el art. 9, siguiendo el camino de la anterior LO:

- Faltas leves, con reprensión, privación de salida de la unidad hasta 8 días, y arresto de uno a treinta días en domicilio o unidad.
- Faltas graves, arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento disciplinario militar (se rebajó un mes la sanción respecto a la anterior LO), pérdida de destino y la baja en el centro docente militar de formación y en otros centros de formación.

Y para aquellas faltas depuradas por el expediente gubernativo, el art. 18 preveía como «sanciones disciplinarias extraordinarias» las mismas que en la LO anterior, añadiendo otra más: «pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica».

La LO 8/2014, de 4 de diciembre, derogó a la anterior, y constituye el vigente Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Tiene su origen en el mandato legal que imponía la LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las FAS, por la cual había que confeccionar un nuevo régimen disciplinario que tuviese en cuenta doctrina de Tribunales como el Europeo de Derechos Humanos, y el Supremo y Constitucional españoles (Nieto, 2015, p. 14).

Entre otras cuestiones, clasifica las infracciones disciplinarias en tres tipos: leves, graves y muy graves, dejando de utilizar el viejo concepto de «infracciones extraordinarias». Además, a nivel sanción, como se verá a continuación, introdujo sanciones económicas, si bien las restrictivas o privativas de libertad se siguen manteniendo. Esta nueva Ley pretendió, sobre todo a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de noviembre de 2011, 177/2011, solucionar defectos de aplicación que se traían de las normas disciplinarias precedentes (Nieto, 2015, p. 206).

El Título I, Faltas y sanciones, plasma en su Capítulo I las faltas. Relacionadas con el objeto de este trabajo, y dentro de las faltas leves, se encontraría el apartado 13, que dice «el inexacto cumplimiento en la aplicación

de las normas de actuación del militar como servidor público, establecidas en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas», y el 35, que no deja de ser, de nuevo, el cajón de sastre ya visto en las anteriores normas.

Sobre las faltas graves, aparecen en el art. 7 los apartados 7, sobre «organizar, participar o asistir a reuniones clandestinas o no autorizadas que se celebren en unidades militares», y el 34: «organizar o participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical, así como organizar, participar o asistir vistiendo de uniforme o haciendo uso de su condición militar, a manifestaciones o reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo que se celebren en lugares públicos» (Agencia Estatal del BOE, 2014).

El apartado anterior sigue la tónica de los anteriores regímenes disciplinarios, pero el 34 es innovador, ya que explicita mucho más que en los códigos disciplinarios precedentes el tipo; por una parte, se prohíbe la participación u organización en manifestaciones políticas o sindicales; por otra, se prohíbe, bien llevando el uniforme o bien haciendo uso de su condición de militar (que se sigue sin definir) tres conductas: organizar, participar o asistir. Y además se establece en qué: tanto manifestaciones como reuniones políticas, sindicales, e introduciendo también como novedad, aquellas que tengan un carácter reivindicativo. En una primera interpretación, una primera lectura del tipo, supone que no se puede participar ni organizar manifestaciones políticas o sindicales, en cualquier caso; vistiendo el uniforme, o diciendo que se es militar, no se puede ni organizar, ni participar ni asistir a reuniones políticas, sindicales y reivindicativas. La prohibición de la realización de dichas conductas en las reuniones políticas o sindicales es concordante con lo anterior, pero si se prohíbe también cualquier acción reivindicativa... ¿con qué finalidad se podría ejercer el derecho de reunión y manifestación? ¿cómo podría el personal militar pedir mejoras profesionales, por ejemplo?

El art. 8 es el que regula las faltas muy graves, y por primera vez aparece en su apartado 13 con claridad un precepto relacionado con el derecho de reunión y manifestación, diciendo: «Infringir reiteradamente... las limitaciones en el ejercicio... de los derechos de reunión y manifestación». En las sanciones, como ya se ha dicho, hace su aparición la sanción económica. Reguladas en el art. 11, son para las faltas leves la reprensión, la privación de salida de uno a ocho días, la sanción económica de uno a siete días y el arresto de uno a catorce días; para las graves, la sanción económica de ocho a quince días, el arresto de quince a treinta días, la pérdida de destino y la baja en el Centro docente de formación. Y, por último, para las faltas de carácter muy grave se prevén como sanciones el arresto de

uno a sesenta días, la suspensión de empleo, la separación del servicio y la resolución del compromiso.

Se mantienen junto a las sanciones restrictivas o privativas de libertad aquellos que afectan a la carrera profesional del militar, si bien las primeras se elevan de nivel, pasando a ser muy grave la de arresto de uno a sesenta días, que en la anterior normativa era grave.

3.2. GUARDIA CIVIL

Hasta el año 1991 el régimen disciplinario de la Guardia Civil fue el mismo que el de las Fuerzas Armadas. Previamente, se había convertido en una necesidad la individualización del régimen disciplinario de la Guardia Civil del de las FAS, por lo previsto en el art. 15.1 de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Además, a esto coadyuvó la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1989, la cual hizo un especial hincapié en la necesidad de esta individualización y diferenciación. La publicación de esta sentencia obligó al gobierno en ese momento a iniciar el proyecto de futura LO de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, que se envió a las Cortes el 9 de octubre de 1990 (Pérez, 2011, p. 39).

En la misma Exposición de Motivos de la LO se hizo referencia precisamente a este extremo, declarando, por una parte, que «la aplicación a la Guardia Civil del régimen propio de las Fuerzas Armadas debe considerarse meramente provisional», y de otro, que «el establecimiento de una normativa disciplinaria específica para la Guardia Civil debe considerarse un objetivo prioritario», para finalizar diciendo que

«la presente Ley viene, con todo ello, a dar cumplimiento a previsiones legislativas y a exigencias de orden jurídico-constitucional, de manera inaplazable y adecuada para asegurar el regular funcionamiento del Cuerpo de la Guardia Civil al servicio de los ciudadanos».

Así las cosas, cuando aparece este nuevo régimen disciplinario lo que se puede observar es que, en comparación con el RDFAS 1985, lo que se hizo fue en la inmensa mayoría de los casos fue sustituir el término «el militar» por el de «el Guardia Civil». Se pretendía una individualización que en esencia no se hizo, siendo uno de los puntos más controvertidos el mantenimiento de las sanciones privativas de libertad (Aldea, 2003, p. 8), además de añadir sanciones económicas.

Centrados en el aspecto puramente disciplinario, esta nueva LO clasificó las faltas disciplinarias en leves, graves y muy graves (art. 6), todas ellas introducidas en el Título III, Faltas y sanciones, Capítulo Primero, Infracciones disciplinarias.

El art. 7 recogía las faltas leves, y no hacía mención alguna a falta específica relacionada con el ejercicio de derecho de reunión y manifestación. Al igual que en los regímenes vistos de las FAS, sí hay un apartado 27, norma en blanco, en la que se podría cuadrar alguna contravención: «Las demás que, no estando incluidas en los tipos anteriores, constituyan una leve infracción a los deberes que imponen las disposiciones que rigen la actuación de la Guardia Civil» (Agencia Estatal del BOE, 1991).

Las faltas graves se plasmaban en el art. 8, y en el elenco relacionado no se recogía ninguna conducta relativa a la infracción del ejercicio del derecho. Y tampoco en las faltas muy graves del artículo siguiente, el 9.

Sobre las sanciones, estas se encontraban en el Capítulo II del mismo Título, Sanciones disciplinarias, art. 10. Por faltas leves se podía imponer reprobación, pérdida de uno a cuatro días de haberes (siendo el primer régimen disciplinario de carácter militar que introduce esta sanción), y arresto de uno a treinta días en domicilio; por las graves, pérdida de cinco a veinte días de haberes, arresto de un mes y un día a tres meses en establecimiento disciplinario militar y pérdida de destino; y por las muy graves, la pérdida de puestos en el escalafón, la suspensión de empleo de un mes a un año y la separación del servicio (Agencia Estatal del BOE, 1991).

En el año 2007 apareció la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, que derogó a la anterior y es la actualmente en vigor.

Esta LO supuso numerosas novedades de hondo calado²², sobre todo, la adecuación de las sanciones y del procedimiento a las normas civiles, y la desaparición de las sanciones privativas de libertad. Con esta LO se buscó, sobre todo, la tutela de la función policial del Cuerpo (Garrido, 2008, p. 6).

La LO mantiene la gradación de las faltas en tres tipos, pero cambia el orden hasta la fecha establecido, enumerándolas como muy graves, graves y leves (art. 6). Así, dentro de las faltas muy graves aparece en el art. 7 el apartado 3 bis, que dice «organizar o participar activamente en reuniones

²² Entre ellas, la restricción al máximo de la aplicación del Código Penal Militar a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil, antes de aplicación general, y a partir de la entrada en vigor de esta Ley, únicamente a los casos de tiempo de guerra, vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares (Disposición Adicional 4.ª de la LO).

o manifestaciones de carácter político o sindical, así como organizar, participar o asistir portando armas, vistiendo el uniforme reglamentario o haciendo uso de su condición de guardia civil, a manifestaciones o reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo que se celebren en lugares públicos». Este apartado fue añadido el año 2014, por la disposición final 5.1 de la LO 8/2014 de Régimen Disciplinario de las FAS. Se añadió la falta que ya se ha visto al revisar esta última LO, cambiando «militar» por «guardia civil»; en consecuencia, se remite a lo dicho sobre esa ley respecto a la explicación del precepto.

En lo que a las faltas graves se refiere, contempladas en el art. 8 no hay ninguna específica sobre el objeto del estudio; como mucho, y como ya ha ocurrido en el resto de los regímenes disciplinarios, hay un precepto en blanco, que es la recogida en el apartado 37: «la infracción de cualquier otro deber u obligación legal o reglamentariamente establecida que resulte inherente al cargo o a la función, cuando se produzca de forma grave y manifiesta». Por último, nada se recoge al respecto en las faltas leves incluidas en el art. 9 (Agencia Estatal del BOE, 2007).

Sobre las sanciones es de aplicación lo dicho para las infracciones. Se cambia el orden tradicional en el art. 11 (incardinado en el Capítulo II del mismo Título), pasando a castigar primero las infracciones muy graves con separación del servicio, suspensión de empleo desde tres meses y un día hasta un máximo de 6 años, y la pérdida de puestos en el escalafón; posteriormente, las correspondientes a las faltas graves: suspensión de empleo de un mes a tres meses, pérdida de cinco a veinte días de haberes con suspensión de funciones y la pérdida de destino. Cierra el artículo con las sanciones a imponer por faltas leves, que son la reprobación y la pérdida de uno a cuatro días de haberes con suspensión de funciones.

4. CONCLUSIONES

Los derechos fundamentales tienen unas características que los diferencian de los derechos humanos. Dentro de esas características se encuentran la positivación, ya que hasta que no son recogidos por una norma que los relacione y así defina no estarán reconocidos, y su territorialidad, ya que la positivación de la que se habla se realiza y tiene validez en unos límites territoriales, que son los del Estado, de tal forma que no tienen por qué existir los mismos derechos fundamentales de un Estado a otro. Dentro de los derechos fundamentales se encuentra el derecho de reunión y manifestación, que es a su vez una libertad pública, el cual es ejercido por los

detentadores del derecho como un instrumento reivindicativo con el que se persiguen, lógicamente, fines lícitos.

La Constitución española recoge este derecho sin limitación subjetiva alguna, para luego ser regulado su ejercicio mediante una Ley Orgánica, la 9/1983, de 15 de julio, «reguladora del derecho de reunión». Esta LO establece las condiciones de ejercicio del derecho, inicialmente iguales para todos, y realiza una primera distinción entre ciudadanos, ya que remite a las disposiciones militares la regulación del mismo para los militares, determinando una división entre ciudadanos civiles y militares.

Hay dos instituciones de carácter militar en España: las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil. Sus miembros renuncian de forma tácita a determinados derechos constitucionales, y otros quedan sometidos a su normativa específica. Uno de ellos es el de reunión y manifestación, derecho el cual ha sido tradicionalmente muy restringido, por no decir casi inexistente, en el sentido que se tiene de este derecho, siendo esta su situación actual.

Desde el advenimiento de la democracia en 1978, ambas Instituciones se han regido por diversas normas que han ido incorporando derechos a sus miembros, si bien, y en ambos casos, se han producido vaivenes normativos que han finalizado restringiendo mucho algunos de ellos (como es el caso que nos ocupa en este estudio), tal y como ocurre con la LO 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, que es también aplicable a la Guardia Civil. Dado que de su articulado, en algunos casos, devenía el ejercicio de derechos prácticamente vacío de contenido, y que en otros, había conceptos ambiguos y de difícil entendimiento, ha sido la vía jurisprudencial la que ha aclarado finalmente ambos, en este caso, el Tribunal Supremo, estableciendo lo que es «uso de la condición militar» y por otra parte, legitimando la utilización del derecho para la realización de «reivindicaciones profesionales, sociales o económicas», manteniéndose, por supuesto, el resto de limitaciones.

Paralelamente a la normativa reguladora de derechos y deberes del personal con carácter militar, hay, y debe de haber dada la ejemplaridad e importancia de la Institución Militar, un régimen disciplinario. Tomando siempre como referencia la fecha de 1978, de publicación de la actual Constitución, se observa cómo ese régimen disciplinario, común a ambas Instituciones hasta 1991, evoluciona. Aparecen nuevos tipos de sanciones, como han sido las económicas, y las restrictivas o privativas de libertad disminuyen en extensión y hasta desaparecen, como es el caso de la Guardia Civil. En lo que a la contravención de las normas que rigen el ejercicio del derecho de reunión y manifestación, tanto en Fuerzas Armadas como en

Guardia Civil, se ha elevado la gravedad de dichas contravenciones, especialmente en la Guardia Civil, con lo que ambos regímenes contemplan más claramente la posibilidad de la separación del servicio de los presuntos infractores.

Para finalizar, es evidente que aún hoy hay claras «reservas» a que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil puedan ejercer este derecho, habiendo sido el Poder Judicial el que ha enmendado la plana al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, en la parte que le toca respecto a la elaboración de las leyes y aplicación de las mismas. No considera este autor razón para ello. La Guardia Civil y las Fuerzas Armadas españolas llevan siglos de tradición de servicio, y su compromiso democrático y de acatamiento y defensa del orden establecido claro y sin reservas. Por eso, ver cómo cualquier persona puede ejercer este derecho sin cortapisas (por ejemplo, personas en situación de ilegalidad en España, que como mínimo por el hecho de ser ilegales ya están infringiendo leyes), y que el personal militar no tenga permitido con la claridad exigible el ejercicio del derecho en las condiciones adecuadas y deseables, directamente extraída de los textos legales sin necesidad de interpretaciones judiciales cuando España va camino de 50 años de democracia y constitución, no parece ser lo más correcto. Esto no significa que se pueda hacer de cualquier forma. Todo lo contrario. Precisamente por ser militar, el ejercicio del derecho de reunión y manifestación debe tener unas limitaciones, que ni siquiera han de ser impuestas, sino que deben ser entendidas, aceptadas y compartidas por el personal militar como necesarias, de forma que el poder manifestarse por unas reivindicaciones lícitas como son las profesionales, sociales y económicas no supongan el más mínimo problema a un militar, siempre salvaguardando la neutralidad política, el uniforme y el orden público.

BIBLIOGRAFÍA

- Aldea, J. P. (2003). Proyecto de nueva Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública. 28, pp. 1-10.
- Alexy, R. y Pulido, C. B. (2007). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la «Teoría de los derechos fundamentales». Revista española de derecho constitucional. 66, pp. 13-64.
- Almoyna, J. V. (1986). La reforma de la justicia militar en España durante la transición. Reis. 36, pp. 141-152.

- Bea, E. (1994). *Introducción a la teoría del Derecho. Derechos Humanos*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá (Colombia), Universidad Externado.
- Colliard, C. A. (1972). *Libertes Publiques*. Paris, Francia: Dalloz, pp. 14-16.
- Díez-Picazo, L. M. (2013). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid, Thomson Civitas.
- Echavarría, J. J. S. (2001). *La configuración constitucional del derecho de reunión*. *Parlamento y Constitución*. Anuario. 5, pp. 103-126.
- España. (1977). Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, por el que se regula el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*. 9 de febrero, pp. 3134-3135. [Consulta 6 enero 2021]. Disponible en: [https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-3491#:~:text=Real%20Decreto%2Dley%2010%2F1977,componentes%20de%20las%20Fuerzas%20Armadas.&text=Publicado%20en%3A,a%203135%20\(2%-20p%C3%A1gs.%20\)](https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-3491#:~:text=Real%20Decreto%2Dley%2010%2F1977,componentes%20de%20las%20Fuerzas%20Armadas.&text=Publicado%20en%3A,a%203135%20(2%-20p%C3%A1gs.%20)).
- . (1978). Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*. 3 de enero, n.º 3, pp. 76-78. [Consulta 29 diciembre 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1978/12/26/62>
- . (1979). Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*. 12 de enero, n.º 11, pp. 753-764. [Consulta 6 enero 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1978/12/28/85>
- . (1985). Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*. 29 de noviembre, n.º 286, pp. 37769-37775. [Consulta 10 enero 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/11/27/12>
- . (1991). Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*. 18 de junio, n.º 145, pp. 20011-20016. [Consulta 11 enero 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1991/06/17/11>
- . (1998). Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas [en línea]. *Boletín Oficial del Estado*. 3 de diciembre, n.º 289, pp. 39699-39714. [Consulta 10 ene-

- ro 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1998/12/03/pdfs/A39699-39714.pdf>
- . (1999). Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil. [Consulta 7 enero 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1999/11/25/42>
 - . (2007). Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil [en línea]. Boletín Oficial del Estado. N.º 254. [Consulta: 7 enero 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/10/22/11/con>
 - . (2007a). Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del regimen disciplinario de la Guardia Civil [en línea]. Boletín Oficial del Estado. N.º 254. [Consulta: 11 enero 2021] Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/10/22/12/con>
 - . (2007b). Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar [en línea]. Boletín Oficial del Estado. 20 de noviembre, n.º 278. [Consulta 6 enero 2020]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/11/19/39/con>
 - . (2011). Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. Boletín Oficial del Estado. 28 de julio, n.º 180, pp. 100151-100191. [Consulta 6 enero 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2011/07/27/9/con>
 - . (2014). Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Boletín Oficial del Estado. 5 de diciembre, n.º294, pp. 100151-100191. [Consulta 11 enero 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2014/12/04/8>
- España. Ministerio de Defensa. (2009). Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Boletín Oficial del Estado. 7 de febrero, n.º 33. [Consulta 6 enero 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2009/02/06/96/con>
- Elvira Perales, A. (2003). Sinopsis artículo 21 [en línea]. En: España (2003). Constitución española. González Escudero, Á. (ed.). Madrid, Congreso de los Diputados. [Consulta 18 diciembre 2020]. Disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=21&tipo=2>
- Fernández, G. C. S. (1991). La derogación del Real Decreto Ley 10/1977 y sus consecuencias respecto a las libertades de Expresión y al Derecho de Petición de los miembros de las FAS. Cuadernos de estrategia. 24, pp. 69-75.

- Ferrajoli, L., Baccelli, L., De la Vega, A. D. C. y Pisarello, G. (2001). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, Trotta.
- García, I. F. (2014). La sujeción especial del militar tras la nueva Ley Orgánica de Derechos y Deberes. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Pp. 127-166.
- Garrido, A. M. (1985). Estudios sobre la regulación de las penas en el vigente Código de justicia militar. *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. Pp. 73-104.
- . (2008). El régimen penal y disciplinario de la guardia civil tras la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre. *Diario La Ley*. 7057, p. 9.
- Goig Martínez, J. M. (2012). El «molesto» derecho de manifestación [en línea]. *Revista de Derecho UNED*. N.º 11, pp. 353-386. [Consulta: 17 junio 2020]. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11137>.
- González Vega, O. A. (2018). Derechos humanos y derechos fundamentales [en línea]. *Hechos y Derechos*. ISSN: 2448-4725. [Consulta: 9 abril 2020]. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12556/14135>
- Luis, Á. y Marín, S. (2014). Concepto, fundamentos y evolución de los derechos fundamentales. Consejo de Redacción. 81.
- Morange, J. (1981). *Las libertades públicas*. Méjico: Fondo de Cultura Económica. P. 8.
- Navarro, J. F. Z. (2015). El nuevo Reglamento de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. *Pre-bie3*. 4, p. 25.
- Nieto, A. F. (2015). Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas [BOE n.º 294, de 5-XII-2014]. *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 3(1), 204-206.
- Ortega Gutiérrez, D. (2003). *Derecho de reunión y manifestación*.
- Paz, M. L. (1994). *La Guardia Civil, una organización para el control social*. *Cuadernos de trabajo social*. 7, pp. 231-250.
- Paramilitar [definición, en línea]. En: Google. Madrid, Google. [Consulta 29 diciembre 2020]. Disponible en: <https://www.google.com/search?ie=utf-8&q=paramilitar>
- Peces-Barba Martínez, G. (1987). *Derechos fundamentales*.
- Rodríguez Febles, J. y García Álvarez, D. (2019). Derechos humanos, derechos constitucionales y derechos fundamentales [en línea]. Un análisis desde la doctrina científico-jurídica. En: *Gestión integral de prácticas innovadoras*. Baja California (México), ILCSA, pp. 1591-1603. DOI 10.5281/zenodo.4469302

- Rodríguez-Villasante, J. L. (2018). La reforma de la organización de la Justicia Militar española en la transición y consolidación democrática. *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*. 14, pp. 83-106.
- Salas López, F. de y Sanquirico, F. L. (1986). Las Reales Ordenanzas en el momento actual de la sociedad española. *Reis*. 36, pp. 119-139.
- Sánchez Ferriz, R. (1989). Las libertades públicas como grupo de derechos con características propias susceptible de ser confundido con los restantes derechos constitucionales. *Revista de Derecho Político*. N.º 30, p. 67.
- Segado, F. F. (1982). La jurisdicción militar en la Constitución y en el Código de Justicia Militar. *Boletín de Información*. 158, p. 1.
- Torres, J. B. (2018). Derechos humanos y derechos fundamentales. Algunos comentarios doctrinales. *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*. 2, pp. 186-213.

RECENSIONES DE LIBROS

MILICIA Y DERECHO

Autores: García-Mercadal y García-Loygorri, F. y
Ruiz Diez del Corral, J. (2021).

Origen y evolución histórica del Cuerpo Jurídico Militar.

Gil Honduvila, J. (col.).

Editor: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Real Academia de
Jurisprudencia y Legislación.

Por: Luis Rueda García

Teniente Fiscal de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas

Antes de entrar a examinar en detalle el contenido del libro, es importante destacar que los autores han alcanzado cumplidamente la finalidad que guio su redacción, la cual, según ellos mismos exponen en la parte final del primer capítulo de la obra, consiste en evitar que se pierda el legado histórico procedente de los tres Cuerpos Jurídicos que coexistieron hasta 1988, mediante la exposición de sus orígenes y evolución, junto con un resumen biográfico de un buen número de sus miembros.

La obra se compone de dos partes, precedidas por el prólogo. En la primera, dividida en seis capítulos, queda expuesta la evolución del Cuerpo Jurídico desde sus primeros antecedentes hasta su actual configuración. La segunda tiene, como principal contenido, el Diccionario Biográfico del Cuerpo Jurídico Militar, y junto con él, un apartado de agradecimientos y otro dedicado a la bibliografía.

A los primeros precedentes, recogiendo el origen de la utilización del término «auditor» en la justicia militar, y a la trascendencia de las

Ordenanzas de Carlos III, se encuentra dedicada la primera parte del capítulo inicial.

El capítulo segundo recoge la evolución del Cuerpo Jurídico Militar, debiendo entenderse por tal el que en su momento ejerció sus funciones en relación con el Ejército de Tierra, y no el actualmente existente, desde la Real Orden de 6 de junio de 1846 hasta la Orden de 14 de enero de 1975, que aprobó el Reglamento de ingreso en la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército. Los autores recogen la primera utilización de la expresión «Cuerpo Jurídico Militar» en la Real Orden de 10 de diciembre de 1864.

La evolución experimentada por el Cuerpo Jurídico Militar queda expuesta a través de diferentes epígrafes, que principian con el que se califica como el largo proceso de su gestación, continúan con la etapa de la Restauración, los cambios acaecidos durante la Segunda República, y la situación del Cuerpo durante la Guerra Civil, tanto en la zona sublevada como en la zona gubernamental, para finalizar con la exposición de lo ocurrido hasta el final del franquismo.

Entre las cuestiones que, tanto en este capítulo como en el siguiente, pudieran suscitar debate se encuentran las relativas a la Guerra Civil y a sus consecuencias.

El capítulo tercero se encuentra dedicado al Cuerpo Jurídico de la Armada desde las Ordenanzas de S. M. para el gobierno militar, político y económico de su Armada Naval, de mayo de 1748, hasta la Ley 6/1988, que unificó los Cuerpos Jurídicos.

Destacan los autores el nacimiento del Cuerpo Jurídico de la Armada por Real Decreto de 8 de abril de 1857, los posteriores reglamentos de 1882 y 1886, la situación al inicio del siglo XX, lo que supusieron los sucesivos cambios en la forma de gobierno y de estado, con especial atención al Real Decreto de 11 de marzo de 1929, el brutal golpe de la Guerra Civil, y la situación posterior hasta la unificación. Cierra el capítulo expresando la opinión de los autores sobre el impacto que en parte de los integrantes del Cuerpo Jurídico de la Armada tuvo esa circunstancia.

El capítulo cuarto, dedicado al Cuerpo Jurídico del Aire, se inicia con la mención de la Ley de 7 de octubre de 1939, norma fundacional del Ejército del Aire, y concluye, en cuanto a la legislación, con el Reglamento Orgánico del Cuerpo, de 29 de enero de 1944.

Recuerda el capítulo la creación del Cuerpo Jurídico del Aire, que se produjo por Decreto de 15 de marzo de 1940. La parte final del capítulo expresa la opinión de los autores sobre los motivos del especial protagonismo que, según su criterio, tuvieron algunos integrantes de este Cuerpo en la vida política de las últimas décadas del siglo XX.

A riesgo de ser tildado de corporativista, e incluso asumiendo que el Cuerpo Jurídico del Aire fue, de los tres existentes hasta 1988, el de menor tamaño, y el de existencia independiente más corta, su trayectoria probablemente hubiera merecido que la obra le hubiera dedicado algo más de espacio. También cabe señalar que las consideraciones finales del capítulo podrían ser interpretadas, desde ciertas perspectivas, en un sentido negativo.

El capítulo cinco repasa el proceso de unificación que condujo desde los tres cuerpos inicialmente existentes hasta el actual Cuerpo Jurídico Militar, que fue iniciado por la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, y que fue culminado por la Ley 6/1988, de 5 de abril, por la que se crea el Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa.

El libro retoma aquí, toda vez que ya se había referido al mismo en el capítulo tercero, el debate que en aquel momento se produjo sobre la legalidad y conveniencia de dicha unificación, y reproduce argumentos, favorables y contrarios, a la creación de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, si bien que, como también ocurría allí, desde una perspectiva claramente alineada con la opuesta a la unión. En todo caso, el transcurso del tiempo ha atenuado la vigencia de esta polémica.

En este punto, la obra recuerda que en 1988 se produjo el ingreso de las dos primeras damas cadetes en el Cuerpo Jurídico Militar, una de las cuales ya ha alcanzado el empleo de general auditor.

La parte final del capítulo se encuentra dedicada a las normas que constituyen la actual regulación.

En el sexto y último capítulo de la primera parte de la obra, bajo la rúbrica «Recapitulación final», los autores, tras denunciar la falta de estudios sociológicos y antropológicos dedicados a los integrantes de los Cuerpos Jurídicos, solo parcialmente revertida en los últimos años, adelantan un conjunto de «intuiciones», procedentes del análisis de las biografías que forman el macizo de la segunda parte del libro.

Tales intuiciones revisten gran interés. De entre ellas, procede destacar las relativas a la actividad política desarrollada por los integrantes de los Cuerpos Jurídicos, y las que dan cuenta de su implicación en la vida cultural, docente y científica de nuestra Patria. Cabe notar que, posiblemente por la propia finalidad y alcance de la obra, salvo por la mención del capítulo quinto, el libro no aborda la integración de la mujer en las Fuerzas Armadas y, por tanto, en el Cuerpo Jurídico Militar, a pesar de constituir uno de los hitos más trascendentales de su evolución contemporánea.

La segunda parte de la obra contiene el Diccionario Biográfico del Cuerpo Jurídico Militar, que recoge una relación alfabética de quinientos treinta de sus integrantes. El criterio seguido por los autores para la confección del Diccionario ha sido no incluir en él los auditores de guerra y marina anteriores a la creación de los cuerpos respectivos, ni a los miembros del Cuerpo Jurídico que en la actualidad siguen en activo o en la reserva con destino.

El Diccionario, con sus breves reseñas vitales de quienes prestaron servicio en los tres Cuerpos Jurídicos, permite hacerse una imagen muy vívida de su desempeño profesional, dentro y fuera de los Ejércitos y de la Armada.

Viene así el Diccionario, y es un importante mérito de los autores, a servir de complemento y soporte a la primera parte de la obra, porque su lectura hace visibles, detrás de las normas legales que regularon los tres Cuerpos Jurídicos, y a través de los avatares, en ocasiones desgarradoramente trágicos e injustos, de la historia de España, a quienes, en su gran mayoría, dondequiera que les llevara la vida, siempre se identificaron con el distintivo del haz de lictores que llevaron en sus uniformes.

Además, entre los méritos de los autores cuenta, y no es menor, el de no haber rehuído expresar ponderadas opiniones sobre cuestiones que pueden resultar controvertidas y que, por ello mismo, alientan la posibilidad de servir como punto de partida de futuros debates.

En conjunto, la obra constituye un estudio de sumo interés acerca de los tres Cuerpos Jurídicos que precedieron al actualmente existente. Su lectura, de un lado, permite conocer los cimientos sobre los que se edificó la estructura a través de la que hoy se ejercen el asesoramiento y la jurisdicción militares; y, de otro, muestra la influencia que los integrantes del colectivo, muchas veces denominado sin más como «los jurídicos», han tenido en la sociedad, en la cultura y en la política de sus tiempos.

CUADERNO DE PRÁCTICAS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Autor: Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L.
Editorial: Dykinson.
Madrid. 246 págs. ISBN 978-84-1377-500-5

*Por: Abraham Martínez Alcañiz
Comandante auditor*

Cuando hablamos de derecho internacional humanitario en el contexto de la cultura española y, por extensión, en la latinoamericana, el nombre de D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto destaca con pleno derecho como punto de partida para la mejor comprensión del conjunto de normas que vertebran esta rama del *ius gentium* y como ejemplo para todo aquel que pretenda adentrarse en el enriquecedor mundo del derecho internacional humanitario. La figura de este profesional del derecho —quien ha dedicado parte de su vida al estudio del derecho internacional humanitario, a su fomento, enseñanza y perfeccionamiento, todo lo anterior complementándolo con su profesión de jurídico militar, en donde ha obtenido el empleo de General Consejero Togado, culmen de toda una carrera militar en el Cuerpo Jurídico Militar— arroja una sombra inigualable de honestidad, trabajo y sabiduría, que difícilmente puede ser reemplazada. Por ello, todo estudio concerniente al derecho internacional humanitario proveniente del profesor Rodríguez-Villasante merece *per se* su lectura y análisis, pues no cabe duda de que el mismo se erige como una referencia básica en dicho área del derecho internacional.

No podemos entender el libro objeto de recensión sin la esencial obra que ha coordinado el profesor Rodríguez-Villasante, junto con Joaquín López Sánchez, titulada *Derecho internacional humanitario*, editada por Tirant lo Blanch y que va ya por su 3.^a edición, publicada en el año 2017, demostrando ello la relevancia alcanzada. Se me antoja decir que este *Cuaderno de prácticas de Derecho internacional humanitario* es el complemento perfecto del libro antedicho, el cual se caracteriza por su magnífico contenido docente y dogmático, pero que, en cualquier caso, carece de un contenido práctico para el lector o estudiante, debido principalmente a su extensión, lo que impide abordar el análisis de supuestos y casos prácticos sobre esta materia. Esta carencia ha sido apreciada por el profesor Rodríguez-Villasante, quien para colmar esta pequeña laguna ha dedicado su tiempo a recolectar una serie de casos prácticos, la mayoría de ellos reales, de suerte que aquel que pretenda adentrarse en el campo del derecho internacional humanitario pueda poner en práctica los conocimientos previamente adquiridos mediante la resolución de los supuestos prácticos contenidos en el libro objeto de recensión.

El contenido central del *Cuaderno de prácticas de Derecho internacional humanitario* no es otro que una serie de supuestos prácticos relativos a esta área del derecho internacional. Pero más allá de ser un libro de casos prácticos, este cuaderno contiene otra serie de cuestiones que al lector y estudiante le resultarán de mucho valor. Así las cosas, el profesor Rodríguez-Villasante comienza su cuaderno con un aspecto esencial, las abreviaturas que son utilizadas en la obra y que el lector o estudiante puede consultar perfectamente para una mejor comprensión de la obra. A continuación, se dedica desde la página 19 a la 55 de la obra a un «seminario de fuentes de derecho internacional humanitario». Este seminario resulta determinante, toda vez que analiza aspectos tan básicos y necesarios como los conceptos básicos del derecho internacional humanitario, la evolución de las normas que comprende esta rama del derecho, sus fuentes, un resumen de las normas convencionales y una relación de los manuales doctrinales que han abordado el estudio de las mismas. La lectura de este seminario facilita el entendimiento del derecho internacional humanitario, de suerte que nos sirve posteriormente para aproximarnos a los elementos capitales de esta materia que más adelante son tratados en forma de supuestos prácticos. Lejos de finalizar su obra el profesor Rodríguez-Villasante con la exposición de los supuestos prácticos, el libro contiene en su tramo final la lista de las normas de derecho internacional humanitario consuetudinarias, cuyo valor actualmente queda fuera de toda duda, pues al margen de ser utilizadas por tribunales internacionales su mayor característica es que las mismas

vienen a completar todas las lagunas que pudieran concurrir en los conflictos armados de carácter no internacional, los cuales somos sabedores de su escasa regulación normativa convencional, de ahí que estas normas consuetudinarias proporcionen una mayor seguridad jurídica a este tipo de contienda armada. Además, el profesor Rodríguez-Villasante concluye la obra con una bibliografía básica de derecho internacional humanitario, a fin de que el lector o estudiante pueda completar sus conocimientos si así lo desea mediante la enumeración de las obras básicas y esenciales que versan sobre esta materia, y con un glosario, definiéndose así una serie de conceptos y términos estrechamente relacionados con el derecho internacional humanitario.

Llegados a este punto, y como se dijo anteriormente, el contenido central del *Cuaderno de prácticas de Derecho internacional humanitario* no es otro que el conjunto de supuestos prácticos que se ofrecen al estudiante o lector para poner en práctica sus conocimientos sobre esta materia. Lo sustancial de estos supuestos prácticos es el gran abanico de situaciones que se abordan, pues se tratan casos relativos a la parte general del derecho internacional humanitario (ámbito de aplicación, actuación del Comité Internacional de la Cruz Roja en un conflicto armado, comienzo de una contienda armada, etc.), la conducción de las hostilidades (objetivos militares, comportamiento en combate, acciones hostiles, precauciones en el ataque, ataque a ciudades, armas letales autónomas, etc.), el derecho de la guerra marítima (Malvinas, caso Pelleus, navegación por estrechos y neutralidad, objetivos en la guerra naval, etc.), la asistencia sanitaria (evacuación sanitaria, requisas, buque hospital, destrucciones de hospitales, etc.), prisioneros y detenidos (trato debido, personas detenidas, etc.), población civil (rehenes, localidad no defendida, periodistas, ataques contra personas civiles, etc.) y crímenes de guerra (responsabilidad de los mandos militares, responsabilidad en ataques contra civiles, juicios por crímenes de guerra, etc.). El planteamiento de los supuestos prácticos obliga al estudiante o lector a pensar más allá de la literalidad de la norma aplicable, debiendo reflexionar sobre su verdadero contenido, lo que demuestra el rigor de este cuaderno práctico.

En definitiva, el profesor Rodríguez-Villasante ha logrado plasmar en el libro un compendio de supuestos prácticos de derecho internacional humanitario que harán al lector o estudiante reflexionar debidamente sobre cómo aplicar las normas humanitarias tanto convencionales como consuetudinarias, siendo por ello una referencia obligada en toda biblioteca que se precie y tenga en consideración el estudio del derecho internacional humanitario.

DOCUMENTACIÓN

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado Mayor del Consejo de Estado

Sumario

1. Comentario general de doctrina legal: I. La liquidación de los contratos;
2. Doctrina legal: Revisión de oficio de los actos administrativos. Distinción entre presupuestos y requisitos de los actos. Límites a la revisión: cosa juzgada y equidad.

1. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

El Consejo de Estado ha fijado a lo largo de los años una consolidada doctrina sobre el alcance y contenido de la liquidación contractual. Ha dicho que la liquidación está integrada por las operaciones destinadas a determinar el montante económico de las prestaciones de las partes en el seno de un contrato, conforme con los criterios o precios fijados en él. Es un simple acto de reconocimiento de deuda, cuya causa está en el contrato en el que se convino el precio liquidado; un acto de verificación (*accertamento*, dice la doctrina) o de fijación cuantitativa de las prestaciones económicas mediante las operaciones contables legalmente previstas; y en fin, un acto unilateral de la Administración, impugnabile o recurrible. La voluntad del contratista no concurre por tanto a crear el acto administrativo de liquidación porque su función es meramente recepticia. Con la liquidación, el contrato queda agotado, consumado, en lo tocante a sus prestaciones económicas, de tal suerte que, salvo contadísimas excepciones, una vez

practicadas, las partes no pueden ya reclamarse cantidad alguna que traiga causa de la relación contractual.

El objeto propio y estricto de la liquidación es el precio del contrato; en el caso de las concesiones sujetas a canon, su montante. No obstante, en la liquidación se pueden recoger otros conceptos que no son precio y cuyo importe debe ser restado o sumado al saldo del precio; entre esos conceptos se cuentan los intereses de demora y las compensaciones por eventuales amortizaciones de instalaciones u obras pendientes de llevar a cabo en el supuesto de extinciones sobrevenidas de los otorgamientos. No tienen cabida sin embargo en la liquidación —pues debe hacerse en expediente separado— el abono de las indemnizaciones que pudieren corresponder al concesionario por reparación o resarcimiento de daños y perjuicios sufridos.

En el iter contractual, la liquidación es una fase dotada de sustantividad propia, habida cuenta su objeto; fase distinta de la extinción de la relación y aún de la propia recepción de los trabajos; fase, en fin, que constituye una hijuela procedimental completa, distinta del procedimiento principal del contrato, en el que no obstante queda genéricamente comprendida.

En los expedientes de liquidación el Consejo de Estado emite dictamen con carácter facultativo. No quedan comprendidos en el ámbito del artículo 22.12 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, que previene que

«la Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos: [...] 12. Nulidad, interpretación, modificación y extinción de las concesiones administrativas, cualquiera que sea su objeto, cuando se formule oposición por parte del concesionario y, en todo caso, cuando así lo dispongan las normas aplicables».

Y ello porque el procedimiento liquidatorio tiene sustantividad propia respecto del de extinción de las concesiones administrativas; es diferente de este y no cabe subsumirlo en él. En el procedimiento de extinción, se declara la terminación de la relación contractual por la causa que concurra —el cumplimiento, la resolución, etc.—. En el de liquidación, se cuantifican las prestaciones económicas del contrato.

El artículo 22.12 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, prevé la preceptiva intervención del Consejo de Estado en los casos de extinción

del contrato, pero no de liquidación. En consecuencia, cuando lo hace tiene carácter facultativo y no preceptivo.

La intervención en el procedimiento del titular de un derecho de crédito constituido a su favor por la concesionaria ha de reputarse legítima. En efecto, aun cuando no es parte en los contratos concesionales, tiene la condición de interesada conforme con el artículo 4.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Es titular de intereses legítimos o efectos reflejos que pueden resultar afectados por la resolución que se adopte en este procedimiento de liquidación.

El procedimiento de liquidación no está sujeto a la inexorable declaración de caducidad que previene el artículo 25 de la citada Ley 39/2015, no obstante superarse el plazo máximo de tramitación establecido —tres meses en aplicación del artículo 21.3 del mismo cuerpo legal—. Y ello por cuanto no se trata de un procedimiento en el que se ejerzan por la Administración, ni potestades sancionadoras, ni de intervención. Tiene el concreto objeto de cuantificar y determinar el montante del precio a abonar por el concesionario.

La causa de un incumplimiento de una obligación esencial por el contratista prevalece sobre la causa de la apertura de la fase de liquidación de un concurso. Ha de estarse a la fecha en que se declara dicho incumplimiento. Y ello aun cuando la existencia del incumplimiento se declare que con posterioridad a la apertura de la mencionada fase. La apertura de la fase de liquidación del concurso no priva a la Administración de las prerrogativas que le son propias en el ámbito de la contratación administrativa, limitándose a trasladar en sede concursal los efectos y consecuencias de la extinción contractual. Aún en aquellos casos en que la causa de resolución es la apertura de la citada fase, la Administración ha de dictar un acto declarativo en tal sentido en sede administrativa (dictamen 238/2018).

La denominada responsabilidad patrimonial de la Administración hace referencia al montante que debe abonar esta al concesionario por las obras no amortizadas en el caso de extinción anticipada del otorgamiento. Pese a su denominación —que induce a confusión—, no comporta el pago de indemnización alguna por la Administración a favor del concesionario encaminada a resarcir un daño o lesión sufrida por este. Es ajena a la responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Se trata del abono de una compensación por las obras ejecutadas a costa del concesionario y que están pendientes de amortización al momento de terminarse anticipadamente el contrato de concesión. Al no ser técnicamente una indemnización sino

una compensación, el montante de dicha responsabilidad se puede cuantificar y abonar en el seno del expediente liquidatorio contractual pues entra dentro de su objeto propio en los términos expuestos al comienzo de estas consideraciones.

El *dies a quo* del plazo de amortización es el momento de la puesta en servicio de las instalaciones. El *dies ad quem* es de resolución del contrato. No lo es ni el día de la apertura de la fase de liquidación del concurso, ni el del cese de la utilización de las instalaciones por parte del concesionario. La amortización de las instalaciones construidas por el concesionario está vinculada a su utilización en el seno de contrato; sin este, no procede pues constituye su causa justificativa.

No procede la amortización en el caso de que el concesionario siga prestando el servicio transitoriamente en aras de asegurarlo en virtud de una orden de la Administración, ajena al contrato. En este caso, el uso y disfrute de las instalaciones por la concesionaria no lo es a título de tal. Deriva del efecto reflejo de unos contratos ya extintos. Efecto reflejo que de ordinario se concreta en una obligación dimanante de la ley (v. gr., el artículo 225.6, párrafo segundo del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre). Sigue explotando las instalaciones por razones de interés público, a fin de asegurar la continuidad del servicio. Lo hace, no en virtud de un título bilateral o contractual —concesión—, sino unilateral que lo sitúa en una posición que participa en cierta medida de la condición de precarista administrativo hasta que se adjudiquen los nuevos contratos de concesión y se hagan cargo del servicio los nuevos titulares. En consecuencia, al no existir título convencional que ampare su uso y disfrute, no cabe que las instalaciones sean amortizadas.

El método de cálculo de la responsabilidad patrimonial difiere según los otorgamientos y las normas aplicables. Es regla general que, en los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones, que ejecutadas por este, hayan de pasar a propiedad de aquella, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión. El precio de las obras e instalaciones se calculará de acuerdo con las previsiones del pliego. A falta de este, de ordinario, es el costo de las obras contenido en la proposición presentada por el concesionario, incrementada, en su caso, por los aumentos producidos por modificaciones hechas en el proyecto inicial, debidamente aprobadas. Del coste se deduce el importe amortizado.

La amortización se calcula según el método fijado en el pliego. En su defecto, en la norma aplicable. La anterior legislación (leyes de 2000 y

posteriores), no consignaban ninguno. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, contempla el lineal de amortización. A falta de previsión convencional o legal, el método lineal de amortización resulta adecuado pues es el único objetivo aplicable en la práctica. Los demás métodos de amortización (por ejemplo, el creciente en progresión geométrica) obligan a realizar unas previsiones hipotéticas de valoración de las instalaciones al final de la vida útil. El método lineal era el aplicado en la normativa contable de autopistas en los años noventa (Orden de 10 de diciembre de 1998 por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las sociedades concesionarias de autopistas, túneles, puentes y otras vías de peaje) y es por último coherente con la actual regulación (Orden EHA/3362/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas concesionarias de infraestructuras públicas).

El plazo para liquidar el contrato depende del pliego y de su naturaleza. A falta de previsión en aquel, en el caso del de obras, era de dos meses; en el de concesiones de obra pública, de seis meses (Ley 13/2003, de 23 de mayo, artículo 266.1); en el de concesiones de servicio público y demás contratos, de tres meses por aplicación del artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

El plazo para practicar la liquidación se inicia el día siguiente a aquel en que se acuerda la resolución del contrato o deviene firme en el caso de recurso. Transcurrido sin que la Administración lo haya hecho, incurre en mora y está obligada a abonar intereses. Estos intereses por retraso en la determinación de la responsabilidad patrimonial no tienen carácter moratorio sino resarcitorio. Tienen la función de restablecer el desequilibrio producido en el patrimonio del deudor como consecuencia de la indisponibilidad de una suma de dinero el tiempo en que la misma se encuentra indebidamente en poder del acreedor y que son calificables de legales u *ope legis*. Son distintos de los intereses moratorios que surgen en su caso por retraso en su pago. Y, al tener carácter resarcitorio, se devengan con independencia de que el montante de la liquidación esté determinado.

El interés aplicable es el legal del dinero (artículos 17 y 24 de la Ley General Presupuestaria) y no el de intereses de demora en el pago del precio de los contratos administrativos (el interés legal incrementado en 1,5 puntos) regulado en la Ley de Contratos del Sector Público. Y ello por cuanto la denominada responsabilidad patrimonial de la Administración no es precio del contrato sino una compensación por las obras e instalaciones pendientes de amortización.

2. DOCTRINA LEGAL: REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. DISTINCIÓN ENTRE PRESUPUESTOS Y REQUISITOS DE LOS ACTOS. LIMITES DE LA REVISIÓN: COSA JUZGADA Y EQUIDAD

La consulta tiene por objeto determinar si procede la declaración de nulidad del acto presunto, producido *ex lege* por silencio positivo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 24.1 *in fine* de la Ley 39/2015, por virtud del cual la entidad Autopista adquirió el derecho a ser incluida en la relación de entidades concesionarias a que se refiere la disposición adicional octava de la Ley 43/2010, con efectos de 1 de enero de 2011, y, en consecuencia, a crear una cuenta de compensación en la que se consignaría anualmente la diferencia entre los ingresos de peaje que se hubieran producido de alcanzarse el 80% del tráfico previsto en el plan económico-financiero presentado en la oferta de licitación por dicha sociedad y los ingresos reales de peaje, con el fin de poder solicitar un préstamo participativo al entonces Ministerio de Fomento.

Como se ha expuesto (.../...) el 7 de octubre de 2013 Autopista interpuso recurso de alzada contra la desestimación presunta de la solicitud formulada el 18 de enero de 2013 pidiendo la inclusión en la citada relación, produciéndose los efectos del silencio positivo previsto legalmente en el artículo 24.1 antes citado al no haberse dictado resolución expresa por la Administración el 7 de enero de 2014.

Los actos presuntos producidos en aplicación de las reglas legales que instituyen el silencio positivo tienen la consideración de actos administrativos materiales y producen los efectos propios de estos —frente a los dimanantes del silencio negativo que simplemente son meras ficciones legales a efectos de impugnación—. Habida cuenta esa naturaleza y los efectos que producen son susceptibles de revisión de oficio.

El presente procedimiento se rige por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en lo tocante a las causas de nulidad a las que ha de estarse para apreciar si concurren (artículo 47.1), habida cuenta la fecha en que se generó el acto presunto que se pretende revisar —que lo fue el 7 de enero de 2014—. Y por las reglas instituidas en el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en lo tocante al procedimiento aplicable por razón de la fecha en que se ha iniciado —el 21 de junio de 2021—.

La potestad de revisión de oficio es un remedio excepcional que habilita a la Administración, por sí misma y sin necesidad de acudir ante los tribunales de justicia, para extirpar del mundo jurídico sus actos nulos de pleno derecho, previo dictamen favorable del Consejo de Estado (Ley

39/2015, artículo 106). Como remedio excepcional, la interpretación de las causas habilitantes para su ejercicio y las condiciones de este ha de ser restrictiva.

La potestad de revisión de oficio está sujeta a límites. Entre estos, además de los previstos en el artículo 110 de la Ley 39/2015 —prescripción de acciones, tiempo transcurrido y otros— se cuenta la cosa juzgada material. En consecuencia, si el acto que se pretende revisar está amparado por la cosa juzgada material no le es dable a la Administración declarar su nulidad.

En el caso presente, se pretende declarar la nulidad de pleno derecho del acto presunto por el que Autopista adquirió el derecho a ser incluida en la relación de entidades a que se refiere la disposición adicional octava de la Ley 43/2010 que podían abrir una cuenta de compensación como instrumento de reequilibrio de sus concesiones.

La interesada se ha opuesto a dicha declaración. Alega, en primer término, la excepción de cosa juzgada. Afirma reiteradamente que se le ha reconocido el citado derecho en la sentencia n.º 993/2020 del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2020 recaída en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 14 de junio de 2016 de la Audiencia Nacional.

La cosa juzgada material es la inatacabilidad indirecta o mediata de las situaciones reconocidas procesalmente con carácter definitivo. Se concreta en el cierre de toda posibilidad de que se emita, por la vía de la apertura de un nuevo procedimiento jurisdiccional o administrativo, ninguna decisión que se oponga o contradiga a la instituida con carácter definitivo en una sentencia firme. Su ámbito viene determinado por el objeto del proceso en el que se ha dictado dicha sentencia y la índole de la pretensión formulada (*causa de pedir*).

Así las cosas, para verificar si concurre la excepción formulada por la interesada, es preciso determinar el objeto de recurso contencioso-administrativo en el que se dictaron primero la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de junio de 2016 y luego la del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2020.

Un examen de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional pone de manifiesto que el recurso interpuesto por la concesionaria tenía por objeto la resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda de 19 de febrero de 2014 por la que se desestimó el recurso de alzada previamente deducido contra la desestimación presunta de la solicitud formulada el 18 de enero de 2013 —que pretendía privar de eficacia al acto también presunto producido por aplicación de las reglas del silencio positivo y que admitía la petición de la solicitante—. La acción ejercitada

en el procedimiento fue la anulatoria y la concreta pretensión formulada, la de que se invalidara esa resolución de 19 de febrero de 2014. Ni se ejercitó una acción declarativa del derecho de la recurrente a ser incluida en la relación de las entidades beneficiadas por la previsión de la Ley 43/2010, ni se formuló una concreta pretensión en tal sentido. La Sala desestimó la pretensión anulatoria antes indicada, si bien fue más allá de lo pedido pues reconoció el derecho de Autopista a que se procediera a la apertura del procedimiento encaminado a fijar el saldo de la cuenta de compensación correspondiente al ejercicio de 2013.

Posteriormente, el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de julio de 2020 acotó a sus estrictos términos el objeto del procedimiento judicial seguido; en concreto, lo ciñó a la validez resolución de 19 de febrero de 2014, cuya anulación se pretendía. El Alto Tribunal dijo, en el antecedente primero de su sentencia, que no era objeto de la litis pronunciarse sobre el reconocimiento a favor de la concesionaria del derecho de compensación correspondiente al ejercicio de 2013. Indicaba que tal pretensión había sido examinada en otro procedimiento ordinario, el XXX/2013 de la Audiencia Nacional, quien dictó sentencia de 8 de junio de 2015 y la estimó parcialmente. Añadía que esta sentencia de la Audiencia Nacional había sido luego casada por el propio Tribunal Supremo, en su sentencia XXX/18, de 5 de febrero, en un recurso distinto.

Acotado el objeto del recurso contencioso-a administrativo a la resolución del Secretario de Estado de 19 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo declaró que no era válida. Estimó que, al haberse dictado tardíamente, no podía contradecir el sentido del silencio positivo producido. Manifestó que el acto presunto producido *ex lege* desplegaba sus plenos efectos

«y ello, con independencia y al margen, que lo así obtenido pueda no ser conforme con la previsión normativa de la expresada Disposición Final Vigésimo Primera de la Ley 17/12, que solo puede obviarse por la vía de la revisión de oficio (art. 102) o, en su caso, mediante la impugnación en sede jurisdiccional previa declaración de lesividad de esa resolución».

En los términos expuestos, se puede concluir que la sentencia del Tribunal Supremo se pronunció —estimándola— sobre la pretensión anulatoria formulada contra la resolución de 19 de febrero de 2014 del Secretario de Estado de Infraestructuras y hecha valer por la concesionaria en relación con el acto presunto positivo generado por la falta de resolución del recurso de alzada. Y lo hizo declarando su invalidez.

Ahora bien, el Tribunal Supremo no examinó la validez del acto presunto en atención a sus requisitos y condiciones materiales. Se limitó a decir que su eficacia no podía enervarse con una resolución tardía del recurso de

alzada. No declaró, con efectos de cosa juzgada, el derecho de la recurrente a ser incluida entre las entidades preceptoras de la cuenta de compensación por cuanto ello excedía del objeto de recurso. La manifestación contenida en el último párrafo del fundamento de derecho segundo («procede acoger la pretensión actora [...] de ser incluida entre las preceptoras de la cuenta de compensación») ha de entenderse como un efecto de la invalidez de la resolución de 19 de febrero de 2014 y no como el reconocimiento de su derecho sustantivo pues tal cuestión no se examinó en el pleito.

En consecuencia, el Consejo de Estado considera que, en el caso sometido a consulta, no concurre la excepción de cosa juzgada en relación con la cuestión relativa al derecho sustantivo de la concesionaria a ser incluida en la relación de entidades que podían instrumentar la cuenta de compensación con efectos de 1 de enero de 2011. Por consiguiente, el acto presunto cuya declaración de nulidad se pretende puede serlo en el procedimiento de revisión de oficio en tramitación.

La propuesta de resolución considera que el citado acto presunto, generado por aplicación de las reglas del silencio positivo, es nulo de pleno derecho por concurrir la causa prevista en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Se da está en los casos de «actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición». Y, haciéndose eco de lo dicho por la Abogacía del Estado en su informe, señala que «concorre dicha causa pues, en virtud de un acto administrativo presunto, Autopista ha adquirido un derecho a participar de una cuenta de compensación, careciendo de los requisitos esenciales para ello: era requisito esencial ser una de las sociedades concesionarias mencionadas en la ley y, en 2011, no cumplía ese requisito».

El Consejo de Estado considera correcta la propuesta de resolución formulada en el sentido de que concurre en el acto presunto cuya declaración de nulidad se pretende la causa de nulidad antes señalada, prevista en la letra f) del apartado 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992. En efecto, a los efectos del citado artículo, deben reputarse requisitos esenciales no todos los precisos para la validez de un acto administrativo sino solo los que, bien se erigen como su presupuesto, bien son los más básicos para su propia existencia. Los presupuestos son circunstancias que deben concurrir con carácter previo a la propia adopción del acto y aún en el momento de adoptarse. Los requisitos esenciales en sentido estricto pueden faltar antes de dictarse el acto, pero deben darse al momento de su nacimiento. Ni su concurrencia ni su ausencia sobrevenida en un momento posterior tiene relevancia a los efectos de calificar su nulidad. Si no se dan al dictarse, el

acto está viciado esencialmente aun cuando después concurren en el sujeto destinatario del mismo.

(.../...)

Ha aducido por otra parte la concesionaria la improcedencia de ejercer la potestad de revisión de oficio. Alega, invocando el artículo 110 de la Ley 39/2015, el tiempo transcurrido desde que se generó el acto presunto dimanante de la falta de resolución del recurso de alzada interpuesto y razones de equidad.

El Consejo de Estado considera que no son aplicables en el caso presente los límites a que se refiere el mentado artículo 110. En efecto, aun cuando el acto presunto se generó *ex lege* el 7 de enero de 2014, lo cierto es que desde entonces no ha habido inactividad en relación con él durante el tiempo transcurrido desde entonces. Primero, la Administración dictó una resolución tardía a fin de privarlo de efectos y luego se han dirimido ante los tribunales los procedimientos encaminados a solventar la cuestión, sin que haya habido periodos de inactividad, quietud o consolidación de los efectos de los actos afectados.

Tampoco resulta de aplicación la equidad. Esta es un instrumento de atemperación de los efectos de la aplicación del ordenamiento cuando se generan situaciones de sin razón. No es sin embargo un mecanismo que permita, bien violentar o vulnerar las normas que lo componen, bien amparar situaciones palmariamente antijurídicas.

(Dictamen n.º 877/2021)

**REVISTA ESPAÑOLA
DE DERECHO MILITAR
NORMAS EDITORIALES**

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR NORMAS EDITORIALES

La *Revista Española de Derecho Militar*, iniciada en el año 1956, publicada en un principio por la Sección de Derecho Militar del Instituto Francisco de Vitoria del el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y posteriormente 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 ésta 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.

La Revista tiene una periodicidad semestral y ha quedado indexada en LATINDEX.

Lo publicado en la *Revista Española de Derecho Militar* 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 de papel, la Revista es accesible a través del Portal del Ministerio de Defensa, página web www.publicaciones.defensa.gob.es

REQUISITOS DE LOS TRABAJOS

La *Revista Española de Derecho Militar* 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, exceptuando los Premios Querol y Lombardero, que serán publicados.

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, 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, acompañada de la correspondiente traducción o *Abstract* en inglés tanto del resumen como de las palabras claves y el título del trabajo.

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 hará siguiendo las vigentes *Normas de edición y publicación en el Ministerio de Defensa*. Es decir: las citas de libros y artículos usarán el modelo Harvard: apellido del autor y fecha entre paréntesis (Apellido, fecha). Aparecerán siempre en el cuerpo del texto y no en notas a pie de página. En cuanto a las referencias bibliográficas, formas de referencia más extensas ordenadas, generalmente de manera alfabética, al final del capítulo o documento. Están relacionadas directamente con las citas bibliográficas, pues en el texto solo aparece una breve referencia, en forma de cita bibliográfica, como se ha indicado y que de previamente, y que debe completarse con la forma extensa.

Las referencias estarán ordenadas por años, de más antiguo a más moderno, y a continuación alfabéticamente. Si un autor tiene varias entradas no es necesario repetir su nombre, basta con poner raya, para evitar reiteración. En cuanto a las fechas que siguen a la mención del autor, si algún año se repite, se distingue de cada entrada añadiendo una letra minúscula siguiendo el orden alfabético.

Por último, no debe mantenerse una separación de obras consultadas, es decir, deberá ofrecerse una lista única que englobe tanto las obras modernas, como aquellas que puedan ser más antiguas, junto a la legislación,

artículos y/o capítulos de monografías, etc. Solo se referenciarán por separado las fuentes de los archivos.

Explicación de las normas de redacción:

- a) Páginas escritas por una sola cara.
- b) Times New Roman 12.
- c) Interlineado: 1,5
- d) Márgenes:
 - Superior: 3 cm
 - Izquierdo: 3 cm
 - Derecho: 3 cm
 - Inferior: 3 cm
- e) Notas: siempre a pie de página. Times New Roman 10.
- f) Sistema de citación:
 - Se indicará entre paréntesis el apellido del autor/a en minúsculas, seguido del año y, en su caso, pági-na/s de la publicación.
Ej: (Rodríguez Villasante, 2010), (Rodríguez Villasante, 2010), (Rodríguez Villasante, 2010: 213-214).
 - En caso de que la cita esté integrada en el contenido del texto, solo se indicará entre paréntesis el año y página de publicación.
Ej: Según Rodríguez Villasante (2010); Tal como advierte Rodríguez Villasante (2010: 213); Para Rodríguez Villasante (2010: 213-214).
 - Si dos o más referencias tienen el mismo autor/a y año, se distinguirán entre sí con letras minúsculas a continuación del año y dentro del paréntesis. Esta distinción deberá mantenerse asimismo en el listado de referencias bibliográficas.
Ej: (Rodríguez Villasante, 2010a: 213), (Rodríguez Villasante, 2010b: 22).
 - Las referencias con dos autores se citan por sus primeros apellidos unidos por la conjunción «y».
Ej.: (Kay y Tisdall, 1994), (Kay y Tisdall, 1994: 36).
- g) Esquemas de referencias bibliográficas:
 - Monografías: Apellido(s), Inicial(es) del autor. (año). *Título del libro (en cursiva)*. Número de edición (si no es la 1.^a). Lugar de publicación, Editorial. Número de páginas.

Rodley, N.S. (2000). *The Treatment of Prisoners Under International Law*. Oxford (U.K.), Oxford University Press. P. 35.

- Artículos de publicaciones seriadas: Apellido(s), Inicial(es) del autor. (año). Título del artículo (en redonda). *Título de la revista (en cursiva)*. Lugar, Editor. Numeración del volumen de la revista (número de la parte entre paréntesis), rango de página(s) precedidas de la abreviatura pp. Identificador normalizado.
Peñarrubia Iza, J.M. (2006). Los derechos del militar en Francia tras el Estatuto general de 2005: algunas conclusiones para la reforma del derecho español. *Revista Española de Derecho Militar*. N.º 88, p. 19-56. ISSN 0034-9399.
- Legislación: País/Jurisdicción. (año). Título de la ley o título de la norma. *Título del documento fuente*. Numeración de la publicación, paginación.
- España. (2006). Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos de selección para el acceso al empleo de las personas con discapacidad. *Boletín Oficial del Estado*. 13 de junio, núm. 140, pp. 22530-22533.
- Documentos electrónicos: cuando las referencias procedan de un documento *electrónico* se deberá añadir detrás del título la expresión [en línea]. Al final de la referencia, cuándo se consultó el documento y dónde está disponible.

Papich, M.G. (2016). *Saunders Handbook of Veterinary Drugs* [en línea]. *Amsterdam, Elsevier*. [Consulta: 15 febrero 2017]. Disponible en: <http://www.sciencedirect.com/science/book/9780323244855#?>

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 de la Revista, experto en la especialidad de que se trate, y que tendrá la consideración de gestor. Éste 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. De igual modo a los a los gestores y evaluadores, caso de solicitarlo, se les expedirá por el Secretario de la Revista el correspondiente certificado.

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



SUBSECRETARÍA DE DEFENSA
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL
DE PUBLICACIONES
Y PATRIMONIO CULTURAL

