

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

92

JULIO
DICIEMBRE
2008

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

Ministerio de Defensa



**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

92 *JULIO
DICIEMBRE
2008*

MADRID

CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES
<http://www.060.es>

Edita:



NIPO: 076-09-048-1 (edición en papel)

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares

Fecha de cierre:

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

NIPO: 076-09-049-7 (edición en línea)



ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 92 JULIO-DICIEMBRE 2008

DOCTRINA

- Resumen de contenidos. Table of contents 9

ESTUDIOS

- Juan Pozo Vilches, «Los contratos in house providing y la nueva Ley de Contratos del Sector Público» 17
- Leticia Armendáriz, «La formulación del Derecho Internacional Humanitario aplicable en conflictos armados internos» 47
- José Luís Martín Delpón, «La condición de imputado en las Diligencias Previas de la Ley Procesal Militar» 79
- Ricardo Pardo Gato, «Corte Penal Internacional y/o justicia universal. ¿Las dos caras de la misma moneda?» 109

NOTAS. COMENTARIOS

- Miguel Pino Abad, «El Alto Tribunal de Justicia Militar (1936-1939)» 145
- María del Valle López Alfranca, «La intervención de las comunicaciones telefónicas» 169

TEXTOS

LEGISLACIÓN

- Por María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera 215

JURISPRUDENCIA

- «Constitucional». Por Luis Bernardo Álvarez Roldán 219
- «Contencioso-administrativa». Por Eva Bru Peral 241

DOCUMENTACIÓN

- Doctrina legal del Consejo de Estado. Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz 265

— Borrador de un anteproyecto de modificación del Código penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado	273
— Estados Parte en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario. Por el Centro de Estudios de DIH de la Cruz Roja	301

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIÓN DE LIBROS

— Javier Aparicio Gallego. «Violencia interna y protección de la persona». Costas Trascasas, Milena	317
— Luis Bernardo Álvarez Roldán. «La protección de los periodistas en caso de conflicto armado». Jar Couselo, Gonzalo ..	329

NOTICIA DE LIBROS

— Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández	339
--	-----

NOTICIA DE REVISTAS

— Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz	343
---	-----

INFORMACIÓN

— Entrega del Premio «José Francisco de Querol y Lombardero» 2008	347
— Información de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos	349

NECROLÓGICA

— Estanislao Cantero Núñez: «Virgilio Peña Peña: In memoriam»	355
---	-----

DOCTRINA

**RESÚMENES (ABSTRACTS) DEL NÚMERO 92
(JULIO-DICIEMBRE, 2008)**

JUAN POZO VILCHES, «Los contratos *in house providing* y la nueva Ley de Contratos del Sector Público»

Entre las cuestiones más interesantes y controvertidas que presenta la vigente Ley de Contratos del Sector Público se encuentran los contratos con medios propios, denominados a nivel comunitario contratos domésticos o *in house providing*, figura ésta poco perfilada por las Directivas comunitarias. El estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas permite deducir los requisitos que deben concurrir en estos encargos y ayudará a perfilar sus contornos.

JUAN POZO VILCHES: Contracts in house providing and the new Law on Public Sector Contracts

Among the most interesting and controversial issues introduced by the current Law on Public Sector contracts we can find the own means contract, known in the community level as domestic contracts or in house providing, little shaped figure by the EU directives. From the study of the Court of Justice jurisprudence is possible to infer the requirements that must be observed in these orders and will help to shape its outlines.

LETICIA ARMENDÁRIZ, «La formulación del derecho Internacional Humanitario aplicable en conflictos armados internos»

El presente trabajo analiza la evolución y el estado actual del Derecho Internacional humanitario aplicable en conflictos armados internos.

La primera sección estudia la adopción y el contenido de los instrumentos convencionales aplicables en conflictos armados internos. La segunda sección aborda el papel que el Derecho internacional consuetudinario (DIC) ha jugado en la afirmación de nuevas reglas humanitarias aplicables en conflictos internos y evalúa escuetamente su contenido actual.

LETICIA ARMENDARIZ: The formulation of Internacional Humanitarian Law applicable to non-international armed conflicts

This study analyzes the evolution and the current situation of International Humanitarian Law applicable to non-international armed conflicts. First part studies the adoption and the content of the conventional instruments applicable to non-international armed conflicts. Second part deals with the role that customary international law has played in the affirmation of new humanitarian rules applicable to non-international conflicts and briefly evaluates its current content.

JOSÉ LUIS MARTÍN DELPÓN, «La condición de imputado en las Diligencias Previas de la Ley Procesal Militar»

Uno de los procedimientos ordinarios de la Ley Procesal Militar, junto con los sumarios, es el de las Diligencias Previas. La naturaleza jurídica de las mismas está orientada, en esencia, a la determinación del procedimiento aplicable. Para ello, el órgano competente debe llevar a cabo y ejecutar diligencias procesales dirigidas a acreditar la naturaleza y circunstancias del hecho, así como las personas que en él han participado. Por ello, este procedimiento penal ha dado lugar a no pocos problemas en relación con las partes procesales en presencia y, en concreto, al estatuto del imputado, el nacimiento de tal condición y las garantías procesales inherentes al mismo, destacando entre ellas, sin duda, la asistencia letrada.

JOSÉ LUIS MARTÍN DELPÓN, «The status of the defendant as for the Previous Diligences of the Military Procedural Law»

One of the ordinary procedures of the Military Procedural Law, along with the summaries, is the one of the Previous Diligences. The legal nature of the same ones is oriented, in essence, to the determination of the applica-

ble procedure. For it, the competent organ must carry out and execute procedural diligences directed to credit to the nature and circumstances of the fact, as well as the people who have participated. For that reason, this penal procedure has given rise to not few problems in relation to the procedural parts in presence and, in particular, to the statute of the imputed one, the procedural birth of such condition and inherent guarantees to he himself, emphasizing among them, without a doubt, the learned attendance.

RICARDO PARDO GATO, «Corte Penal Internacional y/o justicia universal ¿Las dos caras de la misma moneda?»

Libertad y seguridad son, sin duda, dos de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el actual Estado de Derecho. Ante ellos, la Justicia, en su concepción lata, ha de mantenerse siempre expectante en su cometido de garante de que ambos conceptos, en cuanto que consustanciales a la condición humana, coexisten pacíficamente para hacer posible un estatus de libertad garantizada por un efectivo sistema de seguridad, frente a la amenaza que siempre supone el alcanzar una situación de tales garantías a costa, en detrimento o cercenamiento de derechos fundamentales básicos de la persona.

RICARDO PARDO GATO, «International Criminal Court and/or universal justice. Two sides of the same coin?»

Liberty and security are certainly two of the pillars on which rests the current rule of law. Above them, Justice, in its broad conception, has always to keep waiting in its role of guarantying that both concepts, as for inhe-rents to human condition, can coexist peacefully in order to make possible a status of freedom guaranteed by an effective system security, against the threat that always involves the reaching of such a guarenteed situation to the detriment of fundamental human rights.

MIGUEL PINO ABAD, «El Alto Tribunal de Justicia Militar (1936-1939)»

Hasta el mes siguiente a la proclamación de la II República española, al frente de la jurisdicción militar en el Ejército y la Armada se encontraba el Consejo Supremo de Guerra y Marina. El punto de inflexión se produjo

con la promulgación de un decreto-ley de 11 de mayo de 1931 por el que se ordenaba la disolución del citado Consejo y la creación de una Sala de Justicia Militar, la 6ª, en el Tribunal Supremo, que estaría compuesta íntegramente por seis juristas. Tras el alzamiento del 18 de julio de 1936, la suprema jurisdicción militar en las zonas controladas por los sublevados iba a ser ejercida por la Junta de Defensa Nacional, integrada por mandos militares. Con la toma de posesión de Franco como Jefe del Estado Nacional, la Junta dejó de ocuparse del ejercicio de la suprema jurisdicción militar. Situación que se mantuvo hasta la promulgación de un decreto el 24 de octubre de 1936 por el que se constituía el Alto Tribunal de Justicia Militar y que funcionó hasta su sustitución por el Consejo Supremo de Justicia Militar, meses después de finalizada la guerra civil. Entre los rasgos más notables del nuevo tribunal podemos indicar que estuvo integrado tanto por mandos militares como por miembros pertenecientes a los cuerpos jurídicos del Ejército o de la Armada. Asimismo, destaca el elevado número de competencias asignadas, que son analizadas en el presente artículo, al igual que la forma de funcionar del tribunal en los asuntos sometidos a su conocimiento y resolución.

MIGUEL PINO ABAD: The High Court of Military Justice

Until the month following the proclamation of the Second Spanish Republic, the Supreme Council of War and Navy was in charge of military courts in the Army and Navy. The turning point occurred with the promulgation of a decree law of May 11, 1931 ordering the dissolution of that Council and the establishment of a Military Justice Chamber, the 6th, in the Supreme Court, composed of six lawyers. After the uprising of July 18, 1936, the Supreme Military Jurisdiction in areas controlled by the rebels was to be exercised by the National Defense Board, composed of military commanders. With the Franco's designation as Chief of the National State, the Board stop from exercising the supreme military jurisdiction. This situation continued until the enactment of a decree on October 24, 1936 under which the High Court of Military Justice was created and remained until its replacement by the Supreme Council of Military Justice, months after the civil war. Among the most notable features of the new Court it can be said that it was integrated both by military and by members of the legal corps of the Army or the Navy. It also has to be highlighted the large number of competences assigned, which are analyzed in this article, as well as the Court legal procedures related to cases brought to their knowledge and resolution.

MARÍA DEL VALLE LÓPEZ ALFRANCA, «La intervención de las comunicaciones telefónicas»

La intervención de las comunicaciones telefónicas es un medio de prueba fundamental en el proceso penal y que incide de un modo directo en un derecho fundamental que es el secreto de las comunicaciones. A pesar de su importancia, inicialmente carecía de regulación en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hasta 1988, en que si aparece expresamente regulado, pero insuficientemente. Esta carencia e insuficiente previsión de la legalidad ordinaria ha tenido que ser perfilada sobre todo por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, siguiendo los postulados elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

MARIA DEL VALLE LÓPEZ ALFRANCA: The interception of telephone communications

Interception of telephone communications is a crucial piece of evidence in the criminal process that directly affects a fundamental right as the secrecy of communications. Despite its importance, initially had no regulation in Article 579 of the Criminal Procedure Code until 1988, appearing explicitly regulated, but insufficiently. This lack and insufficient regulation by ordinary law has had to be shaped primarily by the Second Chamber of the Supreme Court, following the principles developed by the European Court of Human Rights.

ESTUDIOS

LOS CONTRATOS *IN HOUSE PROVIDING* Y LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Juan Pozo Vilches
Teniente Coronel Auditor
Doctor en Derecho

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA. 1. Los requisitos de los contratos *in house providing*. 2. El requisito del «control análogo». 3. El requisito de la «parte esencial» de la actividad. III. LOS CONTRATOS *IN HOUSE PROVIDING* EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. IV. LOS CONTRATOS *IN HOUSE PROVIDING* EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 1. Requisitos materiales. 2. Requisitos formales. 3. Requisitos teleológicos. V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Entre las cuestiones más interesantes y controvertidas que presenta la vigente Ley de Contratos del Sector Público¹ se encuentran los contratos con medios propios, denominados a nivel comunitario contratos domésticos o *in house providing*.

Los contratos *in house providing* son aquellos en los que un poder adjudicador encarga directamente a un ente instrumental la realización de una determinada prestación.

¹ En adelante, LCSP.

La importancia de esta figura estriba en que estos contratos los adjudica directamente la Administración matriz² al margen de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos³, y, por tanto, sin concurrencia ni publicidad.

Para que pueda hablarse de contratos *in house*, el ente instrumental, a pesar de tener personalidad jurídica propia, debe depender completamente de la Administración matriz y carecer de verdadera capacidad decisoria autónoma. Es decir, el ente instrumental está obligado a realizar el encargo, sin poder rechazarlo, y bajo las condiciones que le imponga la Administración matriz. Ante la ausencia de voluntad del ente instrumental, no se puede hablar de acuerdo de voluntades, y, por tanto, no se puede hablar de contrato, por lo que no resultará de aplicación la normativa comunitaria sobre contratación pública.

Como dice Pernas García⁴, «sólo hay una única voluntad decisoria (la de la Administración matriz) que ordena la realización de una determinada actividad a un apéndice propio, mediante la adopción de un acto administrativo».

Aunque la denominación contratos domésticos puede dar lugar a confusión⁵, no se trata de auténticos «contratos», sino, como se dice en la sentencia *Stadt Halle* de 11 de enero de 2005, de *operaciones internas exentas de la obligación de licitación*. Por eso parte de la doctrina prefiere hablar de encargos, órdenes de ejecución, encomiendas, mandatos, operaciones *in house*, servicios *in house*, actividades *in house*...

El fundamento de los contratos *in house* se encuentra en la capacidad autoorganizativa de las Administraciones Públicas con el fin de obtener una mayor eficiencia en los procedimientos de contratación⁶. Como se ha indicado, las Directivas comunitarias no son de aplicación cuando es un medio propio de la Administración el que realiza la prestación, pues en tal caso no nos encontramos ante una relación contractual, sino instrumental. Si la Administración, por sus propios medios, puede obtener una

² Es de señalar que, en estos contratos, no siempre el poder adjudicador será una Administración, aunque sí será lo más frecuente. Por tanto, a efectos puramente expositivos se denominará «Administración matriz» a la entidad adjudicadora, y así evitar confusiones con el ente instrumental, el cual también puede ser Administración (por ejemplo, un Organismo autónomo), y, por tanto, poder adjudicador.

³ En la actualidad, Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁴ Pernas García, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, Madrid, 2008, pág. 39.

⁵ Sería más correcto denominarlos «encargos», si bien se mantendrá en el texto el nombre por el que se les conoce a nivel comunitario.

⁶ Sosa Wagner, «El empleo de recursos propios por las Administraciones locales», en *Estudios de Derecho Público Económico*, Madrid, 2003, p.1317.

prestación, nadie le puede obligar a que acuda a un tercero a través de una licitación pública.

Lamentablemente, las Directivas comunitarias no tratan de los contratos *in house*, laguna que si se hubiese colmado, habría proporcionado seguridad jurídica⁷. Su configuración se debe a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁸, por lo que es muy importante, para conocer los requisitos que deben concurrir en estos encargos, examinar los pronunciamientos del citado Tribunal.

El TJCE empezó a pronunciarse sobre los denominados contratos domésticos a raíz de las protestas de los empresarios privados, que veían con preocupación cómo la Administración celebraba contratos con sus entes instrumentales, sin publicar la correspondiente licitación, a pesar de que ellos también se encontraban perfectamente capacitados para ejecutar el contrato. Y entendían que tal actuar de la Administración vulneraba las Directivas Comunitarias sobre contratación pública.

La primera vez que el TJCE aborda el tema de los contratos *in house* fue en la famosa sentencia *Teckal* de 18 de noviembre de 1999, que se sigue utilizando como referencia obligada. Esta sentencia determinó los requisitos que debían concurrir para que se estuviera en presencia de un contrato *in house*. Con posterioridad, el TJCE ha seguido manteniendo los requisitos de la sentencia *Teckal* (sentencias *Stadt Halle* de 11 de enero de 2005, *Comisión/ España* de 13 de enero de 2005, *Comisión/ Austria* de 10 de noviembre de 2005, *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006...), pero, en cambio, no presenta un criterio uniforme en cuanto a las circunstancias que permiten determinar si se cumplen o no tales requisitos.

Los contratos *in house providing* se introdujeron en la legislación española a raíz de la condena del TJCE a España en el año 2005 por haber excluido del ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁹ a los convenios de colaboración

⁷ La propuesta de la que más tarde se convertiría en Directiva 2004/18/CE, establecía en el artículo 19 bis, que después no sería aceptado, lo siguiente (DOCE de 27 de agosto de 2002):

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos que un poder adjudicador celebre con una entidad jurídicamente distinta poseída exclusivamente por dicho poder adjudicador siempre que:

— dicha entidad no disponga de autonomía decisoria respecto a dicho poder adjudicador debido a que éste ejerce sobre ella un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios

— esta entidad realice la totalidad de su actividad con el poder adjudicador que la detiene».

⁸ En adelante, TJCE.

⁹ En adelante, TRLCAP.

interadministrativos, lo que suponía una adaptación incorrecta de las Directivas Comunitarias.

A causa de esta sentencia, se modificó el TRLCAP, que a partir de entonces estableció, como uno los negocios jurídicos excluidos de su ámbito, a las «encomiendas de gestión». Esto es, el legislador español, en vez de excluir expresamente del ámbito del TRLCAP a los contratos con medios propios, utilizó, de forma indirecta, una figura que ya existía en el Derecho Administrativo, como son las encomiendas de gestión.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2007, con una mayor precisión, ya no habla de «encomiendas de gestión» sino de negocios jurídicos con medios propios.

En el presente trabajo se examinarán los requisitos de los contratos *in house providing* según el TJCE, su regulación en el TRLCAP (lo que nos obliga a analizar la sentencia del TJCE que condenó a España en el año 2005), su regulación en la LCSP y los complejos problemas interpretativos que esta última norma plantea.

II. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

1. LOS REQUISITOS DE LOS CONTRATOS *IN HOUSE PROVIDING*

La primera sentencia del TJCE que trata de los contratos *in house* es la sentencia *Teckal* de 18 de noviembre de 1999, si bien con anterioridad la sentencia *BFI Holding* de 10 de noviembre de 1998 ya inició tímidamente el camino. Posteriormente los requisitos contenidos en la sentencia *Teckal* se han ido perfilando en otros pronunciamientos del TJCE, aunque no siempre con precisión y acierto¹⁰, lo que ha creado cierta inseguridad jurídica, que se hubiese evitado en gran medida si estos contratos hubiesen sido regulados en las Directivas comunitarias.

¹⁰ Como dicen Sosa Wagner y Fuertes López, «En los primeros pronunciamientos, este Tribunal (*el TJCE*) admitió que podía excluirse la aplicación de las Directivas de contratación pública en aquellos negocios que relacionaban directamente a las Administraciones Públicas con sus sociedades. Sin embargo, al exigirse más precisiones, en posteriores y recientes sentencias, las afirmaciones de este Tribunal comunitario se han matizado e, incluso, ha introducido nuevos rigores que modulan esas lógicas relaciones de las Administraciones con sus organismos y sociedades. ¡Qué razón tenía Ihering al sostener que no se debía insistir sobre asuntos ya tratados! Pues, como en los sucesivos prensados de la uva, poco tiene que ver el primer zumo con los posteriores que, al final, pueden quedar ciertamente aguados. Así, frente a las primeras afirmaciones del Tribunal, parecen algo arriesgadas las posteriores que pueden conducir a contradicciones o incoherencias» (Sosa Wagner y Fuertes López, «¿Pueden los contratos quedar en casa? La polémica europea sobre la contratación *in house*», Revista La Ley, 17 de mayo de 2007).

En la sentencia *Teckal* se planteaba la siguiente cuestión: el municipio de Viano (Italia) encargó mediante un «acuerdo» a AGAC (mancomunidad formada por casi medio centenar de municipios, entre ellos el de Viano, que participaba con un porcentaje del 0,9%) la gestión de un servicio público, sin la previa convocatoria de una licitación pública. Una empresa privada llamada Teckal recurrió tal acuerdo, alegando que el municipio de Viano debería haber utilizado los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos previstos en la normativa comunitaria.

Según la sentencia *Teckal*, para que exista un contrato público basta «que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste». Y sólo puede ser de otra manera, continúa la citada sentencia, haciendo referencia a los contratos *in house*, «en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan».

Por consiguiente, no existirá auténtico contrato, y se estará ante una relación *in house*, cuando concurren los siguientes requisitos:

- Que la entidad adjudicadora ejerza sobre el ente un «control análogo» al que ejerce sobre sus propios servicios.
- Que el ente realice la «parte esencial» de su actividad para la entidad adjudicadora.

De esta manera el TJCE determina los dos requisitos que deben concurrir para que nos encontremos ante un contrato *in house*: control análogo y parte esencial de la actividad.

Para Pernas García¹¹ la concurrencia de estos dos criterios «indica que la entidad encomendada es una prolongación administrativa del poder encomendante; son una única e idéntica persona».

Al tratarse los contratos *in house providing* de una excepción a las reglas sobre contratación pública, los requisitos que exige la jurisprudencia del TJCE han de ser objeto de interpretación estricta, correspondiendo su prueba al que afirma su existencia (sentencia *Stadt Halle* de 11 de enero de 2005). Y no puede ser de otro modo ya que una proliferación abusiva y desmesurada de medios propios podría falsear las reglas de la libre competencia y convertir la excepción en regla. Como dice la sentencia *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006:

¹¹ Pernas García, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, ob. cit., pág. 176.

«Procede recordar que el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es la libre circulación de las mercancías y los servicios y su apertura a la *competencia no falseada* en todos los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle* y *RPL Lochau*, C-26/03, apartado 44).

Los requisitos establecidos por la sentencia *Teckal*, antes citada, para considerar la Directiva 93/36 inaplicable a los contratos celebrados entre un ente territorial y una persona jurídicamente distinta de éste, conforme a los cuales es preciso que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan, *tienen por objeto principal evitar que se falsee el juego de la competencia*».

2. EL REQUISITO DEL «CONTROL ANÁLOGO»

El primer requisito (y previo, sin el cual el TJCE no entra a examinar el segundo) consiste en que la Administración matriz ejerza sobre el ente instrumental un «control análogo» al que ejerce sobre sus propios servicios.

Control «análogo» no significa control «idéntico», pero sí implica subordinación del ente instrumental con respecto a la Administración matriz. El ente instrumental goza de autonomía en los asuntos ordinarios, pero está sometido a la Administración matriz en los asuntos de más trascendencia.

Como apunta, con acierto, Pernas García¹² «la existencia de una relación de subordinación entre la Administración matriz y el ente instrumental impide que se pueda hablar de este último como un tercero en el plano material». Y con cita de Ortiz Mallol, concluye que «la personalidad jurídica del ente instrumental sólo es alegable frente a terceros, no ante la Administración matriz».

En efecto, un ente instrumental, aunque tenga personalidad jurídica (pública o privada), no es algo ajeno a la Administración, no es un tercero para la Administración, sino que es un «medio propio» (y nunca mejor dicho) de la Administración.

Debido a la subordinación del ente instrumental, en los contratos *in house* no se puede hablar de contrato, como se ha mencionado anteriormente, porque el ente instrumental no tiene capacidad decisoria propia, sino que debe cumplir lo que le encargue la Administración matriz y bajo

¹² Pernas García, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, ob. cit., pág. 59.

sus condiciones. Tal subordinación aparece con mayor nitidez cuando el ente instrumental es un Organismo público, y se enturbia en el caso de sociedades mercantiles de capital público.

El ente instrumental, al cumplir el encargo, debe perseguir los mismos fines de interés público que la Administración matriz¹³. En el momento en que el ente persiga un interés particular, en el momento en que el ente pretenda actuar en el mercado como uno más, ya no estaremos ante un medio propio (salvo que su actividad mercantil sea muy marginal), y le será de aplicación la normativa general sobre contratación pública, como a cualquier otro contratista.

¿Cuándo se puede hablar de «control análogo»? La sentencia *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006 establece que para apreciar si el poder adjudicador ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, es preciso tener en cuenta «el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes». Del referido examen ha de resultar que la sociedad adjudicataria está sometida a un control que permite que el poder adjudicador influya en sus decisiones. No es necesario que exista un control efectivo, sino que basta con que tal control pueda ejercerse («posibilidad de influencia determinante» se recoge en la sentencia *Parking Brixen* de 13 de octubre de 2005; «influencia *potencialmente* determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad» figura en la sentencia *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006),

En una sociedad se podría pensar que existe «control análogo» cuando todo el capital es público. Pero esto no es bastante. El TJCE ha manifestado que «el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria *tiende a indicar, en principio*, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios» (sentencia *TRAGSA* de 19 de abril de 2007; en el mismo sentido se pronuncia la sentencia *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006).

Y este criterio es seguido, con acierto, por la doctrina. Así Pernas García¹⁴ afirma lo siguiente:

«La propiedad íntegramente pública *no es suficiente* para entender que se dan las condiciones que permiten identificar la existencia de un control

¹³ Por eso entendemos que el precio a abonar al ente instrumental por la prestación, no debe conllevar beneficio alguno, al igual que si la realizara la propia Administración matriz.

¹⁴ Pernas García, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, ob. cit., pág. 80.

análogo. Es un presupuesto necesario, pero no una circunstancia determinante. Debe haber además un vínculo de dependencia entre Administración encomendada y entidad encomendada».

Y la jurisprudencia del TJCE nos muestra casos en que, a pesar de ser el capital íntegramente público, se consideraba que no existía el «control análogo» necesario para poder celebrar un contrato doméstico, al concurrir alguna de las siguientes razones:

- O porque estaba prevista la entrada futura de capital privado (como ocurría en la sentencia *Parking Brixen*, de 13 de octubre de 2005; o más llamativa fue la sentencia *Comisión/Austria*¹⁵ de 10 de noviembre de 2005).
- O porque todo el capital era público, pero no tenía participación alguna el poder adjudicador (o era muy pequeño, como ocurría en la sentencia *Teckal*, en la que el ente adjudicador sólo poseía el 0,9%; no obstante este criterio se ha diluido en gran medida en la sentencia *TRAGSA*¹⁶ de 19 de abril de 2007).
- O porque, aunque todo el capital fuese público, no existía dependencia con respecto al poder adjudicador (por ejemplo, por gozar los órganos de gobierno de independencia: sentencia *Carbotermo*¹⁷ de 11 de mayo de 2006).

¹⁵ Un municipio adjudica un contrato a una empresa municipal, y muy poco después se permite a una empresa privada adquirir el 49% de su capital. El Gobierno austriaco defendía que, en el momento de la adjudicación, la empresa era 100% municipal, y por tanto tenía la consideración de medio propio del municipio, argumento que no aceptó el TJCE, pues entendía que debía tenerse en cuenta no sólo el momento de la adjudicación, sino también los hechos posteriores, como era la entrada de capital privado en un porcentaje del 49%.

¹⁶ Que ha reconocido que TRAGSA es medio propio incluso de Comunidades autónomas que tienen una participación mínima en su capital (en el momento de dictarse la sentencia, el 1% del capital pertenecía a cuatro Comunidades autónomas, y el restante 99% al Estado). Ahora bien, la sentencia se fundamentaba, más que en la participación en el capital, en la obligación legal que tenía TRAGSA de cumplir los encargos que le hiciera tanto el Estado como las Comunidades autónomas.

¹⁷ Se adjudicó directamente un contrato a una sociedad cuyo capital pertenecía a varios Ayuntamientos, y ésta, a su vez, subcontrató con una sociedad cuyo capital le pertenecía íntegramente. El TJCE afirma «La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, prohíbe la adjudicación directa de un contrato de suministro y de servicios, en el que el valor de los suministros es preponderante, a una sociedad anónima cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercitar autónomamente y cuyo capital, en la situación actual, pertenece en su totalidad a otra sociedad anónima cuyo accionista mayoritario es, a su vez, el poder adjudicador».

En conclusión, como dice Gimeno Feliú, la propiedad mayoritaria del ente instrumental no es suficiente para justificar la existencia del control¹⁸.

En este sentido resulta apropiado traer a colación la sentencia *Parking Brixen* de 13 de octubre de 2005. El municipio de Brixen adjudicó a una empresa especial¹⁹ de su propiedad la gestión de dos aparcamientos, sin previa licitación. Poco después, la empresa «especial» se convirtió en sociedad anónima.

Pues bien, según el TJCE, la nueva sociedad anónima adquirió una «vocación de mercado» que ponía en precario el control municipal, destacando los siguientes hechos:

- a) Su transformación en sociedad anónima.
- b) La ampliación del objeto social de la nueva sociedad.
- c) La apertura obligatoria de la sociedad, a corto plazo, a capital ajeno.
- d) La expansión del ámbito territorial de las actividades de la sociedad a toda Italia y al extranjero.
- e) Los considerables poderes atribuidos al consejo de administración, sin que, en la práctica, el municipio ejerciera ningún control sobre la gestión.

En definitiva, y por las razones expuestas, el TJCE consideró que no existía el «control análogo» para que se pudiera hablar de un contrato *in house*.

Esta sentencia llama la atención por ser excesivamente estricta, sobre todo si la comparamos con otros pronunciamientos. El hecho de transformarse en sociedad anónima, de ampliar su objeto social y de extender su radio de acción, no eran obstáculos insalvables para que se pudiera considerar medio propio, pues el municipio seguía siendo el único accionista de la sociedad. Ni tampoco lo era los extensos poderes atribuidos al consejo de administración²⁰. El único obstáculo verdadero era la entrada de capital

¹⁸ Gimeno Feliú, «Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación», Madrid, 2003, pág. 78. En consecuencia, no todas las empresas públicas, por el simple hecho de serlo, serán medios propios. En el mismo sentido se pronuncia dicho autor en «La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: el alcance de la jurisprudencia comunitaria», 2005, pág. 8.

¹⁹ Denominación que reciben en Italia ciertas sociedades municipales.

²⁰ Pernas García considera que aunque se trate de una sociedad anónima cuya capital sea íntegramente público, no existe control si el ente adjudicador sólo puede ejercer el control que le atribuye el propio Derecho de sociedades (*Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, ob. cit., pág. 95).

En contra parecen manifestarse Sosa Wagner y Fuertes López al expresar que «resulta paradójico afirmar que ¡el accionista único no controla la sociedad!» («¿Pueden los contratos quedar en casa? La polémica europea sobre la contratación in house», Revista La Ley, 17 de mayo de 2007).

privado, pero tal circunstancia no se había producido (ni parece que haya ocurrido con posterioridad).

¿Cuándo una sociedad de capital enteramente público no se puede considerar medio propio? Como dijo acertadamente el Abogado General en la sentencia *Parking Brixen*²¹ «sólo cuando una empresa es realmente tan independiente (autónoma) que la entidad adjudicadora ya no esté en condiciones de desarrollar plenamente en ella sus objetivos de interés público, no cabe hablar de un control análogo al ejercicio sobre los servicios propios».

¿Qué ocurre en las sociedades en las que participa, junto al capital público, capital privado? Por muy importante que sea la participación pública, y muy escasa la privada, dicho ente no puede ser considerado medio propio.

Así en la sentencia *Stadt Halle* de 11 de enero de 2005²², no se consideró medio propio a una empresa que estaba participada en un 24,9% con capital privado: «la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios». Y ello por dos razones, como argumentaba la propia sentencia:

1. La relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de *objetivos de interés público*. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los *intereses privados* y persigue objetivos de naturaleza distinta.
2. La adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.

Ahora bien, a nadie se le escapa que una mínima participación privada no altera en absoluto el control que pueda ejercer la Administración sobre la sociedad. Imagínese un capital público del 99% y un capital privado del

²¹ Citado por Sosa Wagner y Fuertes López en «¿Pueden los contratos quedar en casa? (la polémica europea sobre la contratación in house)», Revista La Ley, 17 de mayo de 2007.

²² Y en el mismo sentido se pronunció la sentencia *Jean Auroux y otros* de 2007.

1%. Indudablemente, el control del ente estaría en manos de la Administración. Entonces, ¿por qué el TJCE no lo admite? Entendemos que, además de por razones de seguridad jurídica (si se exige la totalidad del capital, se acabó cualquier duda sobre dónde fijar la frontera), el legislador ha querido impedir que el accionista privado se pueda beneficiar de la posición privilegiada del ente instrumental, que va a recibir encargos directos de la Administración matriz al margen de las convocatorias públicas exigidas por la legislación de contratos del sector público.

El TJCE, al analizar el requisito del control análogo, ha llegado a veces a unas conclusiones un tanto desconcertantes, como en la sentencia *TRAGSA* de 19 de abril de 2007. El capital social de TRAGSA correspondía, el 99%, al Estado español²³, y el 1% restante a cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de ellas de una acción. Pues bien, mientras el abogado general, con buen criterio, entendía que TRAGSA debía considerarse medio propio de la Administración General del Estado, pero no de las Comunidades autónomas, porque éstas, ni siquiera las que participaban en su capital, ejercían un control análogo sobre TRAGSA, el TJCE no lo entendió así, y consideró que concurrían los dos requisitos de la sentencia *Teckal* con respecto al Estado y con respecto a las Comunidades Autónomas que poseían una parte del capital²⁴.

²³ Directamente y a través de una sociedad holding y de un fondo de garantía.

²⁴ Según el TJCE, TRAGSA, conforme a las normas que la regulan, está sujeta a un régimen de encargos obligatorios (ya procedan del Estado o de las Comunidades Autónomas) y a unos precios tasados, fijados administrativamente.

Pereña Pinedo («El control sobre los medios instrumentales de la Administración. Análisis de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi nº 7/2007) entiende que el TJCE, al decir que TRAGSA cumplía los dos requisitos de la sentencia *Teckal* con respecto al Estado «y a las Comunidades Autónomas que poseían una parte del capital», no quería decir que sólo pueda ser considerado medio propio del Estado y de estas últimas Comunidades:

«La sentencia resulta imprecisa en el apartado 61, en cuanto que parece contradecir el criterio expresado anteriormente, al señalar que TRAGSA no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas «que poseen una parte de su capital». No parece lógico considerar que el Tribunal haya querido indicar en este punto que es preciso tener una participación en el capital de la empresa para que ésta pueda ser considerada medio instrumental de la Administración de que se trate, ya que ello resultaría contradictorio con toda la fundamentación anterior, que el Tribunal articula sobre la falta de autonomía de la voluntad del adjudicatario. Por otra parte, si éste hubiera sido el criterio del Tribunal, debía haberlo incorporado en el fallo. Al mismo tiempo, resultaría totalmente ilógico considerar que la mera tenencia de una acción otorga a una Comunidad Autónoma un plus de control decisivo respecto de quienes no poseen ninguna participación social. Por último, de ser ése el criterio del Tribunal la consideración de la «parte esencial» de la actividad a los efectos de examinar el cumplimiento del segundo requisito *Teckal* habría sido

Por último señalar que el control sobre el ente instrumental lo debe ejercer precisamente la entidad adjudicadora, y no otra entidad²⁵.

forzosamente distinta. Por tanto, debe entenderse que la participación en el capital constituye un indicio, no decisivo, ni en sí mismo necesario, del control que se ejerce sobre la sociedad».

Pernas García, por el contrario, opina que «de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, parece que no es posible el cumplimiento del criterio del control análogo cuando el ente adjudicador no posee ninguna participación en el operador económico al que se le adjudica la realización de una determinada actividad económica» (Pernas García, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, ob. cit., pág. 81).

Llama la atención que en el caso Teckal no se reconociese a un ente la condición de medio propio de un municipio, porque éste sólo poseía el 0,49% del capital, y en cambio aquí sí se considere a TRAGSA medio propio de Comunidades autónomas que poseen una sola acción. ¿Qué control pueden ejercitar con tan escasa participación?

Los fundamentos de la sentencia TRAGSA de 19 de abril de 2007, por su importancia, se reproducen en la parte que interesa al presente trabajo:

«56. Por consiguiente, procede examinar si en el caso de TRAGSA se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia citada en el apartado anterior (*se refiere a los requisitos Teckal*).

57. En lo que se refiere al primer requisito, relativo al control de la autoridad pública, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, apartado 37).

58. En el asunto principal resulta de los autos, y a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que el 99% del capital social de TRAGSA pertenece al Estado español, directamente y a través de una sociedad holding y de un fondo de garantía, y que cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1% de dicho capital.

59. A este respecto, no cabe acoger la tesis de que sólo se cumple este requisito para los trabajos realizados por encargo del Estado español, quedando excluidos los que hayan sido encargados por las Comunidades Autónomas, con respecto a las cuales TRAGSA debe ser considerada un tercero.

60. En efecto, del artículo 88, apartado 4, de la Ley 66/1997 y de los artículos 3, apartados 2 a 6, y 4, apartados 1 y 7, del Real Decreto 371/1999 parece derivarse que TRAGSA está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas. De esta normativa nacional también parece deducirse que, en el marco de sus actividades con las Comunidades Autónomas como medio propio instrumental y servicio técnico de éstas, y al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado español, TRAGSA no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas Comunidades no tienen naturaleza contractual.

61. Por consiguiente, parece que TRAGSA no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que poseen una parte de su capital.

²⁵ No obstante, se admite que ese control pueda ser ejercido por varias entidades (sentencia *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006).

3. EL REQUISITO DE LA «PARTE ESENCIAL» DE LA ACTIVIDAD

Como segundo requisito acumulativo para que podamos hablar de medio propio, el TJCE exige que el ente instrumental realice la «parte esencial» de su actividad para la entidad pública adjudicadora.

Al darse en muy pocos casos el requisito del «control análogo», muy pocas sentencias del TJCE han entrado a discutir la concurrencia del requisito de la «parte esencial» de la actividad. Esto es, al considerar que no se cumplía el primer requisito, no entraban en el estudio del segundo, por ser innecesario.

Sosa Wagner y Fuertes López²⁶ califican a este requisito de elemental, y consideran que «para que el contrato sea doméstico, la actividad ha de quedar en casa. Si la sociedad interviene en el mercado, mantiene fructíferas relaciones económicas en el tráfico mercantil, está revelando su condición de empresaria y, por tanto, ha de reconocerse ese papel comercial y tratarla como al resto de las entidades».

Y en el mismo sentido se pronuncia Gimeno Feliú²⁷ cuando afirma:

«El requisito de que el ente instrumental realice con la entidad que lo controla la parte esencial de su actividad económica es ciertamente coherente si se considera que todo el concepto gira en torno a la *falta de autonomía contractual* de dicho ente controlado. En efecto, si la exención del ámbito de la contratación pública se basa en que el contrato *in house* no es sino una forma de *autoprovisión* por parte de la entidad adjudicadora, *tal exención pierde su sentido si el ente instrumental se dedica a proveer también a otros operadores públicos y privados como cualquier otro agente del mercado*. Dicho de otro modo, esta actuación revelaría que ese ente es algo más que un medio propio con personalidad diferenciada por lo que deberían aplicarse las Directivas Comunitarias»²⁸.

Por tanto, una Entidad pública que opera en el mercado con plena autonomía, y que presta servicios tanto a la Administración como a particulares, no podrá ser considerada medio propio de un poder adjudicador. Si

²⁶ Sosa Wagner y Fuertes López, «¿Pueden los contratos quedar en casa? (la polémica europea sobre la contratación *in house*)», Revista La Ley, 17 de mayo de 2007.

²⁷ Gimeno Feliú, «La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: el alcance de la jurisprudencia comunitaria», ob. cit., pág. 9.

²⁸ En apoyo a su afirmación, Gimeno cita al Consejo de Estado francés, que consideró que la UGAP, establecimiento público de carácter industrial y comercial, no tiene la condición de medio propio al no existir ni la nota del control análogo y al no ser el Estado el principal ente que le realiza encargos.

la Entidad dispone de su propia política comercial, si puede rechazar los encargos que le formule la Administración, si puede negociar las condiciones de esos encargos, si puede resolver unilateralmente los encargos que le realicen... no estaremos ante un medio propio, sino ante un ente con plena autonomía, que sólo podrá ser contratado por la Administración aplicando la normativa sobre contratación pública.

¿Qué ha de entenderse por la «parte esencial» de la actividad del ente instrumental? Algún autor, incluso algún abogado general, ha defendido la determinación de un porcentaje sobre el total de la actividad del ente instrumental. Y, por lo general, han pretendido aplicar por analogía el 80% que figuraba en el artículo 13 de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones²⁹. Pero el TJCE se ha opuesto a la interpretación analógica de dicho precepto, al tratarse el supuesto que contempla de una excepción, y «las excepciones deben ser objeto de interpretación estricta» (sentencia *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006).

En la sentencia *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006 se afirma que se cumple el requisito de la «parte esencial» de la actividad cuando la actividad de la empresa «está destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal». Y para apreciar su concurrencia se deben tomar en consideración «todas las circunstancias del caso, tanto cualitativas como cuantitativas».

Llamativa es, a estos efectos, la sentencia *Correos* de 18 de diciembre de 2008, que consideró que «Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal en España, no realiza la parte esencial de su actividad con el Ministerio ni con la Administración Pública en general, sino que dicha sociedad presta servicios postales a un número indeterminado de clientes del referido servicio postal».

¿Qué ocurre si son varios entes los que controlan una empresa? Según la sentencia *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006, el requisito de la parte

²⁹ «Artículo 13.1. La presente Directiva no se aplicará a los contratos de servicios:

a) que una entidad contratante celebre con una empresa asociada... siempre que como mínimo el 80 % del promedio del volumen de negocios que tal empresa haya efectuado en la Comunidad en los últimos tres años en materia de servicios provenga de la prestación de estos servicios a las empresas con las que esté asociada».

La Directiva 93/38/CEE ha sido derogada por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, que regula en su artículo 23 lo que antes se contemplaba el artículo 13 de la Directiva 93/38/CEE.

esencial de la actividad se cumple «si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales *considerados en conjunto*».

Sólo se deben tener en cuenta, a efectos de determinar la «parte esencial» de la actividad, las actividades que realice el ente instrumental para la Administración matriz dentro de su ámbito de actuación y en relación con las competencias o funciones de dicha Administración. De esta manera se evitará el fraude de ley que supondría encargar todo tipo de prestaciones al ente instrumental con la finalidad de incrementar el porcentaje de la actividad realizada para la Administración matriz³⁰.

III. LOS CONTRATOS *IN HOUSE PROVIDING* EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La primera aproximación que realizó el TRLCAP a los contratos *in house providing* fue la inclusión, en el año 2005, de las encomiendas de gestión como uno de los negocios excluidos del ámbito de TRLCAP.

Hasta el año 2005 las encomiendas de gestión sólo estaban reguladas en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Pero en el año 2005 se modifica el TRLCAP mediante Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, y se menciona a las encomiendas de gestión como uno de los negocios jurídicos excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP.

Tal modificación, como se expresa en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2005, tenía su causa en la sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005 (asunto *Comisión/España*), que obligó a España a reformar su normativa sobre contratos públicos³¹.

La citada sentencia resuelve el recurso por incumplimiento interpuesto contra España por la Comisión de las Comunidades Europeas, pues esta

³⁰ El ente instrumental no podría realizar directamente estos encargos ajenos a sus funciones, pero podría subcontratarlos. De esta manera, y bajo el prisma de la LCSP, la Administración matriz se habría «librado» de aplicar la LCSP, y el ente instrumental, para subcontratar los trabajos, aplicaría unas normas mucho menos estrictas (salvo que tuviese también la consideración de Administración Pública conforme al artículo 3.2 de la LCSP).

³¹ Para un estudio en mayor profundidad sobre la cuestión, v. Pozo Vilches, «La nueva regulación de los convenios de colaboración interadministrativos», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 87, enero/junio 2006, págs. 163 y ss.

última entendía que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de las disposiciones del Tratado CEE y de las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas.

Alegaba la Comisión que España había excluido de forma absoluta del ámbito de aplicación del TRLCAP a los convenios de colaboración interadministrativos, y ello constituía una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37, ya que tal exclusión no figuraba en las mismas, y algunos de estos convenios podían tener la misma naturaleza que los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de tales Directivas.

En concreto, el artículo 3.1.c) del TRLCAP entonces vigente, establecía que quedaban fuera del ámbito de aplicación de dicha Ley:

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

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

El TJCE, en sentencia de 13 de enero de 2005, estimó los argumentos de la Comisión, considerando que España había adaptado incorrectamente las Directivas Comunitarias a su Derecho interno.

En la mencionada sentencia, el TJCE considera lo siguiente:

«37. Según las definiciones contenidas en el artículo 1, letra a), de las Directivas 93/36 y 93/37, un contrato público de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un proveedor o contratista y, por otra, una entidad

adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de dichas Directivas y que tenga por objeto la compra de productos o la ejecución de determinado tipo de obras.

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

39. Habida cuenta de la identidad de los elementos constitutivos de la definición de contrato en las Directivas 93/36 y 93/37, a excepción del objeto del contrato considerado, procede aplicar la solución adoptada así en la sentencia *Teckal*, antes citada, a los acuerdos interadministrativos a los que se aplica la Directiva 93/37.

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

Como consecuencia de esta sentencia, el artículo 34.3 de Real Decreto-ley 5/2005, modificó el artículo 3.1.c) del TRLCAP, que a partir de entonces estableció que quedaban fuera del ámbito del TRLCAP:

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

Además, el citado Real Decreto-ley introdujo un apartado nuevo en el artículo 3.1 del TRLCAP, según el cual quedaban también fuera del ámbito de dicha norma:

«l) Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública».

Este apartado tenía su fundamento en la excepción contenida en la propia sentencia, que entendía que no existe contrato, conforme a la sentencia *Teckal*, «en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan».

Y de esta manera se introdujo en nuestra legislación lo que en el ámbito europeo se conocía como contratos domésticos o *in house providing*, si bien nuestro legislador denominó a estos contratos, dando lugar a confusión, «encomiendas de gestión», que es una figura jurídica que ya se encontraba perfectamente regulada en la Ley 30/1992.

Es cierto que los contratos domésticos y las encomiendas de gestión tienen grandes similitudes, pero también profundas diferencias, como se analizará más adelante. Baste con decir en estos momentos que mientras el artículo 15 de la Ley 30/1992 no permite las encomiendas de gestión a favor de personas jurídicas sujetas a Derecho privado, todos los asuntos conocidos por el TJCE sobre contratos con medios propios se refieren, precisamente, a sociedades³².

En el artículo 3.1.1) del TRLCAP el legislador español no recogía los dos requisitos que mencionaba la sentencia de 13 de enero de 2005 para que se pudiera hablar de contratos *in house providing* y que se basaban en la sentencia *Teckal* (el control análogo y la parte esencial de la actividad), sino que se refería únicamente a composición del capital (exigiendo que fuese totalmente público).

Ahora bien, es de señalar que, como se ha visto, para el TJCE la composición del capital no es, por sí sola, determinante para decidir si nos encontramos ante un medio propio, sino que sólo se trata de un «indicio» muy importante del que puede deducirse, junto a otras circunstancias, si concurre el primer requisito de la sentencia *Teckal*: el control de la actividad³³.

Tal regulación insuficiente se subsanó mediante la Ley 42/2006, de 29 de noviembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, que

³² De capital íntegramente público o con alguna participación privada.

³³ Esta deficiente regulación del artículo 3.1.1) del TRLCAP motivó que la Abogacía General del Estado, mediante Instrucción 2/2005, de 21 de julio, exigiera la concurrencia de los dos requisitos de la sentencia *Teckal*.

modificó el citado precepto, recogiendo los dos requisitos de la sentencia *Teckal*:

«Quedan fuera del ámbito de la presente Ley:...

n) Las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan».

Sosa Wagner y Fuertes López³⁴ critican este precepto, entre otras razones, por «el obsesivo interés del legislador por encontrar un *atajo* que permita evitar el régimen de contratación pública. No convencido de los dúctiles contornos de los convenios, que por su esencial maleabilidad pueden acoger muchos contenidos y prestaciones, invoca la figura de las encomiendas de gestión que, inicialmente, ha respondido a satisfacer otros fines: el encargo de actividades materiales y técnicas (art. 15 LPA)».

A la vista de la regulación del TRLCAP, la primera pregunta que surge es la siguiente: cuando el legislador habla en el TRLCAP de «encomiendas de gestión», ¿se está refiriendo a las encomiendas de gestión del artículo 15 de la Ley 30/1992 o, en realidad, está designando, con el mismo nombre, a otra figura jurídica?

Esta cuestión hubiese carecido de importancia si el TRLCAP se hubiese referido únicamente a las sociedades de titularidad pública (se habría entendido que se modificaba el apartado 5 del artículo 15 de la Ley 30/1992, y no habría habido mayor repercusión). Pero el problema se planteaba al hablar también el artículo 3.1.1) del TRLCAP de «entidades», pues les estaba exigiendo, también a éstas, dos requisitos (control y actividad) que no se mencionaban, en absoluto, en la Ley 30/1992, y que alteraban de forma absoluta y radical el régimen de encomiendas contenido en esta última Ley.

Por ello se considera muy acertada la opinión de Bernal Blay³⁵ al afirmar que «el error al que induce la calificación nominal del supuesto contemplado en el artículo 3.1.1) TRLCAP pudiera resolverse acudiendo,

³⁴ Sosa Wagner y Fuertes López, «¿Pueden los contratos quedar en casa? (la polémica europea sobre la contratación *in house*)», Revista La Ley, 17 de mayo de 2007.

³⁵ Bernal Blay, «Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra 1) del texto refundido de la Ley Contratos de las Administraciones Públicas», Revista Española de Derecho Administrativo, nº 126, pág. 88.

como señala el art. 3.1 del Código Civil, a la interpretación de la norma de conformidad con los antecedentes legislativos (comunitarios), entendiéndose que lo que el citado artículo refiere como *encomiendas de gestión* se trata, en realidad, de *encargos, mandatos, órdenes ejecutivas, o instrucciones de obligado cumplimiento*»³⁶.

Y continúa el citado autor:

«Se trata de dos figuras que, *aunque nominalmente sean idénticas, presentan un régimen jurídico distinto*. Es cierto que el objeto de las encomiendas de gestión del art. 15.5 LRJ-PAC y de estos mandatos del art. 3.1.1) TRLCAP se confunde y puede resultar el mismo en gran cantidad de supuestos; la realización de actividades materiales, técnicas y de servicios encaja perfectamente en el objeto de, cuando menos, los contratos de obras y de servicios.

Es en la cuestión del elemento subjetivo donde las diferencias entre ambas figuras se ponen de manifiesto en mayor medida. Si la encomienda de gestión puede realizarse a favor de órganos y entidades, *de la misma o de distinta Administración*, los mandatos del TRLCAP únicamente pueden recaer sobre entidades y sociedades *de la misma Administración* (no puede entenderse de otra manera la expresión «cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública»).

Y además, en cuanto a la naturaleza jurídica de ambas figuras, si, como decíamos con anterioridad, la encomienda puede tener carácter contractual en determinados supuestos, debemos negar la existencia de contrato en los supuestos de mandatos del art. 3.1.1) TRLCAP, pues no existe auténtica y autónoma voluntad contractual en la entidad o sociedad que recibe el encargo de realizar la prestación».

Hoy día, bajo la vigencia de la nueva LCSP de 2007, las diferencias apuntadas por Bernal no sólo siguen existiendo, sino que incluso se han incrementado, ya que mientras el artículo 15 de la Ley 30/1992 no exige (ni puede exigirlo) que el encomendado tenga reconocido expresamente en su norma de creación o en sus estatutos su condición de medio propio del encomendante, el artículo 24.6 de la LCSP sí exige tal declaración, circunstancia que, de producirse, podría alterar las relaciones de jerarquía y competencia entre Entidades públicas:

³⁶ Otros autores, como Pernas García, prefieren hablar de encomienda de ejecución o encargo, y así evitar confusiones con la encomienda de gestión del artículo 15 de la Ley 30/1992 (Pernas García, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, ob. cit., pág. 110).

- a) Con respecto a la jerarquía, porque declararse medio propio significa subordinación del ente instrumental a la Administración matriz. Si, por ejemplo, un Organismo autónomo adscrito a un determinado Ministerio se declara medio propio de la Administración General del Estado, ¿de quién depende, en realidad, el Organismo? ¿Sólo del Ministerio al que está adscrito? ¿O de todos los Departamentos ministeriales? Lo mismo ocurrirá con una sociedad estatal que se encuentre bajo la tutela de un determinado Ministerio y es declarada medio propio de toda la Administración General del Estado.
- b) Con respecto a la competencia, porque podría entenderse que las competencias del ente instrumental, al declararse medio propio, se convierten en competencias de la Administración matriz (las competencias del medio propio serían absorbidas por el ente «dominante»). Pero tal posibilidad chocaría de lleno con lo dispuesto en el artículo 12.1 de la Ley 30/1992, según el cual la competencia es irrenunciable y se ejerce precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia.

En definitiva, la encomienda de gestión de la LCSP y la encomienda de gestión de la Ley 30/1992 poco o nada tienen que ver, salvo el nombre. La encomienda de gestión de la Ley 30/1992 es un instrumento de cooperación entre Administraciones y Entidades Públicas, que se fundamenta en el principio de voluntariedad (por tal motivo debe formalizarse en un «acuerdo» o «convenio», tal y como exige la Ley 30/1992), y que puede tener carácter gratuito u oneroso (si el encomendado incurre en gastos). En cambio la encomienda de gestión de la LCSP es la forma habitual que adoptará un negocio jurídico con un medio propio, se fundamenta en el principio de obligatoriedad, y siempre conlleva contraprestación (de ahí que la LCSP exija el establecimiento de unas tarifas aprobadas por la Administración matriz).

IV. LOS CONTRATOS *IN HOUSE PROVIDING* EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La LCSP excluye de su ámbito los negocios jurídicos con medios propios. En efecto, dispone su artículo 4.1.n):

«1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

.....

n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación»³⁷.

La primera diferencia que se observa, y muy importante, con respecto al TRLCAP, es la siguiente: la LCSP no excluye de su ámbito a las «encomiendas de gestión», sino a los «negocios jurídicos» realizados con un medio propio. Con ello el legislador ha subsanado la deficiente regulación anterior, que excluía, sin más, las encomiendas de gestión, cuando, en realidad, lo que tenía que haber excluido era, precisamente, los encargos realizados a un medio propio.

Y si el legislador no hubiera mencionado a las «encomiendas de gestión» en toda la LCSP, muchos problemas interpretativos se hubiesen evitado. Pero, lamentablemente, vuelve a introducir dicho término en el artículo 24.6, con lo que surgen de nuevo las dudas interpretativas. En efecto, dispone el indicado precepto:

«6. A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública».

Como se puede apreciar, en este primer párrafo se configura el medio propio por la concurrencia de los dos requisitos que menciona la sentencia *Teckal* (control y actividad). Y no se habla, para nada, de «encomiendas de gestión». Hasta aquí, todo correcto.

Y continúa el citado precepto:

³⁷ Y continúa dicho precepto: «No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174».

Esto es, si bien el «encargo» al medio propio está excluido de la LCSP, en cambio las «subcontrataciones» que realice el medio propio para ejecutar tal encargo sí están sujetas a las normas de la LCSP.

«En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un *control análogo* al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles *encomiendas de gestión* que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan».

En este párrafo se configura la encomienda de gestión como una *presunción*³⁸ que permite determinar cuándo un poder adjudicador ostenta sobre un ente, organismo o entidad un «control análogo» al que ejerce sobre sus propios servicios.

En efecto, según la Ley, se «entiende» que un poder adjudicador ostenta sobre un ente, organismo o entidad un «control análogo» (primer requisito *Teckal*) al que tienen sobre sus propios servicios si puede conferirle encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije mediante tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

Ahora bien, la interpretación de este párrafo plantea serios problemas: según el precepto, se entiende que se ostenta control sobre un ente si se le puede conferir encomiendas de gestión de ejecución obligatoria. Pero, ¿cómo es posible que se le pueda conferir una encomienda de gestión a un ente sin haber determinado, previamente, que el poder adjudicador tiene control sobre el mismo? ¿Cómo se van a celebrar encomiendas de gestión con un ente, sin saber antes si se trata de un medio propio, por concurrir los dos requisitos *Teckal*: control y actividad? ¿O es posible celebrar encomiendas de gestión con entes que no son medios propios?

Quizá algún autor entienda que se está refiriendo este precepto, en realidad, a que si un ente, por disposición legal, está obligado a ejecutar una encomienda de gestión para otro ente, tal circunstancia presume la existencia de control. Ahora bien, eso supondría, en principio, que cumple el primer requisito *Teckal*, pero ¿y si no cumple el segundo (la actividad)? ¿Puede celebrar encomiendas de gestión sin que cumpla los requisitos de la LCSP? Y con ellos volvemos a la misma pregunta: ¿son admisibles en-

³⁸ De presunción «*iuris et de iure*» se califica en la Exposición de Motivos del Real Decreto 246/2009, de 27 de febrero, por el que se modifican los Estatutos del Instituto Español de Oceanografía, del Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, del Centro de Investigaciones Energéticas, Medio Ambientales y Tecnológicas, del Instituto Geológico y Minero de España, del Instituto de Salud Carlos III y de la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

comiendas de gestión al margen de la LCSP? ¿Se pueden seguir realizando encomiendas de gestión al amparo de la Ley 30/1992, sin tener en cuenta la LCSP? La respuesta entiendo que ha de ser afirmativa.

El último párrafo del artículo 24.6 de la LCSP contiene un requisito formal (la condición de medio propio debe figurar expresamente en la norma de creación o en los estatutos del ente), una prohibición (el medio propio no puede participar en licitaciones públicas del poder adjudicador del que es medio propio, de lo que se deduce, *a sensu contrario*, que sí podrá participar en las anunciadas por otros poderes adjudicadores) y alude a la forma habitual que adoptarán los encargos con medios propios (encomiendas de gestión)³⁹:

«La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las *encomiendas* que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles *contratos*, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas».

En este párrafo la encomienda de gestión ya no aparece, a diferencia de lo que ocurría en el párrafo segundo del artículo 24.6 de la LCSP, como

³⁹ El proyecto de LCSP distinguía entre contratos (que se presentaba como la forma de realizar los encargos a las sociedades de capital público) y encomiendas de gestión (que se presentaba como la forma de realizar los encargos a las entidades públicas). En efecto, decía el citado artículo:

«Están excluidos del ámbito de la presente ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

n) Los *contratos* celebrados con entidades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública o sobre las que se ejerza un control análogo al que se ostenta sobre los propios servicios, y que realicen la parte esencial de su actividad con el ente o entes que las controlan, así como las *encomiendas de gestión* que sean de ejecución obligatoria para la entidad que las recibe de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por quien confiere la encomienda y que se retribuyan mediante la aplicación de tarifas aprobadas por el sujeto que ostenta su control...»

Comparado con el texto que después fue aprobado, el proyecto nos parece bastante superior y mucho más coherente con nuestra legislación (salvo que no recogía correctamente los dos requisitos de la sentencia *Teckal*, pues los presentaba como alternativos en vez de acumulativos).

una presunción de la que se deduce la existencia del «control análogo», sino que se configura como la forma habitual que adoptarán los encargos a un medio propio. Y con ello llegamos a otra contradicción: si sólo se puede celebrar encomiendas de gestión con entes que ostentan la condición de medio propio en su norma de creación o en sus estatutos, ¿para qué sirve la presunción del párrafo segundo del artículo 24.6 de la LCSP? ¿O estamos otra vez ante la posibilidad de celebrar encomiendas sin el previo cumplimiento de los requisitos formales de la LCSP? Y si se han celebrado esas encomiendas, ¿bajo qué amparo? La única respuesta posible sólo puede ser el artículo 15 de la Ley 30/1992.

Por otra parte, llama la atención que este párrafo hable de adjudicación de «contratos», cuando la jurisprudencia comunitaria parte de la idea de que con un medio propio, debido a su ausencia de autonomía de la voluntad, no puede haber un auténtico contrato.

Pues bien, de la lectura del artículo 24.6 de la LCSP se deducen los requisitos para que un ente, organismo o entidad del sector público pueda ser considerado «medio propio y servicio técnico» de un determinado poder adjudicador, y que se pueden clasificar en materiales, formales y teleológicos.

1. REQUISITOS MATERIALES

Son los siguientes:

1. Que el ente, organismo o entidad realice la *parte esencial de su actividad* para el poder adjudicador.
2. Que el poder adjudicador ostente sobre el ente, organismo o entidad un *control análogo* al que puede ejercer sobre sus propios servicios.
3. En el caso de sociedades, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública.

El legislador español ha seguido en este punto, de forma estricta, los dos requisitos de la sentencia *Teckal* del TJCE. Asimismo, y siguiendo la jurisprudencia comunitaria posterior, exige, en el caso de sociedades, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública, sin que sea admisible la participación privada, por muy mínima que sea.

2. REQUISITOS FORMALES

Según el artículo 24.6 de la LCSP, en la norma de creación o los estatutos del ente, organismo o entidad debe figurar expresamente:

- a) Su condición de medio propio y servicio técnico.
- b) Las entidades respecto de las cuales tiene esta condición.
- c) El régimen de las «encomiendas» que se les pueda conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles «contratos».

Por tanto, la LCSP parece configurar la «encomienda de gestión» como la figura jurídica a utilizar en las relaciones con un medio propio, sin perjuicio de que también se puedan celebrar «contratos» cuando una licitación haya sido declarada desierta.

Es de destacar que el TJCE en ningún caso ha exigido que en los estatutos del ente instrumental deba figurar su condición de medio propio de un poder adjudicador. Se trata de una exigencia de nuestro legislador difícil de comprender en algunos supuestos.

¿Sólo aquellos entes, organismos y entidades que ostentan en sus normas de creación o en sus estatutos la condición de medio propio pueden celebrar encomiendas de gestión con la Administración matriz?

La respuesta no parece clara debido a la contradicción entre los párrafos segundo y tercero del artículo 24.6 de la LCSP. Mientras según el párrafo segundo parece posible celebrar encomiendas de gestión con entes que no tienen reconocido en su norma de creación o en sus estatutos la condición de medio propio (pues si así constara no haría falta acudir a presunción alguna), en el párrafo tercero parece indicar justo lo contrario: que sólo se pueden celebrar encomiendas de gestión con entes que tengan reconocida la condición de medio propio en su norma de creación o en sus estatutos.

Y es que, en realidad, no cabe una solución uniforme. Entiendo que todo dependerá de la naturaleza jurídica del ente. Existen entes que podrán celebrar encomiendas de gestión, aunque su norma de creación o sus estatutos no digan nada, y existen entes que sólo podrán celebrar encomiendas de gestión si tienen reconocida la condición de medio propio en su norma de creación o en sus estatutos. Los casos más extremos son los Organismos autónomos y las sociedades estatales.

Un Organismo autónomo, a mi juicio, no es necesario que modifique sus estatutos y se declare medio propio, porque es, por naturaleza, un ente instrumental⁴⁰. La Ley 6/1997, de 15 de abril, Organización y Funciona-

⁴⁰ Significativas son las palabras de Entrena Cuesta cuando dice que los organismos públicos constituyen un «mero instrumento» para la mejor satisfacción de los fines de la Administración pública de la que dependen (*Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., pág. 251). O Parada cuando afirma «no hay grandes diferencias del régimen de los Organismos autónomos del que es propio de los órganos de la Administración general, por lo que muy bien podrían transmutarse y funcionar como *Direcciones Generales de los respectivos departamentos ministeriales*» (*Derecho Administrativo*, ob. cit., pág. 252).

miento de la Administración General del Estado⁴¹ es muy diáfana al expresar en su artículo 45 que los Organismos autónomos «se rigen por el Derecho Administrativo y se les *encomienda*, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos». Si por Ley (ni más ni menos) tienen tal función, ¿a qué viene a que también deba constar en sus estatutos? ¿Es que si no lo dicen los estatutos, deja de ser un ente instrumental?

¿Por qué el TJCE, en sentencia de 19 de abril de 2007, consideró a la sociedad estatal TRAGSA, medio propio del Estado y de ciertas Comunidades Autónomas, porque así se deducía de la normativa española vigente, y no se puede trasladar la misma argumentación a un Organismo autónomo, que por Ley es un ente instrumental, depende de un Ministerio al que le corresponde el control⁴², y cuya actividad es la propia de dicho Departamento? ¿Es que tal Organismo autónomo no está obligado a ejecutar los encargos que le encomiende su Ministerio?

Considero que la exigencia formal del artículo 24.6 de la LCSP (que la condición de medio propio figure expresamente en la norma de creación o en los estatutos) resulta apropiada en entes como las sociedades con capital íntegramente público (y siempre, claro está, que cumplan los requisitos materiales y teleológicos indicados), pues, en caso contrario, se considerarían que tienen «vocación de mercado» (como se decía en la sentencia *Parking Brixen* de 13 de octubre de 2005), y, por tanto, no podrían ser medios propios de la Administración.

Es de señalar que todos los casos examinados por el TJCE se referían a sociedades con capital público (en su totalidad o en su mayor parte), pero nunca ha analizado el tema de un Organismo que forma parte de la propia estructura de la Administración. ¿Cómo un Organismo autónomo va a dejar de ser un ente instrumental de la Administración, por el simple hecho de que no figure expresamente en sus estatutos su condición de medio propio?

Amoedo, citado por Pernas García⁴³, al definir los contratos *in house* manifiesta que «no son sino encomiendas de trabajo que las Administraciones –y, en general, los considerados en las directivas sobre contratación

⁴¹ En adelante, LOFAGE.

⁴² Al Ministerio de adscripción le corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de la actividad del Organismo autónomo, así como el control de eficacia (artículos 43 y 51 LOFAGE). El principio de instrumentalidad se contempla en el artículo 44.1 LOFAGE.

⁴³ Pernas García, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, ob. cit., pág. 38.

poderes adjudicadores— imputan a servicios internos, organizaciones especializadas y segregadas en régimen de *descentralización funcional* para la realización de determinadas funciones de interés general». ¿Y eso no es, ni más ni menos, la definición de Organismo autónomo que realiza la propia LOFAGE? ¿Para qué exigir, como un añadido más, absolutamente innecesario, que en los estatutos o en las normas de creación del Organismo figure que es un medio propio de la Administración?

3. REQUISITO TELEOLÓGICO

Este requisito, omitido por la doctrina y la jurisprudencia del TJCE, se considera, sin embargo, de una importancia capital. Un ente, organismo o entidad sólo puede ser considerado medio propio de un poder adjudicador si, además de cumplir los requisitos materiales mencionados, ha sido creado con tal finalidad: actuar como medio propio de la Administración matriz.

Así, por ejemplo, una sociedad que fue creada para actuar en el mercado, por el simple hecho de que pueda cumplir los dos requisitos materiales (control y actividad) no se la puede declarar en sus estatutos, sin más, medio propio de la Administración, porque tal declaración sería contraria a los fines para los que fue creada.

Si no se exigiese este requisito, podrían aparecer entidades que, por el simple hecho de cumplir los requisitos materiales, se declarasen en sus estatutos medio propio de la Administración (a pesar de no ser ésa la finalidad que se perseguía con su creación), con la única intención de burlar la aplicación de la LCSP y poder recibir encargos directamente, sin publicidad ni concurrencia.

En los contratos con medios propios se pretende conseguir una mayor eficacia organizativa, pero no se pueden utilizar torticeramente con el propósito de vulnerar la normativa sobre contratación pública. No se debe atribuir, caprichosamente, la condición de medio propio a entidades que poco o nada tienen que ver con ello, con la única finalidad de no aplicar la normativa sobre contratación pública en sus relaciones con la Administración. Interesante es la crítica que hace el abogado general en la sentencia *TRAGSA* de 19 de abril de 2007, cuando afirma lo siguiente:

«La legislación española aquí examinada suscita cuestiones profundas sobre su compatibilidad con las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, ya que *incita a la Administración a sustraer los contratos públicos a los procedimientos de adjudicación pública*, aunque ello

no esté justificado por ningún interés público. Además, dicha legislación crea una posición privilegiada para los servicios instrumentales propios, que pueden ser considerados aptos para ejecutar contratos públicos *que no guarden relación alguna con las tareas que tengan atribuidas por ley o por estatuto*. Aunque de *iure* son medios propios de la Administración, *de facto* son colocados en una posición de operadores privilegiados en el mercado. Debe preguntarse si tal construcción resulta compatible con el principio consagrado en el artículo 86 CE, apartado 1, que prohíbe tales formas de desigualdad de trato».

Esperemos que pesen esas palabras, y no seamos testigos de una modificación masiva de los estatutos de todo tipo de entes, atribuyéndoles la condición de medios propios de la Administración, con la única finalidad de evitar la aplicación de la normativa sobre contratación pública.

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto en el presente trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Los contratos *in house providing* son aquellos en los que un poder adjudicador encarga directamente a un ente instrumental la realización de una determinada prestación al margen de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos.
2. Su configuración se debe a la jurisprudencia del TJCE.
3. Según el TJCE, para que un ente pueda ser considerado medio propio deben concurrir los requisitos de la sentencia *Teckal*:
 - Que la entidad adjudicadora ejerza sobre el ente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
 - Que el ente realice la parte esencial de su actividad para la entidad adjudicadora.
4. Una sociedad sólo puede ser considerada medio propio si, además de cumplir los dos requisitos anteriores, no tienen vocación de mercado y todo su capital es público (sin que exista la más mínima participación privada).
5. El medio propio, al cumplir el encargo, debe perseguir los mismos fines de interés público que la Administración matriz.
6. La LCSP, con una mayor precisión técnica con respecto al TRLCAP, no excluye de su ámbito las encomiendas de gestión, sino los negocios jurídicos con medios propios.

7. La LCSP ha recogido los requisitos de la sentencia *Teckal*, y, además, ha incluido un requisito formal no exigido por la jurisprudencia comunitaria (que la condición de medio propio figure en la norma de creación o en los estatutos). Se considera que el requisito formal debería admitir excepciones, dependiendo de la naturaleza jurídica del ente en cuestión.
8. Además de los requisitos anteriores, se debería exigir un requisito teleológico (que el ente haya sido creado con la finalidad de ser utilizado como medio propio de la Administración).
9. Los encargos con medios propios adoptarán normalmente la forma de encomiendas de gestión.
10. Las encomiendas de gestión que menciona la LCSP presentan grandes diferencias con las encomiendas de gestión reguladas en la Ley 30/1992, por lo que parece que el legislador ha designado con el mismo nombre dos figuras jurídicas distintas.

LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICABLE EN CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

Leticia Armendáriz
*Becaria de doctorado de la Universidad
Oberta de Catalunya (UOC)*

SUMARIO

Introducción. 1. Tratados internacionales aplicables a los conflictos armados internos. 1.1) Inicio de la regulación internacional: El Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. 1.2) Ampliación del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos internos: El Protocolo Adicional II (1977). 1.3) Otros tratados internacionales: regulación de los medios y métodos de combate (1990 y ss). 1.4) Tipificación penal e institucionalización de su persecución: de los Tribunales Ad Hoc al Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998). 2. El valor de la costumbre en la regulación internacional de los conflictos armados internos.

INTRODUCCIÓN

A pesar de la existencia, desde antiguo, de guerras de rebelión localizadas en el interior de estados soberanos, la formulación jurídica de las primeras normas de derecho internacional humanitario, aplicables a los conflictos armados de carácter interno, ha sido relativamente reciente en la historia del derecho internacional. La evolución de las normas consuetudinarias de la guerra desde la antigüedad hasta su primera codificación internacional en el s. XIX explica cómo, a raíz de la formulación de una serie de doctrinas, los conflictos armados internos quedaron excluidos del

ámbito de aplicación del derecho internacional de la guerra hasta la emergencia de la institución del reconocimiento de la beligerancia en el s. XIX¹. En particular, hasta la segunda mitad del S. XX, las distintas propuestas que perseguían la aplicación de ciertas normas internacionales de carácter humanitario a los conflictos civiles no lograron trascender del plano de las ideas al derecho positivo.

Tras la II Guerra Mundial, el principio de dignidad humana, inspirador del nuevo ordenamiento jurídico internacional impulsado por la recién adoptada Carta de las Naciones Unidas², y el enorme empeño del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), facilitarían la superación de las barreras que, hasta entonces, habían opuesto el principio de igualdad soberana al desarrollo de un derecho internacional humanitario aplicable a cualquier conflicto armado interno. Las primeras normas humanitarias internacionales relativas a los conflictos internos aparecieron con la aprobación de los convenios de Ginebra de 1949³, esto es, con la segunda gran fase de regulación del derecho de guerra y casi un siglo después de la aparición de los primeros tratados internacionales propios de los conflictos internacionales⁴. En realidad, los Convenios de Ginebra consolidaron en el

¹ Simplificando mucho, estas doctrinas derivan de la filosofía cristiana (s.IV a s.XVI), y de la teoría de la soberanía del Estado (s.XVIXVIII). V. Perna, L., *The Formation of the Treaty Law of Non International Armed Conflict*, 2006; y Moir, L., *The Law of internal armed conflicts*, 2002.

² *Carta de las Naciones Unidas*, adoptada en San Francisco el 26 de Junio de 1945, BOE núm. 275, 16 de Noviembre de 1990. Conforme al principio de garantía de la dignidad humana, derivado del Preámbulo y el Art. 1 de Carta, se reconocía la existencia de un conjunto de derechos básicos a todo individuo que debían ser respetados por el propio Estado en cualquier momento y condición. V. Saura, J., «La universalització del drets humans», *El Drets Humans al Segle XXI: continuïtat i canvis*, 2007, p. 106.

³ Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I); Convenio (II) para aliviar la suerte de los heridos, los enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio (IV) relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. En vigor desde el 21 de Octubre de 1950. BOE (GAZETA) Ref. 1952/10063. A fecha de 25 de Marzo de 2008 consta de 194 Estados Partes. Conviene mencionar que en 1928 fue adoptada la Convención de la Habana sobre derechos y deberes de los Estados en caso de luchas civiles, si bien su relevancia aquí, en cuanto instrumento humanitario de regulación internacional, no puede sobreestimarse. Además de limitarse al ámbito regional americano, en todo su redactado no es posible encontrar una sola mención a la aplicación del derecho humanitario a estos conflictos. Más bien, la impresión que ofrece el contenido normativo de sus cinco artículos, es la contraria: la voluntad de evitar que las guerras civiles se convirtieran en un motivo más de interferencia exterior en los asuntos internos del estado y, por extensión, la limitada aceptación de derechos a favor de los insurgentes. Su importancia como tratado internacional debe quedar confinada, así, al de ser el primero cuyo ámbito de aplicación se refiere en exclusiva a los conflictos armados internos.

⁴ Desde el periodo que comprende la segunda mitad del s. XIX hasta la II Guerra Mundial tiene lugar la primera etapa de codificación del derecho de guerra, que comienza con

derecho positivo lo que ya existía en la práctica internacional: la dicotomía legal entre conflictos armados internacionales e internos.

En contraste, una vez iniciada su regulación, la expansión de su alcance obligatorio y el perfeccionamiento de los mecanismos orientados a su cumplimiento han seguido un tempo significativamente más acelerado. Hoy podemos afirmar que el Derecho Internacional Humanitario (DIH) experimenta una tendencia a la asimilación progresiva entre conflictos armados internacionales e internos, si bien ésta no es todavía integral.

La presente nota prescinde de los primeros antecedentes de formulación jurídica internacional, materia ya tratada copiosamente por la doctrina, y se concentra en el proceso de regulación internacional de los conflictos armados internos. La primera sección estudia la adopción y el contenido de los instrumentos convencionales aplicables en conflictos armados internos. La segunda sección aborda el papel que el Derecho internacional consuetudinario (DIC) ha jugado en la afirmación de nuevas reglas humanitarias aplicables en conflictos internos y evalúa escuetamente su contenido actual.

1. TRATADOS INTERNACIONALES APLICABLES A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

1.1. INICIO DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL: EL ART. 3 COMÚN A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949

En el marco de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, la única disposición que regula los conflictos armados internos es el artículo 3 común⁵. El estudio de los trabajos preparatorios de la Conferencia Diplomática de 1949 muestra que la discusión de este artículo fue, desde el inicio, uno de

la Declaración de Paris de 1856 sobre derecho marítimo, y, esencialmente, con el Código Lieber (1863) que, aún siendo un instrumento de ámbito nacional adoptado para su aplicación en la guerra civil americana, fue la primera plasmación por escrito que, con carácter general, recogió el derecho de guerra aplicable a los conflictos entre Estados. A partir de este momento, diversos tratados internacionales fueron adoptados con el fin de ordenar las hostilidades en la guerra, iniciándose propiamente la primera codificación internacional de las leyes y usos de la guerra. En el ámbito del tratamiento de los no combatientes, se adoptó el Convenio de Ginebra de 1864 para mejorar la suerte de los militares heridos en campaña, reemplazado después por los Convenios de 1906, y 1929, y el Convenio (III) de 1899 y el Convenio (X) de 1907 en relación a la guerra marítima. Sobre medios y métodos de combate, se adoptaron la Declaración de San Petersburgo de 1868, la Convención de la Haya de 1899, la IV Convención de la Haya de 1907 y sus regulaciones anexas, y el Protocolo de Ginebra de 1925. Ninguno de estos instrumentos extendía su aplicación a las guerras internas.

⁵ De manera general, también es aplicable el artículo 1 común.

los puntos más controvertidos de las negociaciones⁶, y que la inclusión de los conflictos internos en el ámbito de aplicación de los Convenios tuvo que superar la dificultad de armonizar el concepto de soberanía estatal con la defensa del principio de garantía de la dignidad humana.

El borrador de artículo presentado por el CICR ante la Conferencia, partía de la aplicación, en caso de conflicto armado nointernacional, del conjunto de disposiciones de los cuatros Convenios, sujeta en algunos casos a la reserva de reciprocidad⁷. Sin embargo, a pesar del entendimiento más o menos extendido sobre la conveniencia de extender la regulación del derecho humanitario a los conflictos civiles, las posturas de las distintas delegaciones pronto evidenciaron que los Estados no estaban preparados todavía para aceptar la aplicación al completo de las leyes de la guerra a todas las clases de conflictos civiles, tal y como el proyecto del CICR proponía.

La primera estrategia de la Conferencia fue entonces, limitar la clase de conflictos internos a los que los cuatro Convenios serían aplicables⁸. Quedó claro que la futura regulación no abarcaría las situaciones de disturbios internos o rebeliones de baja intensidad, sino situaciones de genuino conflicto armado; pero la dificultad de conseguir un consenso para establecer las condiciones o definir un «conflicto armado nointernacional» situaron la única solución posible para conseguir la adopción de un texto, en limitar las disposiciones de los Convenios aplicables en este caso. Finalmente, sólo los principios esenciales de los cuatro Convenios fueron recogidos en un único artículo común, que es aplicable de manera general «en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes»⁹. Comienza aquí

⁶ *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol IIB, Berna, 1951, Art. 2, First Reading pp. 916. En adelante, *Final Records*.

⁷ Sobre la elaboración, entre 1946 y 1948, del denominado Proyecto de Estocolmo, V. Junod, SS., *Comentario del Protocolo del 8 de Junio de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del Art. 3 de esos Convenios*, 1998, p. 328 30; en adelante, *Comentario Art. 3*.

⁸ Véase las discusiones, y los 6 Anexos resultantes, en el Comité Especial constituido al efecto. *Final Records*, tomo II B, Seventh Report drawn up by the Special Committee of the Joint Committee, 16 July 1949, pp. 120-127.

⁹ El Artículo 3 común reza así: «En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las

una dicotomía legal entre los conflictos armados internacionales e internos que se ha perpetuado hasta la actualidad.

Tal y como destaca el profesor Bond, los delegados votaron, finalmente, a favor de aplicar un número limitado de principios a un número limitado de conflictos¹⁰. Ciertamente, la adopción del artículo en esta forma supuso mantener la incierta y amplia categoría de «conflicto armado que no sea de índole internacional», pero permitió por primera vez imponer ciertas obligaciones legales convencionales a todas las partes en un conflicto interno¹¹, sin condicionar, además, la aplicación de los principios humanitarios recogidos a un previo reconocimiento de la beligerancia o al criterio de la reciprocidad, tal y como había sido propuesto en distintos momentos de su negociación. Por lo demás, a pesar de su indefinición, el Artículo 3 común reduce el umbral para la aplicación de las normas humanitarias a los conflictos internos característico de la época anterior, y abarca toda situación de conflicto armado no internacional, incluidas aquellas situaciones de insurgencia que no alcanzan el grado de guerra civil¹².

Su contenido es una regla de mínimos, un «Convenio en miniatura», en comparación con las disposiciones aplicables a los conflictos interna-

circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto».

¹⁰ Bond, J.E., *The Rules of Riot. Internal Conflicts and The Laws of War*, 1974, p. 56 7.

¹¹ «Las palabras “Cada una de las Partes” marca toda la evolución que el Derecho internacional ha experimentado en algunos años», *Comentario Art. 3*, p. 338. Si el hecho de establecer normas convencionales obligatorios para los Estados fue todo un logro para 1949, aún más innovador fue el hecho de que éstas vincularan asimismo a una parte no signataria que ni siquiera era considerada sujeto de Derecho Internacional. Sobre sus justificaciones legales, el *Comentario* sugiere: «?... si la autoridad responsable que los dirige (rebeldes) ejerce una soberanía efectiva, está obligada por su propia pretensión de representar al país, o incluso sólo a una parte de este?... Si no lo aplica (Art. 3), dará la razón a quienes consideran su acción como un simple acto de anarquía o bandidaje», p. 339.

¹² Cullen, A., «Key developments affecting the scope of internal armed conflict in International Humanitarian Law», *Military Law Review*, Vol. 183, 2005, p. 79.

cionales, pero fue la fórmula de compromiso necesaria para conseguir una protección internacional en conflictos internos. En breve, la protección que dispensa puede resumirse en la obligación a un trato humano básico y el respeto de ciertas garantías procesales¹³ para los no combatientes¹⁴, y, un deber de recoger y asistir a los heridos y enfermos. Es importante destacar aquí, empero, que en el caso de los combatientes capturados, esta protección no se traduce en el estatus de prisioneros de guerra, y por tanto, nada impide que el Estado en cuestión pueda tratar a los rebeldes como delincuentes comunes (detenidos políticos) y juzgarles por traición o sedición, siempre y cuando el juicio sea desarrollado bajo las directrices de un proceso justo. Adicionalmente, se establece el derecho de iniciativa del CICR, y, aunque los Estados no están bajo una obligación de aceptarlo, no podrán ver en él un acto inamistoso o una tentativa de injerencia.

La sucinta enumeración de las reglas humanitarias básicas se puede reforzar mediante la celebración de los acuerdos especiales a los que invita el párrafo 2 del artículo con el fin de que las Partes acuerden extender las obligaciones a respetar a la totalidad o parte del resto de los Convenios¹⁵. Ello no sólo indica la conciencia de que el Art. 3 era insuficiente para una protección completa de las víctimas de los conflictos internos, sino también la existencia de una conciencia sobre la conveniencia de traspasar el resto del derecho internacional humanitario codificado en los Convenios a los conflictos armados no internacionales.

Finalmente, para salvaguardar el principio de igualdad soberana y de no intervención, el último párrafo del artículo dispone que su aplicación no afecta al estatus jurídico de las partes. Este inciso fue crucial para que el texto fuera finalmente adoptado, y evidencia la separación entre el enfoque

¹³ Los Convenios no proveen de una definición precisa de qué debe entenderse por trato humano; según el Comentario del CICR «se renunció a ello y con razón?... siempre es peligroso, sobre todo en este ámbito, querer puntualizar demasiado?... cuanto más precisa y completa pretenda ser una enumeración, tanto más adquiere un carácter restrictivo», p. 341. En cambio, se siguió la vía de enunciar cuatro prohibiciones absolutas («se prohíben en cualquier tiempo y lugar») de conductas incompatibles con un trato humano (letras a d)). *Comentario* Art. 3, p. 342.

¹⁴ El párrafo 1.º del artículo se refiere, como personas protegidas, a aquellos que no participan directamente en las hostilidades, e incluye tanto a ciertos miembros de las fuerzas armadas como a personas civiles.

¹⁵ Aunque la cláusula ha sido pocas veces utilizada, algunos ejemplos pueden encontrarse. En la guerra civil de Biafra, tras el bloqueo del Puerto de Harcourt en Mayo de 1968, las partes comenzaron a negociar un acuerdo especial que, en base al Art. 23.4 del IV CG, posibilitara el acceso de suministros a la región bloqueada. Cervenka, Z., *The Nigerian Civil War 1967-1970*, 1971, p. 69 Recientemente, durante el conflicto de la Ex Yugoslavia en Bosnia Herzegovina las partes firmaron un acuerdo para poner en vigor otras disposiciones de los Convenios. *Agreement N.º 1, 22 of May 1992, Art. 2, Para. 16. cit en Tadic (Jurisdicción)* p. 40.

legal y humanitario que intentó hacerse valer sobre los conflictos armados internos¹⁶. No obstante, si bien la aplicación de los principios señalados no supone el reconocimiento de los rebeldes como grupo beligerante, es claro que el Art. 3 común otorga a los rebeldes e insurgentes ciertos derechos y deberes internacionales en base a la naturaleza del conflicto¹⁷, algo completamente desconocido hasta entonces.

Junto a los logros señalados, el estudio del Art. 3 común evidencia una serie de deficiencias y lagunas, en especial a la luz de la práctica estatal subsiguiente a su adopción. Primero, la ausencia de una definición sobre qué debe entenderse por conflicto armado nointernacional, así como la falta de un mecanismo para la calificación y/o reconocimiento de una situación como tal, ha permitido a los Estados negar la existencia de un conflicto armado en su territorio o bien manipular la aplicación del Art. 3 en situaciones a priori encuadrables bajo su ámbito¹⁸. Según el Comentario del CICR de los Convenios, el Art. 3 común tiene la virtud de ser aplicable automáticamente una vez un conflicto armado «surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes», es decir, «su observancia no está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto»¹⁹. Posteriores estudios del CICR especifican que la existencia de un conflicto armado, en el sentido del Art. 3 común, no puede negarse si la acción hostil contra el gobierno legal establecido es de carácter colectivo y consiste en un mínimo de organización²⁰. Sin embargo, en la práctica, asumiendo que

¹⁶ «Responde al temor, siempre el mismo, de que, en caso de guerra civil, la aplicación del Convenio, incluso muy restringida, entrabese al Gobierno legal en su represión legítima de la rebelión o confiriese al bando adverso el estatuto de beligerante, acrecentando así su autoridad y poder?... Puntualiza con la mayor claridad, que el objetivo del Convenio es exclusivamente humanitario; que no afecta en nada a los asuntos internos del Estado; que sólo garantiza el respeto del mínimo de normas humanitarias que todos los pueblos consideran como válidas en todas partes y en todas las circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de la guerra.», *Comentario Art. 3*, p. 348 9.

¹⁷ Para el profesor AbiSaab ello supone la concesión de un cierto estatus legal objetivo para con los rebeldes, «Wars of national liberation and the laws of war», *Annales d'études internationales*, Vol. 3, 1972, p. 96, cit. en La Haye, p. 37.

¹⁸ Pueden citarse casos como el de Inglaterra en relación a los conflictos de Kenya, Chipre o Irlanda del Norte, la actitud de Portugal respecto a las situaciones de Angola o Mozambique, la posición de Bélgica respecto al conflicto en el Congo, la separación en Nigeria de Biafra, el conflicto en El Salvador; o, recientemente, el caso de Rusia respecto a Chechenia, o los conflictos en Afganistán, Sri Lanka, o Georgia. Para un estudio de la práctica estatal v. Bond, J.E., «Internal conflict and Article Three of the Geneva Conventions», *Denver Law Journal*, Vol. 48, 1971 2, pp. 270 273; La Haye, p. 3839; Moir, p. 67 y 88; Cullen, p. 82 83; y particularmente, los informes anuales del CICR, en <http://www.icrc.org>.

¹⁹ *Comentario Art. 3*, p. 335. V. asimismo las declaraciones de las delegaciones soviética y suiza durante la Conferencia, *Final Records*, Vol. IIB, p. 79, y 335.

²⁰ *Report of the Commission of Experts*, CICR, 1962, p.3.

estos sean los criterios de evaluación, ¿Quién determina que estas condiciones se cumplen? Gran parte de la doctrina acaba alcanzando la misma conclusión: la decisión sobre la existencia de un conflicto armado interno depende ampliamente de la apreciación discrecional del Estado afectado²¹. Así, algún autor ha destacado con acierto que el principal problema en esta área es el propio interés del Estado en no otorgar el «reconocimiento de conflicto armado»²². Uno puede aventurarse así a afirmar que, aún superando el tradicional mecanismo del reconocimiento de la beligerancia, el Art. 3 común ha generado, sin querer, una nueva condición «el reconocimiento del conflicto armado» para activar la aplicación de la regulación internacional a los conflictos armados internos.

Sin embargo, no puede olvidarse que desde el punto de vista legal, el Art. 3 tiene el mérito de situar los conflictos armados internos dentro del ámbito de discusión de la comunidad internacional, que, en consecuencia, tiene ahora capacidad para pronunciarse sobre el tema sin correr el riesgo de ser acusada de intervencionismo. En este sentido, el Art. 1 común a los cuatro Convenios demostraría la legitimidad de terceros Estados Partes de apelar a la aplicación del Art. 3 común cuando consideren que una situación ha alcanzado el umbral de conflicto armado²³.

La segunda deficiencia notoria del artículo 3 es la falta de un mecanismo para el control de su cumplimiento. A diferencia de los conflictos internacionales²⁴, los Convenios no contienen disposiciones que criminalicen sus violaciones, y la sanción de los infractores de las obligaciones del Art. 3 común queda en manos del gobierno legal. La falta de previsión de la responsabilidad penal internacional no sólo excluye toda posibilidad para terceros Estados y la comunidad internacional de ejercer su jurisdicción sobre estas violaciones, de igual gravedad en sustancia que las violaciones cometidas en conflictos internacionales, sino además permite al Estado en cuestión enjuiciarlas de acuerdo a tipos penales de derecho común, normalmente insuficientes para el castigo de crímenes de guerra.

²¹ Bond, p. 58, Cullen, p. 83 6, La Haye, p. 38, Moir, p. 34.

²² Lawrence, W.H., «The Status under International Law of Recent Guerrilla Movements in Latin America», *International Lawyer*, Vol. 7 N° 2, 1973, p. 412. En el mismo sentido, v. Moir, p. 34.

²³ El artículo 1 común establece: «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias».

²⁴ El sistema de *infracciones graves*, previsto en los Arts. 49/50/129/146 CG IIIIII IV respectivamente, establece una triple obligación para los Estados: criminalizar estas conductas en su legislaciones nacionales, buscar a las personas acusadas de algunas de ellas, y hacerlas comparecer ante la justicia sea cual fuere su nacionalidad, o, alternativamente, extraditarlas a otro/s Estado Parte interesado en su enjuiciamiento.

A pesar de las manifiestas deficiencias y lagunas del Art. 3 común²⁵, su valor para el derecho internacional general es capital. Se trata de la primera norma convencional que regula la aplicación del derecho internacional humanitario a los conflictos armados internos mediante la fijación de obligaciones no sólo para el gobierno establecido sino también para el bando rebelde. Durante casi 30 años fue el único estándar claro de protección humanitaria para los no combatientes en conflictos civiles, y con su adopción se abrió al derecho internacional humanitario un nuevo campo material de regulación hasta entonces ignoto. El comportamiento de los combatientes y el trato humano de las víctimas en los conflictos internos, pura traslación del principio de dignidad humana consagrado en la Carta de las NU, comenzaron a verse y tratarse como un asunto sometido a la lupa del derecho internacional, y su regulación dejó de circunscribirse al ámbito estrictamente nacional. A raíz de ello, nuevos aspectos humanitarios no contemplados en el contenido del Art. 3 empezaron a ser objeto de discusión²⁶.

La idea de desarrollar los puntos insuficientes de los Convenios de Ginebra, también en lo tocante a los conflictos armados internos, llevó al CICR a preparar propuestas concretas de regulación que completaran la legislación humanitaria en vigor²⁷ y, con un proyecto de texto en mano, el gobierno suizo convocó la celebración de una nueva conferencia diplomática para ampliar la regulación existente.

1.2. AMPLIACIÓN DEL DERECHO HUMANITARIO APLICABLE A LOS CONFLICTOS INTERNOS: EL PROTOCOLO II (1977)

Las lagunas del Art. 3 y el aumento en número y crueldad de los conflictos internos de la época –buena parte de ellos conectados al proceso de descolonización– desembocaron en la adopción en 1977 del Protocolo

²⁵ Una de las lagunas del Art. 3 no mencionadas, es la ausencia de reglas sobre medios y métodos de combate. A ella nos referimos más adelante, v. apartado 1.3, y Sección 2.

²⁶ De especial mención es la aprobación en 1954 de la Convención de la Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954, que establece su expresa aplicación en los conflictos internos, Art. 19. Asimismo, v. Res. 2444 (XXIII) AG de 19 diciembre de 1968, y los «Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados», Res. 2675 (XXV) de 9 diciembre de 1970.

²⁷ En 1971 y 1972 se celebró respectivamente, bajo auspicios del CICR, la *Conferencia de Expertos gubernamentales para la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados*, de donde surgiría el texto completo de dos protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra. Los volúmenes de las Conferencias pueden encontrarse digitalizados en Library of Congress, <http://www.loc.gov>.

Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)²⁸. Desde el inicio de la Conferencia Diplomática²⁹ se partió de la necesidad de reafirmar y desarrollar las reglas establecidas en el Art. 3 común, pero el complejo contexto político de su elaboración dificultó enormemente la aprobación de un texto definitivo para los conflictos internos hasta los momentos finales de la Conferencia.

El borrador del Protocolo II estaba basado en cuatro puntos principales: 1) la aplicación a todos los conflictos que no sean entre Estados, incluidas las guerras de liberación nacional; 2) una definición del ámbito de aplicación similar a la del Art. 3 común; 3) un alto standard de protección dirigido no solo a la población civil y a los detenidos, sino también a los combatientes mediante la limitación en el uso de medios y métodos de combate; 4) la obligación de su aplicación por ambas partes en una base de completa igualdad³⁰. El texto finalmente consensuado quedó, sin embargo, lejos de la propuesta debatida. Una vez que los países de reciente independencia lograron alcanzar su objetivo de incluir las luchas anticoloniales como conflictos internacionales, que recalaban por tanto en el ámbito de aplicación I³¹ del Protocolo, se cuidaron mucho de evitar extender la protección humanitaria dispensada en el Art. 3 común a otras clases de conflictos internos, pensando en su futuro incierto como Estados, y su interés se centró en asegurar que el nuevo instrumento de regulación internacional no autorizara la intervención extranjera en sus soberanías bajo argumentos humanitarios³².

²⁸ Entró en vigor el 7 de diciembre de 1978; BOE N° 177 de 26/7/1989, y BOE N° 241 de 7/10/1989. A fecha de 25 de Marzo de 2008 consta de 163 Estados Partes. En adelante PAII. El Protocolo Adicional I (PAI) regula los conflictos armados internacionales.

²⁹ *Conferencia Diplomática para la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario* se reunió durante cuatro largos períodos de sesiones entre 1974 y 1977. V. *Official Records of the Diplomatic Conference*, 17 Vols, 1978; en adelante CDDH. Asimismo, Junod, S., *Comentario del Protocolo II, CICR*, Ed. en español, Ginebra, 1998, Op. Cit, en adelante *Comentario PAII*.

³⁰ V. Bothe, M., Partsch, K., Solf, W., *New Rules for victims of armed conflicts, Commentary on the two Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, 1982, p. 604. El borrador del PAII puede encontrarse en CDDH, Official Records, Vol. I, Part 3, pp. 35-49.

³¹ El Art. 1.4 del PAI entiende como «guerra» (internacional) «los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación consagrado en la Carta de las Naciones Unidas». V. Mangas, A., «La calificación de las guerras de liberación nacional como conflictos armados internacionales: consecuencias para el derecho internacional humanitario», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. IV, 1990.

³² En este grupo de oposición al PAII se incluían también los países de línea comunista. Véase en especial, las declaraciones de Rumania, CDDH/SR.33, Vol. V, p. 406, y la radical posición de la India, CDDH/I/SR.23, Vol. VIII, p. 224 y 232, CDDH/II/SR.22, Vol. XI, p.

Únicamente un Estado, Noruega, propuso eliminar la distinción legal entre conflictos armados internacionales e internos y adoptar un solo protocolo³³. Al margen de los países del tercer mundo, la gran parte de los Estados abogaba por ampliar la protección humanitaria del Art. 3 común, pero sus posiciones variaban desde los que pretendían la máxima protección posible (maximalistas) hasta aquellos en pro de una serie de disposiciones básicas fijadas de acuerdo al límite del respeto de la soberanía y jurisdicción estatal (minimalistas)³⁴. Además, la queja sobre el débil automatismo del Art. 3 común forzó la posición sobre la conveniencia de incluir una definición de conflicto armado interno. Así las cosas, a pesar de que en la primera etapa de las negociaciones se había consensuado un borrador inicial de 49 artículos, con una extensión y profundidad similar a la del Protocolo I, en las últimas sesiones de la Conferencia, las diferencias entre los partidarios de un Protocolo extenso y los defensores de la soberanía estatal y la no intervención, parecieron abocar al fracaso del Protocolo II con su rechazo en las votaciones finales. Enfrentado a este panorama, la delegación pakistaní propuso un nuevo proyecto reducido de 28 artículos, que incluía una definición altamente exigente de conflicto armado interno, que fue el finalmente aprobado en 1977³⁵.

El PA II representa una notable mejoría en la protección de las víctimas de los conflictos armados internos, pero establece unas condiciones de aplicación más estrictas que las que reclama el Art. 3 común, lo que genera, en adición a la división entre conflictos internacionales e internos, una doble categoría de conflictos internos. Los criterios requeridos son análogos a los que querían guiar el reconocimiento de la beligerancia, pero sin la totalidad de consecuencias derivadas de ésta³⁶. Por contra, el umbral

222, y CDDH/SR.49/Annex, Vol. VII, p. 81. V. Draper, G., «Wars of National Liberation and War Criminality», Howard. M. (ed.), *Restraints on War*, 1979, p. 150.

³³ En su intervención afirmaba: «the distinction...and the elaboration of two different Protocols...only led to discrimination or what has been called “selective humanitarianism”» CDDH/I/SR.23, Vol. VIII, p. 217.

³⁴ V. La Haye, p. 41. El primer grupo incluía a los países nórdicos y Nueva Zelanda; el segundo reunía a Australia, EE.UU., y Canadá; éste último declaraba: «unless article 1 (ambito de aplicación material) was modified the provisions of draft Protocol II would be inappropriate to several types of conflict to which the Protocol would apply. Protocol II as a whole must necessarily contain only provision of humanitarian nature...That should be done, first, by defining non international armed conflicts, second, by covering all instances involving the use of armed forces and, third, by establishing new, simple, clear and basic provisions that every responsible government would wish to apply in full exercise of State sovereignty». CDDH/III/SR.18, Vol. XIV, p. 151, y CDDH/I/SR.22; Vol. VIII, p. 202.

³⁵ *Official Records*, IV, Referencia CDDH/427.

³⁶ Mientras el reconocimiento de beligerancia suponía la aplicación del conjunto del derecho de guerra, el PAII pone en vigor un número de normas sustancialmente menor

inferior se mantiene, en principio, idéntico al aplicable en el Art. 3 común y queda expresamente definido. Su Artículo 1 prevé:

«1. El presente Protocolo?...se aplicará a todos los conflictos armados?...que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.»

Entendemos, junto a otros autores, que la restricción del umbral de aplicación del PAII produce un efecto negativo en la aplicación del DIH a los conflictos armados internos. No sólo genera que situaciones de conflicto armado entre dos grupos armados organizados distintos del Estado queden excluidas de su protección, por ejemplo los conflictos actuales de Sudán o Somalia, sino además, otorga al Estado afectado un margen de acción suficiente para, esta vez, poder negar su aplicación bajo el argumento del incumplimiento por los rebeldes de algunas de las condiciones exigidas. Por ende, la disparidad creada por la división entre conflictos internos de alta y menor intensidad tiene el efecto de socavar las aspiraciones de universalidad en la aplicación de estándares humanitarios a toda clase de conflicto armado³⁷. Esta aspiración, que toma su base del principio reconocido de la dignidad humana, busca asegurar una protección humanitaria en todo tiempo y lugar, sin distinguir entre la naturaleza internacional e interna del conflicto o la mayor o menor intensidad de éste.

La contribución del Protocolo II a la evolución del DIH de los conflictos internos radica en que profundizaba en la aplicación del derecho humanitario a los conflictos internos así descritos. El contenido sustantivo del Protocolo completa el Art. 3 común con tres grandes grupos de contribuciones:

a) La primera mediante la ampliación del concepto de trato humano (Título II). El Art. 4 del Protocolo II establece nuevas garantías funda-

a aquellas aplicables en caso de conflicto armado internacional. El reconocimiento de la beligerancia exigía, sin embargo, a los insurgentes un previo nivel de organización similar a la de un gobierno, criterio no incluido en el PAII.

³⁷ V. Cullem, p. 96, y la doctrina allí citada en apoyo de un único cuerpo jurídico aplicable en todos los conflictos armados.

mentales que incluyen la prohibición de castigos colectivos, de actos de terrorismo, de la esclavitud, y el pillaje, y una protección especial de los niños menores de 15 años³⁸. Asimismo, las personas privadas de libertad mejoran sus garantías de ubicación, abastecimiento, tratamiento médico, y comunicación (Art. 5). En añadido, las garantías judiciales son más exhaustivamente definidas, animando incluso a que al término del conflicto los detenidos políticos y antiguos combatientes sean eximidos de su responsabilidad por la mera participación en el conflicto armado, y se les conceda la amnistía más amplia posible (Art. 6)³⁹.

b) La segunda ampliación sustantiva del PA II se refiere al cuidado de los enfermos, heridos y náufragos mediante la protección de las misiones médica y religiosa, y de su infraestructura (Título III).

c) Finalmente, el Título IV establece medidas más detalladas para la protección de la población civil como la prohibición de su ataque, desplazamiento injustificado, o de inutilizar o destruir los bienes indispensables para su supervivencia, o sus lugares de culto.

En contraste con esta efectiva ampliación normativa, que aún y todo no alcanza el estándar de protección dispensado por el PAI, el PAII no atenúa otras lagunas ya detectadas con respecto al Art. 3 común. En particular, no prevé ningún mecanismo específico para supervisar y garantizar su activación automática. Aunque la definición o condiciones de aplicación de su Art. 1 activan el Protocolo de forma objetiva, en la práctica, tratándose de conflictos internos, siguen siendo los gobiernos afectados por el conflicto los encargados de efectuar, por sí, la calificación del conflicto según los términos recogidos en el Art. 1. Esta situación de máxima descentralización y, por tanto, subjetivismo en la calificación de los hechos, ha tendido, al igual que en el caso del Art. 3, a facilitar el rechazo de su aplicabilidad mediante la negación del cumplimiento de las condiciones requeridas a las situaciones de hecho creadas por distintos bandos insurgentes⁴⁰. Asimismo, la cuestión del uso de determinadas armas prohibidas

³⁸ La protección de los derechos del niño ha sido desarrollada por el Protocolo Opcional a la Convención sobre los Derechos del Niño (2000), si bien en este instrumento la edad límite se sitúa en los 18 años. La protección del PAII es, por tanto, más amplia, y, bajo este límite de edad ha sido criminalizada su utilización en el Estatuto de la CPI, Art. 8.2.e)vii.

³⁹ Sobre la interpretación del Art. 6.5 en relación a la amnistía v. RothArriaza, N., *State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law*, California Law Review, Nº 78, 1990.

⁴⁰ Por ejemplo, en el conflicto de El Salvador, los tres grupos armados, el gobierno, los paramilitares (ORDEN) y el Frente de Liberación Nacional Farabundo Martí (FLFM) rechazaron el supuesto derecho aplicable, que según los analistas, incluía el Art. 3 común, el PAII, y el derecho consuetudinario. V. Bothe, M., «Art. 3 and Protocol II: Case studies of Nigeria and El Salvador», Am. Univ. L. R., 1981 2. Finalmente, ambas partes, aún sin

en conflictos internacionales continuó sin ser objeto de tratamiento en los conflictos internos. El borrador del CICR había incluido ciertas disposiciones del Derecho de la Haya, pero éstas fueron recortadas en el borrador final pakistaní. Por último, el Protocolo tampoco contiene disposiciones de criminalización de las violaciones serias a su contenido, ni establece un mecanismo de represión obligatorio para los Estados. Esta laguna marcaba las mayores diferencias en la distinción de la regulación humanitaria entre conflictos armados internacionales e internos. Las conductas que violan de forma grave los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I, con respecto a los conflictos armados internacionales, son considerados desde ambas normativas como crímenes de guerra, y tratadas, en conformidad, de acuerdo a un sistema de represión característico de los crímenes internacionales⁴¹. Por el contrario, las violaciones graves al Art. 3 común y PA II seguían excluidas ex tractatum del concepto de crimen de guerra, y su castigo permanecía reservado a la discrecionalidad de los Estados a través de sus legislaciones y jurisdicciones nacionales.

1.3. OTROS TRATADOS INTERNACIONALES: REGULACIÓN DE LOS MEDIOS Y MÉTODOS DE COMBATE (1990 Y SS.)

Desde la adopción de los Convenios de Ginebra de 1949 y del PAII de 1977 no ha existido otra conferencia diplomática comparable en la que se hayan abordado segmentos generales del derecho humanitario. No obstante, el desarrollo y ampliación del conjunto de normas sustantivas de derecho internacional humanitario relativo a los conflictos armados internos continuó a un ritmo sorprendente desde los años 90 en adelante, si bien, con un ligero cambio en el centro de gravedad de esta normativa. Mientras que el Art. 3 común y el Protocolo II siguieron un enfoque esencialmente humanitario, es decir, de protección directa de los no combatientes⁴², los avances de derecho sustantivo desde los 90 hasta la actualidad se han producido en el marco de la regulación relativa a las armas y otros medios y métodos de combate. La asimilación en este caso de los conflictos armados internos y

reconocer su aplicación, terminaron por aceptar el cumplimiento de las reglas del Art. 3 y del PAII.

⁴¹ El PAI amplía con varias conductas en concepto de «infracciones graves» de los CG, y lo asimila en terminología al de crímenes de guerra, Arts. 11 y 85 PAII.

⁴² Es cierto que el Art. 3 común y el PA II suponen una significativa limitación de la libertad militar de las partes en la conducción de las hostilidades, pero se trata de una protección general y sus disposiciones no establecen específicamente prohibiciones sobre el uso de determinados medios de combate. Véase en particular, el Título IV del PAII.

los internacionales ha sido total, en la medida en que las normas contenidas en estos tratados no se dirigen específicamente a la regulación de los conflictos armados internos o internacionales, generando, como hasta entonces, dos regímenes jurídicos diferenciados, sino a la regulación conjunta de un objeto en particular en relación todos los conflictos armados.

En particular puede identificarse tres líneas de evolución en relación a estos tratados internacionales. Algunos establecieron inicialmente su aplicación en el ámbito de conflictos internacionales, y mediante posteriores enmiendas la extendieron a los conflictos internos. Es el caso de la Convención de 1980 sobre Armas Convencionales, y sus Protocolos anexos I y III y Protocolo Adicional IV, a través de la enmienda adoptada en 2001⁴³, y, de manera específica, su Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, según fue enmendado en 1996⁴⁴. En ambos casos, el texto se refiere a conflictos armados no internacionales en el sentido del Art. 3 común a los Convenios de Ginebra, lo que los hace extensibles a la categoría más amplia de conflicto armado interno aceptada por el Derecho internacional. También, las dos enmiendas prevén la obligatoriedad de sus disposiciones para cada parte en el conflicto, lo que indica que los grupos armados rebeldes quedan igualmente sujetos a sus restricciones⁴⁵. Por contra, a fecha de hoy estos instrumentos gozan de un todavía débil índice de ratificaciones⁴⁶.

Otros, previeron desde su aprobación la aplicación en cualquier circunstancia lo que comprendería, dado el amplio lenguaje, situaciones de conflicto armado internacional e interno⁴⁷. Entre ellos se encuentran

⁴³ *Convención sobre prohibiciones y restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse nociva o de efectos indiscriminados*, 1980, Art. 1. Los Estados partes en la Segunda Conferencia de examen de la Convención, adoptaron la enmienda de 2001 con objeto exclusivamente de modificar su Art. 1 y extender su ámbito de aplicación y el del resto de protocolos anexos (I, III, y IV) a los conflictos armados internos; v. Declaración Final de la Segunda Conferencia de Examen, CCW/CONFII/2, p. 810. El párrafo 2 de la enmienda establece: «La presente Convención y sus Protocolos anexos se aplicarán, además de las situaciones a las que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, a las situaciones a que se refiere el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra?...».

⁴⁴ Art. 1.2, 1.3, y 1.6 del Protocolo II, con idéntica redacción a la enmienda de 2001 a la Convención de 1980. Fue enmendado el 3 de Mayo de 1996, y entró en vigor el 3 de diciembre de 1998.

⁴⁵ V. Párr. 3 y 6 de la Enmienda de 2001, y Arts. 1.3, 1.6, y 14 del Protocolo II. En este punto v. BolaertSuominen, S., «Greave Breaches, universal jurisdiction and internal armed conflicts: is customary law moving towards a uniform enforcement mechanism for all armed conflicts?», *Journal of conflict and Security Law*, Vol. 5, Nº 1, 2000, pp. 84.

⁴⁶ A fecha de 25 de Marzo de 2008, la Enmienda del 2001 a la Convención consta de 59 Estados partes, y el Protocolo II de 1996 de 89 Estados partes. V. <http://www.icrc.org>.

⁴⁷ Distintos autores respaldan esta posición; Werle, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2005, p. 577; Bolaert Suominen, Op. Cit, pp. 85 y ss.; y, La Haye, E., Op. Cit, p. 46.

la Convención sobre armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas de 1972⁴⁸, la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción de 1993⁴⁹, y la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción de 1997⁵⁰. Desgraciadamente, a pesar del considerable número de Estados Partes, y a excepción ninguno de estos tratados dispone específicamente su aplicación por actores no estatales, por lo que su extensión a los conflictos armados internos no puede considerarse completa⁵¹. A este grupo hay que añadir otros tratados cuyas disposiciones derivan su aplicación en todo tipo de conflicto armado, como la Convención sobre el Personal de Naciones Unidas y Personal Asociado de 1994⁵², y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados del 2000⁵³.

Finalmente, una serie de tratados establecieron, desde su adopción y de manera explícita en sus disposiciones, la aplicación en situación de «conflicto armado que no tenga carácter internacional»; en particular, la Convención de la Haya sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954 y su Protocolo II de 1999⁵⁴, y el Protocolo V a la

⁴⁸ Art. 1: «Cada Estado Parte?...se compromete a no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener, *nunca ni en ninguna circunstancia?*...» este tipo de armas. En apoyo de su efectiva aplicación a conflictos armados internos puede citarse el párrafo 9 de su preámbulo que afirma el objetivo de «excluir completamente la posibilidad de que los agentes bacteriológicos y las toxinas se utilicen como armas». A 25 de Marzo de 2008, son Parte en la Convención 155 Estados.

⁴⁹ Art. 1.1, y Art. 2.5. En vigor desde el 27 de Abril de 1997. 183 Estados partes a 25 de Marzo de 2008.

⁵⁰ Denominado Convención de Ottawa, Art. 1. Sin embargo, de nuevo, su Art. 16 prevé únicamente a los Estados como posibles Partes en la Convención. En vigor desde el 1 de Marzo de 1999. Actualmente, 156 Estados partes.

⁵¹ . BolaertSuominen «*Only states can become parties to the treaty. There is no language on the application of the Convention to nonstate actors. Moreover, unlike for some instruments discussed above, there is no mechanism enabling nonstate entities referred to in articles 1 (4) to become parties*», p. 86.

⁵² El texto no utiliza la expresión específica «en cualquier circunstancia» pero su ámbito de aplicación *ratione personae* hace extensible sus disposiciones a ambas clases de conflicto. V. Art. 2.

⁵³ Art. 4.1. La adopción de este tratado ha estado ciertamente influenciada por la tipificación en el Estatuto de la CPI de 1998 del crimen de guerra de utilización, reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años para participar en las hostilidades; Art. 8.2.b. xxvi), y e) vii).

⁵⁴ Art. 22. El ámbito de aplicación del Protocolo a los conflictos armados internos no supuso controversia alguna desde que la Convención de 1954 ya contemplaba su aplicación a conflictos armados internos; no obstante, la Convención obligaba únicamente a aplicar las disposiciones relativas al respeto de los bienes culturales, y no el grueso de la Convención,

Convención de armas convencionales de 1980 sobre los Restos Explosivos de Guerra de 2003⁵⁵.

Algunos autores como Laura Perna, han interpretado esta tendencia en los tratados más recientes como una consecuencia derivada del objetivo que guía la adopción de esta regulación⁵⁶. Indicaría que en aquellos tratados cuyo objeto es esencialmente militar, su esencia no distingue entre conflicto armado internacional e interno; bajo parámetros militares, es indiferente si el conflicto armado es interno o internacional. También perdería importancia el diferente grado de intensidad del conflicto armado interno. Otra forma de entenderlos sería el propuesto en este artículo: el impacto que el reconocimiento del principio de respeto a la dignidad humana ejerce sobre el conjunto del derecho internacional humanitario, en especial, con respecto a la igualación de las conductas prohibidas en conflictos armados internos o internacionales. Esta conclusión queda reforzada por la repetida referencia al principio de humanidad, y al principio de derecho humanitario sobre la limitación de ciertos medios y métodos de combate que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios derivado de ese, contenida en los preámbulos de varias de estas convenciones⁵⁷.

Aun y todo, como ya ha sido indicado, el principal escollo que se deriva de esta regulación en lo que respecta a los conflictos armados internos, es su obligada aplicación por grupos armados no estatales, ya que algunos de estos tratados prevén la obligatoriedad de sus prohibiciones y restricciones únicamente respecto a los Estados Partes.

Art. 19. Una vez más, el Protocolo no hace referencia expresa a la vinculatoriedad de actores no estatales. 48 Estados Parte a 25 de Marzo de 2008.

⁵⁵ Para cuando fue aprobado este Protocolo en 2003, la Convención general de 1980 ya había sido enmendada para aplicarse también en el caso de conflictos internos, Art. 1.3. Está en vigor desde el 12 de noviembre del 2006 y consta de 42 Estados Partes a 25 de Marzo de 2008.

⁵⁶ «They all address specific problems which occurred both in international and non-international armed conflicts; their application to internal armed conflicts is the result of the issues at stake and of the way those treaties were negotiated, and not the result of specific negotiations addressing internal armed conflicts per se. These changes seem to follow from a change in the formative factors of the treaties, which, having a situation on the ground focus, did not distinguish between international and internal armed conflicts» Perna, p. 1134.

⁵⁷ Véase por ejemplo, el párrafo 6º de la Convención de 1993 sobre armas químicas «Resueltos, *en bien de toda la humanidad, a excluir completamente* la posibilidad de que se empleen armas químicas?...» (énfasis añadido). De manera similar, el párrafo 1º del Protocolo V de 2003 sobre los restos explosivos de guerra, y el párrafo 11 de la Convención de Ottawa de 1997.

1.4. TIPIFICACIÓN PENAL E INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PERSECUCIÓN DE LAS GRAVES VIOLACIONES DEL DIH EN CONFLICTOS INTERNOS: DE LOS TRIBUNALES AD HOC AL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (1998)

El último gran avance normativo en el campo de la regulación internacional de los conflictos armados internos culmina con la adopción del Estatuto de la CPI en 1998⁵⁸. En buena medida, este hito del Derecho internacional, relativo a la responsabilidad penal del individuo, viene a paliar una de las carencias más esenciales presentes en el Art. 3 común y su PA II. Hasta ese momento, en palabras de Moir:

«A considerable body of international law exist to protect civilians during internal armed conflicts. The main problem lies not in the content of those rules, but rather in their enforcement»⁵⁹.

Mediante su entrada en vigor se ha logrado, en definitiva, el establecimiento de la responsabilidad penal individual por graves violaciones del DIH exigible en conflictos armados internos (Art. 25), y, como consecuencia, su consideración legal como crímenes de guerra y crimen internacional; pero además, se ha habilitado por primera vez una vía institucional para su persecución internacional. Por ello, aunque el ámbito jurídico del Estatuto se sitúa, más bien, en el campo del Derecho Penal Internacional, su conexión con el DIH, en cuanto cuerpo de normas primarias que delimita las conductas punibles, obliga a su consideración aquí como parte de la regulación internacional de los conflictos armados internos»⁶⁰.

A diferencia de la represión de los crímenes de guerra en conflictos internacionales, confiada a los Estados mediante el régimen de infracciones graves de los Convenios de Ginebra, la ausencia en el Art. 3 común y PAII de disposiciones de criminalización había situado la cuestión de la represión de violaciones del DIH cometidas en los conflictos internos

⁵⁸ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, UN Doc. S/CONF.183/9, 17 Julio 1998. Entró en vigor el 1 de Julio de 2002. A Marzo de 2008 consta de 105 Estados Partes. LO 15/2003, B.O.E nº 283, de 26 de noviembre de 2003 (modificación del código Penal español de 1995). LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

⁵⁹ Moir, Op. Cit., p. 232.

⁶⁰ La conexión a la que nos referimos es clara en el Art. 8.2 del Estatuto que envía a los Convenios de Ginebra y al derecho humanitario general para la definición de los crímenes de guerra allí incluidos. Véase la introducción a los apartados ab), y ce). V. Werle, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2005, pp. 435 439.

fuera del ámbito de discusión internacional. Todavía a inicios de los años 90 se afirmaba desde el CICR: «According to humanitarian law as it stands today, the notion of war crimes is limited to situations of international armed conflict»⁶¹. La idea de que la violación de los principios humanitarios esenciales aplicables en conflictos internos también debía generar la responsabilidad penal de su autor bajo el derecho internacional adquirió fuerza positiva a raíz de las atrocidades cometidas en los conflictos de la ex Yugoslavia (1991) y Rwanda (1993)⁶². El establecimiento por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de los Tribunales Internacionales ad hoc para la Ex Yugoslavia (1993) y Rwanda (1994), supuso la primera tipificación «ad hoc» de ciertas conductas cometidas en conflictos internos como crímenes de guerra, la determinación de la responsabilidad individual de los culpables de estas conductas, y su enjuiciamiento a través de un órgano internacional⁶³.

Ciertamente, el Estatuto del TPIY no contiene una disposición expresa que califique las graves violaciones del Art. 3 y PAII como crímenes de guerra. Pero a través de su jurisprudencia, que parte de la pretensión del Estatuto como una manifestación del Derecho internacional consuetudinario (DIC), el Tribunal ha defendido una interpretación extensiva del Art. 3 de su Estatuto («leyes y costumbres de la guerra») para entender que su jurisdicción también se extiende a las graves violaciones cometidas en el conflicto interno de la Ex Yugoslavia. Bajo esta interpretación, iniciada

⁶¹ Comentarios preliminares del CICR sobre el establecimiento del TPIY, DDM/JUR442 b, 25 de Marzo de 1993, Párr. 4, *no publicado*, cit. en Kress, K., «War Crimes committed in noninternational armed conflict and the emerging system of international criminal justice», *Israel Yearbook of Human Rights*, N° 30, 2000, pp. 104. Otras afirmaciones similares de miembros del CICR, escribiendo a título particular, incluyen, Plattner, D., «The Penal Repression of Violations of IHL aplicable in NonInternational Armed Conflicts», IRRC, N° 278, 1990, p. 414; y en su retrospectiva, también Graditzky, T., «Individual Criminal Responsibility for Violations of IHL Committed in in NonInternational Armed Conflicts», IRRC, N° 80, 1998, p. 33.

⁶² Abundante literatura respaldaba y confirmó esta dirección. Sandoz, Y., «Implementing International Humanitarian Law», *International Dimensions of Humanitarian Law*, 1988, p. 259-282. Meron, T., «International Criminalization of Internal Atrocities», *AJIL*, Vol. 89, 1995, p. 561. Greenwood, C., «IHL and the Tadic Case», *European Journal of International Law (EJIL)*, Vol. 7, 1996, p. 280. Green, L.C., «Enforcement of the Law in International and NonInternational conflicts The Way Ahead», *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 24, 1996, pp. 285-320. Sassòli, M. & Bouvier, A.A., *How does law protect in war?*, ICRC, 1999.

⁶³ *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia*, adoptado como anexo a la Resolución 827 del CS de 25 de Mayo de 1993. V. LO 15/1994, 1 de junio, para la cooperación de España con el TPIY. *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda*, Anexo a la Resolución 855 del CS de 8 de Noviembre de 1994. V. LO 4/1998, 1 de julio, para la cooperación de España con el TPIR. En adelante, TPIY y TPIR.

por la Cámara de Apelación en el caso Tadic⁶⁴ (jurisdicción) y confirmada en posteriores decisiones⁶⁵, el Tribunal revisó el contenido de las reglas consuetudinarias de derecho humanitario aplicable a los conflictos internos, y sostuvo que determinados principios del derecho de guerra aplicable en conflictos internacionales –como la prohibición de ataques a la población civil, la prohibición de la perfidia, y la prohibición del uso de ciertos medios de combatese extienden ahora a los conflictos armados internos en virtud del DIC⁶⁶. Por otro lado, apelando a los principios del Tribunal internacional de Nüremberg, el Tribunal afirmó que la ausencia de disposiciones de criminalización en el Art. 3 común no suponía un impedimento para la punibilidad internacional de sus infracciones graves, y sostuvo que también a esta área alcanzaba el desarrollo del DIC⁶⁷. En particular, el Tribunal concluyó:

«customary international law imposes criminal liability for serious violations of Common Article 3, as supplemented by other general principles and rules on the protection of victims of internal conflict, and for breaching certain fundamental principles and rules regarding means and methods of combat in civil strife»⁶⁸.

En 1994, la cristalización de esta nueva tipología de crímenes de guerra apareció codificada en el Art. 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (TPIR) que establece su competencia «para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de graves violaciones del Art. 3 común?... y del Protocolo Adicional II». Se afirmaba por primera vez en un instrumento internacional que estas infracciones generan efectivamente responsabilidad penal internacional para el individuo que las comete (Art. 6.1 del Estatuto). El TPIR ha seguido la misma línea jurisprudencial del TPIY sobre la punibilidad de las violaciones del DIH en conflictos internos con base al DIC⁶⁹.

El recurso al DIC como medio para evidenciar la progresiva asimilación de la regulación humanitaria aplicable en conflictos armados interna-

⁶⁴ V. Tadic (jurisdicción), Párrs. 89, 93, y 94.

⁶⁵ *Prosecutor v. Delalic et alt.*, Caso No. IT96 21 T, Párr. 316. En adelante, asunto Delalic.

⁶⁶ *Idem*, Párrs. 100 120.

⁶⁷ *Idem*, Párr. 128 y ss.

⁶⁸ Párr. 134.

⁶⁹ *Prosecutor v. Kanyabashi*, Case IT9615T, 18 de Junio de 1997, Párrs. 8 y 33; *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Judgment, Case No. ICTR964T, 2 de Septiembre 1998, Párr. 611 615.

cionales e internos y el reconocimiento de la responsabilidad penal individual en conflictos armados internos, es uno de los aspectos más relevantes del trabajo de ambos Tribunales ad hoc. La siguiente sección analiza en mayor detalle este aspecto. Baste aquí mencionar que la validez de este progreso ha quedado reforzada, en primer lugar, por la legitimidad de los instrumentos que instituyen la responsabilidad internacional del individuo. Es cierto que los Estatutos de los TPIY y TPIR ceñían estrictamente el alcance de su jurisdicción a los crímenes acontecidos en ambos territorios durante las respectivas guerras internas (Art. 1). Pero, por un lado, no excluían de su jurisdicción *ratione temporis* et *materiae* a ninguna de las partes en el conflicto, rompiendo la idea de tratarse de tribunales de los vencedores como ocurrió con los Tribunales de Nüremberg y Tokio. Y por otro, el propio mecanismo de creación, unos Estatutos debatidos en el seno de las NU, aprobados por su máximo órgano de decisión por unanimidad y adoptados, además, bajo el capítulo VII de la Carta como medida de obligado cumplimiento para los Estados miembros, reforzaba la idea de la cristalización con su aprobación de normas de derecho internacional general que calificaban ciertas conductas, los crímenes de guerra interna, como nuevos *delicta iuris Gentium*.

Ello parece explicar, en segundo lugar, porque a pesar del criticismo respecto a la *lex lata* reinante en la década de los 90 subsiguiente a la publicación del caso Tadic (1995) y del Estatuto del TPIR (1994), la tesis de la asimilación y la consecuente extensión del concepto de crimen de guerra al ámbito de los conflictos armados internos fue confirmada, en esencia, tan sólo pocos años después en otros instrumentos internacionales y en un tratado internacional multilateral de la relevancia del Estatuto de la CPI. Efectivamente, tras estos precedentes el desarrollo en esta área ha sido vertiginoso. Junto a repetidos pronunciamientos del Consejo de Seguridad en favor de la responsabilidad penal individual en conflictos armados internos⁷⁰, la Comisión de Derecho Internacional confirmó en el Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996

⁷⁰ 70 V. las resoluciones del CS en Burundi, S/Res/1012 (1995) y S/Res./1072 (1996), donde recuerda que «que todas las personas que cometen violaciones graves del derecho internacional humanitario o autorizan su comisión son personalmente responsables de dichas violaciones y deben responder por ellas»; y en sentido similar, la Res. respecto a la Republica Democrática del Congo, S/Res/1234 (1999) y S/Res/1341 (2001); Georgia, S/Res/1339 (2000); Sierra Leona, S/Res/ 1315 (2000) y S/Res/1400 (2002); Timor del Este, S/Res/1319 (2000). Algún autor ha concluido incluso que «Ever since 1992, it (Security Council) has considered that serious violations of the laws of war committed in internal conflict engage the criminal responsibility of the perpetrators», Montaz, D., «War crimes in noninternational armed conflicts under the Statute of the International Criminal Court», *Yearbook of International Criminal Court*, Vol. I, 1998, p. 181.

que las serias violaciones del Art. 3 común y del Art. 4 del PAII constituyen crímenes de guerra⁷¹. En el comentario al artículo 20, donde se incluyen los crímenes de guerra, la Comisión matizó que la lista de crímenes de guerra allí enunciada no había sido hecha «ex nihilo», sino que la mayoría de crímenes están reconocidos por el DIH y derivan de diferentes instrumentos⁷². En los años siguientes, otros instrumentos internacionales confirmaron la existencia del principio de la responsabilidad penal individual en conflictos armados internos y la cristalización del concepto de crímenes de guerra para las violaciones graves del DIH aplicable en ese ámbito. La Regulación 2000/15 de los Paneles Especiales para Timor Oriental (2000), adoptada por la Administración Transicional de las NU creada por el Consejo de Seguridad en ese país, y el Estatuto de la Corte Especial de Sierra Leona, resultado de un tratado entre el gobierno y el Secretario General de NU a instancia del Consejo de Seguridad, establecen la competencia de ambos tribunales para enjuiciar, inter alia, a personas responsables de violaciones del Art. 3 común y del PAII, así como de otras serias violaciones del DIH aplicable en conflictos armados⁷³.

Pero con seguridad fue la adopción en 1998 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el que alcanza mayor relevancia en el proceso de regulación internacional de los conflictos armados internos. El Estatuto constituye el primer tratado internacional multilateral que tipificó los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internos (Art. 8.2.c) y e)), representa el consenso alcanzado por el conjunto de Estados sobre la lista de conductas punibles como tales bajo el DIC⁷⁴, y establece una jurisdicción internacional para su persecución con carácter permanente y potencial alcance universal. En adición, la inclusión de los crímenes de guerra interna en el Estatuto no sólo supone su reconocimiento como crimen internacional, sino además su estigma de pertenencia, de acuerdo a los principios y propósitos indicados en el Preámbulo, al grupo de «los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto»⁷⁵.

⁷¹ Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, International Law Commission at its fortyeighth session, Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II, Part Two.

⁷² Idem, p. 54, comentario 9).

⁷³ Respectivamente, Regulation No. 2000/15 on the Establishment of Panels With Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences, UN Doc. UNTAET/REG/2000/15, Sección 6.1.c) y e); *Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone*, 16 enero de 2002, Statute of the Special Court for Sierra Leone, Art. 3 y 4.

⁷⁴ De 162 Estados participantes, 102 votos a favor, 7 en contra, y 20 abstenciones.

⁷⁵ Idem, Párrafo 4 ° del Preámbulo.

No obstante, al definir los crímenes de guerra en su Art. 8⁷⁶, el Estatuto mantiene la separación legal entre conflictos armados internacionales (párrafos a y b), e internos (c y e), y sólo recoge parcialmente el desarrollo del DIC avanzado por los Tribunales ad hoc. Mientras en materia de protección de las personas existe una amplia coincidencia entre los tipos penales aplicables en conflictos internacionales e internos, el Art. 8 no tipifica ningún crimen de guerra interna en el ámbito de los medios de combate prohibidos, y sólo un número de crímenes de uso de métodos de combate prohibidos menor al aplicable en conflictos internacionales, situándose así por debajo del estándar consuetudinario abierto por la jurisprudencia de los tribunales ad hoc. Ello, unido a ciertas particularidades del derecho de los conflictos internacionales (como el ámbito de personas protegidas), resulta en una lista de crímenes de guerra en conflictos internacionales cuantitativamente superior a la de los conflictos internos (34 tipos frente a 16).

2. EL VALOR DE LA COSTUMBRE EN LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

Como ha sido apuntado en el apartado anterior, la regulación del DIH exigible en conflictos armados internos no ha quedado circunscrita a la celebración de tratados internacionales. El TPIY lo apuntó con rotundidad en los casos Tadic (jurisdicción) y Delalic:

«The emergence of international rules governing internal strife has occurred at two different levels: at the level of customary law and at that of treaty law. Two bodies of rules have thus crystallised which are by no means conflicting or inconsistent»⁷⁷. «Since at least the middle of this century, the prevalence of armed conflicts within the confines of one State or ensuing from the breakdown of previous State boundaries is apparent, and absent the necessary conditions for the creation of a comprehensive new law by means of a multilateral treaty, the more fluid and adaptable concept of customary international law takes the fore»⁷⁸.

⁷⁶ El Art. 8.2.c) declara la punibilidad de las violaciones al Art. 3 común, y el Art. 8.2.e) tipifica otras violaciones del DIH, que incluyen mayoritariamente normas provenientes del PA II (9 tipos penales), pero también de las Regulaciones de la Haya (2 tipos), y un nuevo tipo penal de ataques contra operaciones humanitarias.

⁷⁷ Tadic (jurisdicción), Párr. 98.

⁷⁸ V. Delalic, Judgment, Párr. 301.

Según la definición clásica, el derecho consuetudinario existe si puede afirmarse que a partir de un convencimiento jurídico (opinio iuris sive necessitatis) se ha originado en la práctica un uso (consuetudo)⁷⁹. El elemento objetivo del derecho consuetudinario es pues la práctica estatal, derivada de la conducta oficial del Estado en su totalidad⁸⁰ y que debe ser «extensa y uniforme»⁸¹. Además de que la determinación de la existencia y contenido de una norma consuetudinaria es siempre un proceso delicado, en el caso de los conflictos armados adquiere un matiz especial. De nuevo, el Caso Tadic puso de manifiesto esta particularidad:

«when attempting to ascertain State practice with a view to establishing the existence of a customary rule of a general principle, it is difficult, if not impossible, to pinpoint the actual behaviour of the troops in the field for the purpose of establishing whether they in fact comply with or disregard, certain standards of behaviour (...) In appraising the formation of customary rules or general principles one should therefore be aware that, on account of the inherent nature of this subject matter, reliance must primarily be placed on such elements as official pronouncements of States, military manuals and judicial decisions»⁸².

Por esta razón, asimilada en otras decisiones judiciales y por varios estudios doctrinales, cuando se ha invocado la existencia de alguna costumbre de orden humanitario se ha hecho, en lo esencial, dotando de alto valor no sólo a la práctica beligerante propiamente dicha sino también a los pronunciamientos verbales de los Estados, esto es, dotando en cierta forma, de un mayor énfasis a la opinio iuris que a la práctica estatal⁸³.

Aunque la costumbre en esta materia, como en otras, sea difícil de probar, a nadie se le escapa que, entre las ventajas de determinar la existencia de una costumbre de derecho humanitario estaría la de hacer oponible su contenido obligatorio a cualquiera de las partes en el conflicto, con independencia

⁷⁹ Art. 38.1.b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ): «una práctica generalmente aceptada como derecho». V. *Continental Shelf Case* (Lybian Arab Jamahiriya v. Malta), CIJ, Judgment, 3 June 1985, ICJ Reports 1985, pp.2930.

⁸⁰ Werle, G., p. 107; Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, 1998, p. 5.

⁸¹ *North Sea Continental Shelf Cases*, Judgment, 20 February 1969, ICJ Reports, 1969, p. 43.

⁸² Tadic (jurisdicción), Párr. 99.

⁸³ V. *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, IT95 16 T, 14 Diciembre 2000, Párr. 527 y ss; Este método ha sido seguido por ejemplo en el estudio sobre el DIC del CICR; Henckaerts, JM., Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Vols I-III*, 2005, Introducción (en adelante *Estudio CICRDIC*). V. también el estudio realizado por La Haye, Op. Cit, pp. 48-78.

de que el Estado en concreto formara parte de un tratado que recogiera tal obligación y sin reparar en si dicho tratado afirma su obligatoriedad también respecto a otros actores no estatales. Esto permitiría, por ejemplo, hacer opo-nible algunas obligaciones fijadas en el Protocolo Adicional II, en los trata-dos multilaterales sobre armamento, o en el Estatuto de la CPI, a Estados que no hubieron ratificado estos tratados así como a actores no estatales.

¿En qué medida podemos afirmar que, efectivamente, la costumbre regu-la, al margen de los tratados referidos, aspectos relevantes del DIH de los conflictos internos? Bajo la interpretación citada, el TPIY concluía en 1995 que el cuerpo de DIC en conflictos internos incluía:

«such areas as the protection of civilians from hostilities, in particular from indiscriminate attacks, protection of civilian objects, in particular, cultu-ral property, protection of all those who do not (or no longer) take active part in hostilities, as well as prohibition of means of warfare proscribed in internatio-nal armed conflicts and ban of certain methods of conducting hostilities»⁸⁴.

A pesar de indudable valor de esta afirmación, posteriores estudios pon-en de manifiesto que la conclusión del Tribunal tuvo un carácter prema-turo, al menos respecto al estado del DIC en 1995 en materia de medios y métodos de combate⁸⁵. Sería difícil presentar aquí un estudio exhaustivo del DIC de los conflictos armados internos, por lo que me limitaré a apun-tar sucintamente los principales progresos. Parece idóneo partir en este punto de dos áreas que, como vimos en la Sección 1, aparecen distinguidas en el propio cuerpo del DIH: 1) reglas para la protección de la población civil, y, 2) reglas sobre medios y métodos de combate.

REGLAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL

Es ampliamente compartido que entre las reglas consuetudinarias de protección de la población civil se encuentra actualmente el Art. 3 común, que garantiza el principio del trato humano de los no combatientes. Así fue afirmado en 1986 por la CIJ en el Caso Nicaragua v. EE.UU.⁸⁶, y en la década de los 90, por el TPIY, en el *Asunto Tadic (jurisdicción)*⁸⁷, *Asunto*

⁸⁴ Tadic (jurisdicción), Párr. 127.

⁸⁵ V. La Haye, p. 153 5; BolaertSuominen, Op. Cit., p. 101 3.

⁸⁶ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, (Nicaragua v US), Merits, ICJ, 27 June 1989, párr. 218. En adelante Asunto Nicaragua.

⁸⁷ Tadic (Jurisdicción), Párr. 89, 98, y 102; y Tadic, Judgment, 1997, Párr. 609 y 617.

*Delalic*⁸⁸, *Asunto Furundzija*⁸⁹, y *Asunto Aleksovski*⁹⁰, y, por el TPIR, en el *Asunto Akayesu*⁹¹. Además, en añadido al cuasiuniversal índice de ratificaciones de los Convenios de Ginebra, existe una amplia práctica estatal al respecto consistente, inter alia, en jurisprudencia nacional⁹², práctica militar⁹³, declaraciones estatales en el ámbito internacional⁹⁴, y práctica de organismos internacionales⁹⁵. También encontraría un sólido apoyo en el estudio recopilatorio del CICR sobre el DIC (2005), a cuyas fuentes y razonamientos nos remitimos especialmente⁹⁶.

El carácter consuetudinario del Protocolo Adicional II y otras regulaciones posteriores es, por el contrario, mucho más incierto. El contenido de la “Cláusula Martens” recogida en el preámbulo del Protocolo II, omite expresamente la referencia tradicional a los principios del derecho internacional derivados de los «usos establecidos», punto que, por el contrario, sí está incluido en el PAI y, además, como parte del articulado vinculante. En añadido, aunque no les salva mucha diferencia, el estado de ratificaciones del PAII no alcanza la universalidad de los Convenios de Ginebra⁹⁷, y, notablemente, dentro de la lista de Estado Partes no se encuentran algunos países inmersos en conflictos internos⁹⁸. No es de extrañar, por ello, que el Secretario General de la NU reconociera en su Informe sobre el esta-

⁸⁸ Delalic, Judgment, Párr. 3001.

⁸⁹ Prosecutor v. Furundzija, Judgment, Case No. IT9517/1T, 10 de diciembre de 1998, Párr. 138.

⁹⁰ Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Judgment, Case No. IT9514/1T, 25 de junio 1999, párrs. 49-50.

⁹¹ Akayesu, Judgment, Párr. 608.

⁹² En EEUU, S. Kadic v. R.Karadzic, US Court of Appeals for the second circuit N° 15411544, 13 Octubre 1995, p. 22; en Colombia, Juicio C574/92, Sección V, B2c, de 28 de octubre de 1992, y, Juicio C225/95, Sección VD, de 18 de Mayo de 1995, ambos no publicados y citados por el TPIY en *Furundzija*, Judgment, Párr. 137.

⁹³ Informe de la Fuerza Armada de El Salvador sobre el respeto y la vigencia de las normas del derecho internacional humanitario durante el período de septiembre de 1986 a Agosto de 1987, 1987, p. 3, citado en Tadic (jurisdicción), Párr. 117.

⁹⁴ Declaración del representante de EE.UU. en el seno del CS durante el establecimiento del TPIY Provisional Verbatim Record of the Three Thousand Two Hundred and Seventeenth Meeting, 25 May 1993, S/PV. 3217, 25 May 1993, p. 15.

⁹⁵ En el Informe sobre el establecimiento del TPIY, la lista enumerada por el Secretario General sobre los tratados consuetudinarios a ser aplicables por el Tribunal incluía los Convenios de Ginebra, sin una mención específica sobre la exclusión de alguna de sus disposiciones. Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, S/25704, 25 de Mayo de 1993, Párrs. 34-35.

⁹⁶ Customary International Humanitarian Law, 2005, Vol. I, Rules 87 y ss, Vol. II, Practice, Chapter 32, Sections A y ss.

⁹⁷ A 25 de Marzo de 2008 consta de 163 Estados Partes, frente a las 194 ratificaciones de los CG I-IV.

⁹⁸ Por ejemplo, Afganistán, Marruecos, Israel, Irak, Sudan, o Sri Lanka.

blecimiento del TPIR en 1995, que el PAII *en su totalidad* «todavía no ha sido reconocido universalmente como parte del derecho internacional consuetudinario»⁹⁹.

Sin embargo, los Tribunales ad hoc de Yugoslavia¹⁰⁰ y Ruanda¹⁰¹, un sector relevante de la doctrina¹⁰², y también, las conclusiones que derivan del Comentario del PA II del CICR¹⁰³ y su Estudio sobre el DIC¹⁰⁴, coinciden en señalar que, si bien el carácter consuetudinario del PAII no alcanzaría al conjunto de sus disposiciones, las normas que integran su «núcleo básico» sí gozan de dicho estatus. Aunque las conclusiones varían en cuanto al contenido de este núcleo básico, coinciden en que éste incluiría como mínimo los artículos 4¹⁰⁵, 5 y 6¹⁰⁶, 9¹⁰⁷, y 13.2¹⁰⁸ del Protocolo II, o lo que es lo mismo, el principio de trato humano a los no combatientes (en

⁹⁹ Informe presentado por el Secretario General en cumplimiento del Párrafo 5 de la Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, UN.Doc. S/1995/134, Párr. 12.

¹⁰⁰ Tadic (jurisdicción), Párr. 98 y 117; *Prosecutor v Kordic and Cerkez*, IT 9514/2PT, Jurisdiction Decision 2 and 3, 1999, párr. 30; *Prosecutor v. Pavle Strugar et al.*, Case No. IT01-42 AR72, Decision on Interlocutory Appeal, 22 Nov 2002, párr. 9; *Prosecutor v. Blaskic*, Appeal Judgement, IT9514A, 29 July 2004, Párrs. 157-158. *Prosecutor v. Martić*, Judgment, Case No.IT95 11 T, 2007, párr. 45. V. Mettraux, G., *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, 2005, pp. 138-144.

¹⁰¹ *Akayesu Judgment*, Op. Cit. Párr. 609, 611-15. *Prosecutor v. Rutaganda*, Judgment, Case No. ICTR96 3, 6 de diciembre de 1996, párr. 8690. *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR -95 1T, Trial Judgment, párrs. 1823.

¹⁰² V. Meron, *Human rights and humanitarian norms as customary law*, 1989, p. 71-4. Greenwood, C., «Customary Law status of the 1977 Geneva Protocols», Delissen and Tanja (Eds), *Humanitarian Law of Armed Conflicts, challenges ahead*, 1991, pp. 112-3. Cassese, A., «The Geneva Protocols of 1977 and Customary International Law», *UCLA Pacific Basin Law Journal*, Vol. 3, 1984, p. 55, citado en Moir, que trata la cuestión en, p. 1445; Sassòli, M. & Bouvier, A.A., *How does law protect in war?*, ICRC, 1999. p. 109; y, La Haye, E., Op. Cit., pp. 52-4.

¹⁰³ *Comentario PAII*, Op. Cit., Párrs. 4508, y 4511.

¹⁰⁴ V. concretamente en el Vol. IRules, en especial, Parte II Cap. 7, y Parte V, con la práctica correspondiente del Vol. II.

¹⁰⁵ *Akayesu*, Párr. 610: «Whilst the Chamber is very much of the same view as pertains to Additional Protocol II as a whole, it should be recalled that the relevant Article in the context of the ICTR is Article 4(2) (Fundamental Guarantees) of AP II. All of the guarantees as enumerated in Article 4 reaffirm and supplement Common Article 3 and, as discussed above, Common Article 3 being customary in nature, the Chamber is of the opinion that these guarantees did also at the time of the events alleged in the Indictment form part of existing international customary law». *Furundzija*, Judgment, Op. Cit, Párr. 137, y Párr. 168. *Rutaganda*, Judgment, Párr. 86. También, *Estudio CICRDIC*, Rule 87 y ss.

¹⁰⁶ *Comentario PAII*, Párr. 4508, y 4511; La Haye, E., p. 54: «Next to Art. 4 of the Protocol, the core of customary norms may well include the customary rights borrowed from the Covenant of Civil and Political Rights and appearing in Articles 5 and 6 of Protocol II», Meron, en *Human rights*..., p. 73.

¹⁰⁷ *Estudio CICRDIC*, Vol. I Rule 2530, y práctica adjuntada.

¹⁰⁸ Tadic (jurisdicción), Párr. 100101, 105, y 110111, y 115. Asunto Strugar, Párr. 9; Blaskic, Párrs. 157-8. Y especialmente, La Haye, E., pp. 5869.

forma más desarrollada que el Art. 3 común), el principio de protección del personal sanitario y religioso, y, el principio de protección de la población civil en forma de prohibición de ataques directos contra la misma¹⁰⁹. En conjunto, el razonamiento seguido toma su base del carácter inalienable de los derechos protegidos en estas normas, muchos de los cuales han sido aceptados como reflejo del derecho consuetudinario en instrumentos de derechos humanos o de acuerdo al Art. 3 común, y, por tanto, mantienen dicho carácter cuando han sido establecidos en el PAII.

Por otro lado, las violaciones graves del Art.3 común y de este núcleo básico de disposiciones del PAII, son consideradas, directa o indirectamente, crímenes de guerra bajo el Art. 8.2.c) y e) del Estatuto de la CPI. Dado que la tipificación de los crímenes en el Estatuto partió de la base de que únicamente las normas primarias que sin lugar a dudas formaban parte del DIC y daban lugar a la responsabilidad penal individual serían incluidas, ello no solo confirma el carácter consuetudinario de dichas prohibiciones sino, por ende, también el del principio de la responsabilidad penal individual por sus violaciones¹¹⁰.

OTRAS REGLAS CONSUECUDINARIAS APLICABLES EN CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS: MEDIOS Y MÉTODOS DE COMBATE PROHIBIDOS

¿Cabe la posibilidad, al margen del Art. 3 común y el núcleo básico del PAII, de la existencia de otras normas consuetudinarias que rijan para los conflictos armados internos? Según expresó el TPIY: «there exist a corpus of general principles and norms in internal conflicts embracing common Article 3 but having a much greater scope»¹¹¹. En este sentido, junto a las reglas citadas del PAII, el Tribunal se refirió específicamente al principio de protección de determinados objetos civiles, como la propiedad cultural¹¹². Sin embargo, el mayor escollo, evidente en el Art. 8 del Estatuto de la CPI, radica en la posibilidad de afirmar la consolidación de

¹⁰⁹ La prohibición de ataques indiscriminados contra la población civil no aparece incluida de forma expresa en el PAII, y su violación no ha sido criminalizada en el Estatuto de la CPI para los conflictos internos (para los conflictos internacionales v. Art. 8.2.b)iv)). El Estudio del CICRDIC afirma, débilmente, que la regla que prohíbe los ataques indiscriminados sería de aplicación también en conflictos armados internos.

¹¹⁰ V. Von Hebel & Robinson, «Crimes within the Jurisdiction of the Court», Lee. R. (Ed), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, 1999, p. 105. Mettraux, G., Op. Cit., p. 144.

¹¹¹ Tadic (jurisdicción), Párr. 116.

¹¹² Idem, Párr. 98. El carácter consuetudinario de esta regla queda afirmado por el Art. 8.2.e)iv del Estatuto de la CPI.

normas consuetudinarias en el ámbito de los medios y métodos de combate. No resulta fácil establecer con propiedad cuáles son y desde cuándo estarían vigentes. A diferencia de los conflictos internacionales, cuyas primeras normas escritas, los Convenios de la Haya de 1899 y 1907, datan de mediados del S. XIX y respondían, ya por entonces, a prácticas estatales acendradas, la extensión a los conflictos internos de ciertos principios que limitan la conducción de las hostilidades vía disposiciones convencionales es un fenómeno muy reciente, originado, como vimos, en la década de los 90. Además, la práctica estatal es muy escasa en esta área, y algunos intentos para limitar los medios y métodos de combate en conflictos internos durante las conferencias diplomáticas de 1949 y 1974-77, fueron rechazados por la mayor parte de Estados¹¹³. Un ejemplo firme puede encontrarse en el Estatuto de la CPI de 1998, que no contiene crímenes de guerra interna basados en el uso de medios de combate; según el delegado de EE.UU. durante la Conferencia, las diferencias entre los Arts.8.2 b) y e) refleja el consenso entre los delegados de que «customary international law has developed to more limited extent with respect to internal armed conflicts»¹¹⁴.

Por el contrario, algunos de los tratados multilaterales sobre armamento citados poseen actualmente un nada desdeñable índice de ratificaciones. Es el caso de la Convención sobre Armas Químicas de 1993 (183 Estados Partes), el Tratado de Ottawa sobre minas antipersonales de 1997 (156 E.P), la Convención sobre Armas Bacteriológicas y Tóxicas de 1972 (155 E.P)¹¹⁵. Además, en los respectivos preámbulos de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales de 1980, y del Tratado de Ottawa, los Estados declararon que su adopción estaba basada «en el principio de derecho internacional?... que prohíbe el empleo, en conflictos armados, de armas, proyectiles, materiales o métodos de hacer guerra de naturaleza tal que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios». Al mismo tiempo, parecen existir muy pocos ejemplos de práctica, militar u oficial de los

¹¹³ En el marco de la Conferencia Diplomática de 1949 v la propuesta de EE.UU., *Final Records*, Vol. IIB, p. 90. En la negociación del PAII de 1977, v. el borrador de Estocolmo, que contenía la prohibición del uso de medios y métodos de combate susceptibles de causar heridas superfluas o sufrimientos innecesarios, y no llegó a ser adoptado; Art. 20.2 Draft APII, CDDH, *Official Records*, Vol. I, Part 3, 1973, p. 39. No obstante, según el *Estudio CICR DIC* «There was no indication, however, of any objection to the rule as such in this context», Vol. I, Rule 70, p. 239.

¹¹⁴ V. Scheffer, D., «The US and the ICC», *AJIL* Vol. 93, 1999, p. 16.

¹¹⁵ Sobre el valor de los tratados en la formación de la costumbre, Baxter, R., «Multilaterals treaties as evidence of customary international law», *British Yearbook of International Law*, Vo. 41. 1965 66, p. 300 y ss.

Estados, contrarios a este principio¹¹⁶. A la inversa existe un ejemplo a favor. Durante los conflictos en la Ex Yugoslavia las partes concluyeron un acuerdo para extender ciertas disposiciones de los CG a lo que era considerado un conflicto interno sujeto al Art. 3 común, y entre sus cláusulas fue incluida expresamente la prohibición sobre medios y métodos de combate de naturaleza superflua o sufrimientos innecesarios¹¹⁷. Además, de acuerdo al Estudio CICRDIC, un amplio número de manuales militares contiene dicho principio general de prohibición¹¹⁸; en este sentido, si bien no queda muy claro que las disposiciones de estos manuales sean aplicables en conflictos armados internos¹¹⁹, el estudio explica acertadamente: «States generally do not have a different set of military weapons for international and noninternational armed conflicts»¹²⁰.

No obstante, aún aceptando estas evidencias como base suficiente para sostener el carácter consuetudinario del citado principio en conflictos internos, persiste sin embargo, el problema principal de definir su contenido.

Al respecto, el TPIY ha sostenido que, también en el área de los medios y métodos de combate, se han desarrollado ciertos principios de derecho consuetudinario. En el caso Tadic, el TPIY afirmó de manera general la cristalización del principio que limita el derecho de las partes en conflicto a herir al enemigo, y el principio de que las armas y otros materiales y métodos prohibidos en conflictos internacionales no deben emplearse en ninguna circunstancia¹²¹. Apoyándose básicamente en la condena de la comunidad internacional respecto al uso de armas químicas por el gobierno iraquí contra la población kurda en 1988, el Tribunal considero sólido

¹¹⁶ En su estudio sobre DIC en materia de medios y métodos de combate La Haye, encuentra hasta 2002 solamente dos ejemplos de práctica beligerante donde fueron usadas armas prohibidas: el uso de armas químicas por Irak contra los kurdos (1988), y el reconocimiento de un oficial ruso sobre el uso de armas incendiarias contra territorio de Chechenia (1999), Op. Cit, p. 71. En el caso de Irak, sin embargo, el gobierno negó haber usado tales armas reafirmado además su adhesión al Protocolo de Ginebra de 1925, lo que en cierto modo reafirma la validez de la prohibición. La autora cita también la Res. AG 2795 (XXVI) y Res. 2707 (XXV) donde la Asamblea General condenó el uso por Portugal de armas químicas durante los conflictos en Angola, Mozambique, y Guinea Bissau, p. 73.

¹¹⁷ *Agreement on IHL between the parties to the conflict in Bosnia and Herzegovina*, 22 May, 1992, Art. 2.5. V. Estudio *CICR DIC*, p. 239, y, Tadic (jurisdicción), Párr. 73.

¹¹⁸ *Estudio CICRDIC*, Vol. I, Rule 70, p. 239, Nota 16.

¹¹⁹ Según La Haye, E.: «Military manuals of recent belligerents do not contain in general, provisions dealing with weapons prohibited in internal conflicts. This can be explained by the absence of any provision of the prohibition of the use of certain weapons in common Article 3 or Protocol II, and the slow inclusion of recent conventions like the Protocol II on land mines of 1996, or the Protocol on laser weapons, in their national legislation or military manuals», p. 72.

¹²⁰ *Estudio CICRDIC*, Idem, p. 240.

¹²¹ Tadic (jurisdicción), Párr. 110 y 119; asimismo en Martić, Judgment, Párr. 45.

concluir que el principio que prohíbe el uso de gases y armas químicas es aplicable igualmente en caso de conflicto armado interno¹²². Pero, principalmente, el Tribunal recurrió al siguiente argumento moral, aún también ciertamente lógico, para sostener la extensión a los conflictos internos de ciertas prohibiciones específicas aplicables en los conflictos armados internacionales:

«elementary considerations of humanity and common sense make it preposterous that the use by States of weapons prohibited in armed conflicts between themselves be allowed when States try to put down rebellion by their own nationals in their own territory. What is inhumane and consequently proscribed in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife»¹²³.

Al margen de la prohibición del uso de armas químicas y bacteriológicas, no existe una práctica estatal y opinio iuris sustancial con respecto a la prohibición de otros tipos de armas, o de métodos de combate¹²⁴. Dado el decente número de Estados partes en el Tratado de Ottawa sobre minas antipersonales, y la extensión de la prohibición de minas terrestres y otros artefactos a los conflictos internos establecida en el Protocolo II de 1996, la búsqueda para ampliar el contenido del principio consuetudinario de prohibición de medios y métodos de combate superfluos o de daños innecesarios podría ir en este sentido.

No obstante, aunque el razonamiento humanitario sentado en Tadic haya sido acogido favorablemente por parte de la doctrina¹²⁵, se compadece mal con desarrollos normativos posteriores. En la Conferencia de Roma de 1998, sin negar la ilegalidad del uso de veneno o gas en conflictos internos, se descartó incluir estas y otras conductas sobre armas y métodos de combate prohibidos entre los crímenes de guerra interna de competencia del Tribunal. Si ciertamente existe una práctica in statu nascendi que pretende prohibir el uso de gas y armas químicas en conflictos internos, su cristalización en el momento actual es muy incierta y no habría alcanzado,

¹²² Tadic (jurisdicción) Párrs. 120124; Turku Declaration on Minimum Humanitarian Standards, UN Doc. E/CN.4/1995/116 (1995). El Tribunal se apoyó también en la Res. 2444 (XXIII) de la AG de 19 diciembre de 1968, UN Doc A/7218.

¹²³ Párr. 124, y 127.

¹²⁴ En Tadic (jurisdicción) se cita el carácter consuetudinario de la prohibición de la perfidia, aunque su fundamento es rebatido en Moir, p. 146, y Greenwood, C., «IHL and the Tadic Case», *Op. Cit.*, p. 278.

¹²⁵ Meron, T., *International criminalization...*, p. 561. Werle, G, p. 5778; La Haye, E, p. 74; Moir, L., p. 145.

en principio, a su categorización como crimen internacional. En todo caso, podría entenderse como una costumbre emergente en lo relativo a la prohibición de armas químicas y bacteriológicas, pero, aún y así, esta prohibición no abarcaría el uso de otras armas consideradas ilegales en conflictos internacionales, y la prueba de su punibilidad bajo el DIC aparece como problemática.

En conclusión, en materia de medios y métodos de combate la asimilación del DIH aplicable en conflictos internacionales e internos no queda refrendada de manera completa por el estado del DIC. El mismo TPIY parece equilibrar su propia apelación al entender, que la emergencia de nuevos principios exigibles en conflictos internos, no significa la extensión integral a éstos del DIH aplicable en conflictos internacionales:

«i) only a number of rules and principles governing international armed conflicts have gradually extended to apply to internal conflicts; and ii) this extension has not taken place in the form of full and mechanical transplant of those rules to internal conflicts, rather, the general essence of those rules, and not the details regulation they may contain, has become applicable to internal conflicts»¹²⁶.

¹²⁶ Tadic (jurisdicción), Párr. 126.

LA CONDICIÓN DEL IMPUTADO EN LAS DILIGENCIAS PREVIAS DE LA LEY PROCESAL MILITAR

Capitán Auditor José Luís Martín Delpón
Juez Togado Territorial nº 51

SUMARIO

1. La regulación de las Diligencias Previas en la Ley Procesal Militar. 2. Breve referencia a los antecedentes legislativos. 2.1. El Código de Justicia Militar de 1890.2.2. Código de Justicia Militar de 1945.2.3. La transición legislativa hacia la redacción actual de la LPM.3. Las partes procesales en las Diligencias Previas. 4. La condición del imputado en las Diligencias Previas de la Ley Procesal Militar. 4.1. Características de la posición del imputado. 4.2. El derecho a la asistencia letrada del imputado. 4.3. Nacimiento de la condición del imputado. 4.4. El concepto de preimputado. Consideración crítica al respecto. 4.5. En conclusión: ¿Existe o no imputado en las diligencias previas?

1. LA REGULACIÓN DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS EN LA LEY PROCESAL MILITAR¹

En el Libro II de la LPM, bajo la rúbrica «De los procedimientos ordinarios militares», y más en concreto en su Título I, relativo a las Dis-

¹ Entre las escasas aportaciones doctrinales en relación con las Diligencias Previas de la Ley Procesal Militar se puede destacar especialmente a CLAVER VALDERAS, J.M., *Las Diligencias Previas (artículos 141 a 143)*, en Comentario a las Leyes Procesales Militares, Tomo II, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pp.1452 y ss.; FERNANDEZ MUNTIEL, A., *Consideraciones sobre las Diligencias Previas y la Intervención Letrada en ellas*, Revista española de derecho militar, Nº 61, 1993, pp. 95-108 y BLAY VILLASANTE, F., *Breve apunte sobre la problemática procesal de algunos archivos de diligencias previas y sobreseimientos definitivos de causas criminales*, Revista

posiciones Generales, en su Sección I, se regulan las distintas clases de procedimientos judiciales militares y sus modos de inicio. Esta sistemática encabezada por el artículo 129 dispone que «*Los procedimientos judiciales ordinarios que pueden instruir los Jueces Togados son: diligencias previas y sumarios*»².

Así, en el Capítulo II del Título I, se regulan las Diligencias Previas, bajo la referencia sistemática «De la prevención de los procedimientos»³, incluyendo no sólo las diligencias mencionadas, producto originariamente privativo de la jurisdicción militar⁴, sino también añadiendo dos preceptos en relación con el atestado.

El artículo 141 de la LPM dispone en su párrafo primero que «*Los Jueces Togados Militares iniciarán el procedimiento judicial penal correspondiente, si hubiere méritos para ello*» y en los supuestos en «*que no fuese posible determinar el procedimiento a seguir, podrán incoar diligencias previas, que tendrán por objeto las actuaciones esenciales para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento penal aplicable*». Una vez definida la verdadera naturaleza jurídica de las Diligencias Previas, una de las pocas referencias a las partes procesales se encuentra en este primer párrafo del artículo 141 al establecer que los Jueces Togados «*Darán cuenta de la incoación y de los hechos al Fiscal Jurídico Militar y al Tribunal Militar de quien dependa, pudiendo aquél intervenir en las diligencias previas, en cualquier momento, así como el perjudicado por el hecho, con las ex-*

española de derecho militar, N° 58, 1991, pp. 147-152. Además, los clásicos manuales de derecho procesal penal militar de LORCA NAVARRETE, Comentarios a la Ley Procesal Militar, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1990, p. 226 y ROJAS CARO, Derecho Procesal Penal Militar, Editorial Bosch, 1991, p. 271 y 272.

² Véase CLAVER VALDERAS, J.M., *Las clases de los procedimientos penales militares y sus medios de inicio (artículos 129 a 139)*, en Comentario a las Leyes Procesales Militares, Tomo II, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pp.1379 y ss.

³ Las Reglas de Tokio o Reglas Mínimas sobre medidas no privativas de libertad, aprobadas por la Resolución 45/110, de 1990, de la Asamblea General, en su apartado 5.1 han ratificado la importancia del procedimiento de prevención del delitos y así establece que «*Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda*».

⁴ Así lo estiman ALGORA MARCO, A. y HERNANDEZ OROZCO, J., *Código de Justicia Militar anotado*, Aguilar de Ediciones, S.A., Madrid, 1963, p.281.

cepciones de los artículos 108 y 168 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar». No hay, en principio, mención expresa a la existencia de imputado en el seno de este procedimiento preparatorio.

Añade el párrafo segundo del citado precepto que «El Juez Togado podrá acordar las medidas cautelares previstas en esta Ley y si se transforman las diligencias previas en sumario o diligencias preparatorias, lo actuado no necesitará de posterior ratificación».

Tampoco se hace mención en las posibles alternativas procesales de resolución de las Diligencias Previas, si bien la vinculación y afectación al imputado son claras en todas ellas. Así, una vez que se hayan practicado «sin demora⁵ las diligencias señaladas en los párrafos anteriores, el Juez Togado, por auto⁶, adoptará alguna de las siguientes medidas»:

1. Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal, acordará por auto el archivo de las actuaciones.
2. Si estimare que el hecho es constitutivo de falta disciplinaria, dictará auto de archivo y, firme éste, remitirá copia autenticada de todo lo actuado a la autoridad militar con potestad para ordenar la instrucción del oportuno expediente. El tiempo transcurrido desde el inicio de las diligencias previas hasta la firmeza de la resolución que pone fin a aquéllas archivándolas, no se computará para la prescripción de la falta.
3. Si el hecho constituyere falta penal de la competencia de la Jurisdicción Militar, enviará lo actuado para su vista y fallo al Juez Togado del mismo territorio jurisdiccional, con sede más cercana geográficamente a la del Instructor.
4. Si de lo actuado resultaren méritos para proceder a la formación de causa contra persona cuyo fuero impida conocer al Tribunal de quien dependa, el Juez Togado dará inmediata cuenta al mismo, con

⁵ La celeridad en la tramitación procesal si bien es aplicable a todos los procedimientos militares está, sin duda, más acentuada en las diligencias previas, donde su propio objetivo exige que diligencias procesales se agilicen lo máximo posible. El artículo 132 de la LPM lo recuerda, aplicándolo a todos los procedimientos, y lo hace estableciendo que «Las partes intervinientes en un procedimiento procurarán abreviarlo con su rápida actuación, evitando las diligencias inútiles e innecesarias y, si fueren propuestas, el Juez Togado las rechazará por auto. Sin perjuicio de los recursos que procedan contra el auto que las rechace, estas diligencias podrán ser propuestas de nuevo para el acto del juicio oral.»

⁶ Tampoco hay reseña expresa en el artículo 143 al establecer que este auto será apable «por el Fiscal Jurídico Militar, por los Mandos Militares promotores del parte, por el denunciante y por el perjudicado.» A tal efecto, dicho auto «será comunicado por el medio más rápido posible al Fiscal Jurídico Militar y al Mando Militar promotor del parte y notificado, si constare su domicilio, al denunciante y al perjudicado.»

remisión de los testimonios de particulares precisos para la resolución que corresponda.

5. Si el hecho fuere constitutivo de delito de la competencia de la Jurisdicción Militar, el Juez ordenará la formación de sumario o diligencias preparatorias según proceda.
6. Si el hecho estuviere atribuido a la Jurisdicción Ordinaria, se inhibirá a su favor.

Con más fijeza, en cambio, el artículo 142 hace referencia a la condición del imputado si bien, no de un modo expreso, sino a través de una de sus principales garantías: la de la asistencia letrada. En este artículo se obliga al Juez Togado a instruir de su derecho a la asistencia letrada *«a aquellas personas cuya declaración apareciere como necesaria para dictar la oportuna resolución, siempre y cuando estimare que de dicho testimonio puedan derivarse méritos para una futura inculpación contra quien lo presta»*⁷.

2. BREVE REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

2.1. EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1890⁸

El precedente histórico de la regulación actual de las diligencias previas en la LPM he de situarse en el Código de Justicia Militar de 1890 en los artículos 394 a 396⁹. El artículo 394 establecía que *«Las Autoridades*

⁷ En este mismo precepto se establece que si los méritos de la inculpación aparecieran en la declaración, *«se suspenderá ésta hasta que el declarante sea provisto de la asistencia letrada correspondiente.»*

⁸ La edición manejada a estos efectos del Código de Justicia Militar de 1890 es la contenida en la Colección Legislativa del Ejercito, Madrid, año 1890, Imprenta y litografía del Deposito de la Guerra, pp. 766 y ss.

⁹ Este Código de Justicia Militar del año 1890 únicamente era aplicable a la llamada entonces «jurisdicción de guerra», es decir ceñida al actual Ejército de Tierra. En dicho cuerpo legal se contemplaban como procedimientos los siguientes. El procedimiento previo, que dotado de carácter judicial carecía de tinte penal (artículos 394 a 396), el procedimiento ordinario –con fase de instrucción y plenario– limitado a delitos militares (artículos 397 a 598), el procedimiento ante el Consejo Supremo de Guerra y Marina (artículos 599 a 648), el procedimiento sumarísimo –para los casos de flagrante delito militar que tuviera anudada pena de muerte o prisión perpetua– (artículos 649 a 662), el procedimiento contra reos ausentes (artículos 663 a 670), el procedimiento para la extradición (artículo 671 a 677), el procedimiento para la faltas (artículos 699 a 702), el procedimiento de los tribunales de Honor (artículo 720 a 727) y, finalmente, los procedimientos de carácter civil relativos a la prevención de los abintestatos de militares fallecidos en servicio activo y de reclamación por deudas adquiridas en campaña o cuando el Ejército se hallara en país extranjero (artículos 738 a 749).

y Jefes a quienes corresponda acordar o prevenir la formación de causa, mandarán instruir diligencias previas para depurar la naturaleza de los hechos, siempre que, pudiendo ser originarios de responsabilidades legales, no aparezcan desde los primeros momentos como constitutivos de delito». Disponía este precepto, en su párrafo segundo, que a estos efectos las Autoridades y Jefes militares y en todos los supuestos, deberían nombrar «Juez Instructor y Secretario, con sujeción a las reglas establecidas en el Tratado I, aunque sin atribuir por el pronto a las actuaciones carácter de procedimiento criminal»¹⁰.

Esta última idea es especialmente importante ya que, a diferencia de la regulación vigente donde las diligencias previas tienen carácter de procedimiento judicial por aplicación de lo dispuesto en el artículo 129 de la LPM, en la norma de 1890 no gozaban en principio del carácter de «procedimiento criminal», siendo, en este sentido, un verdadero procedimiento previo al judicial, donde las posibilidades de disposición eran, consecuentemente, mayores.

El artículo 395 preveía qué curso tomaría el procedimiento desde el instante en el que quedaran acreditados los indicios de comisión de un posible delito y qué ocurría en caso contrario. Así, preceptuaba que «Si de las diligencias practicadas resultase que hay indicios para suponer la existencia de un delito, el Juez instructor procederá desde luego judicialmente con arreglo a las disposiciones establecidas en esta ley, dado conocimiento inmediato a la Autoridad o Jefe que lo nombró, y éstos a la judicial del Ejército o distrito, siendo lo actuado cabeza del procedimiento». Por otro lado, si no existían indicios racionales de criminalidad y, por ello, no cabía esperar la existencia de acción penal, el precepto estimaba que «Si por el contrario, se tratare sólo de un accidente o siniestro del cual no hubiese responsabilidades criminales que exigir, se limitará el instructor a hacer declaración de las civiles, si las hay, y consultará, por conducto de su Jefe, con la Autoridad judicial la resolución que corresponda». De ahí que se pueda afirmar que la condición de imputado en este procedimiento verdaderamente carecía de virtualidad, ya que la misma se alcanzaba desde el momento en que el procedimiento era elevado a causa.

El artículo 396 establecía «que dicha Autoridad, previo dictamen de su Auditor, acordará el archivo de las diligencias, con o sin declaración

¹⁰ Cabe destacar como en la Ley de Enjuiciamiento Militar de la Marina de 1894, cuyo ámbito de aplicación se extendía a la Jurisdicción de Marina, no incluía la mención a los procedimientos previos, mantenía los mismos procedimientos que en el Código coetáneo de 1890 y limitaba los procedimientos civiles sólo al de prevención de los abintestatos de los marinos en servicio. Añadía, eso sí, un procedimiento peculiar que se sustanciaba ante los Consejos de Disciplina.

de responsabilidades civiles, o la elevación de aquellas a procedimiento criminal. Cuando aparezca falta, se observará lo prevenido en título XXIV de este tratado». La posibilidad de elevar las actuaciones a procedimiento criminal refuerza la tesis de que estos procedimientos previos recogidos en el Título VI del Tratado III del Código de 1890 no eran, en esencia, procedimientos penales. Prueba de ello es que la regulación de los que sí que lo eran viene a continuación, en un Título aparte, el VII, donde se regula el sumario. Carecía este Código un artículo como el actual 129.

2.2. CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1945¹¹

Tanto la denominación «procedimientos previos», como la ubicación sistemática de su regulación, se mantuvieron en el Código de Justicia Militar de 1945, en concreto, en los artículos 517 a 522.

La transición del Código de 1890 al de 1945 queda referenciada en la propia Exposición de Motivos de este último texto legal¹². En concreto, el legislador de aquel entonces consideró lo siguiente como justificación de la

¹¹ La edición manejada a estos efectos es la contenida en DIAZ-LLANOS LECUONA, *Leyes Penales Militares*, Compañía Bibliográfica Española, Madrid, 1968

¹² Esta transición fue especialmente significativa en lo que atañe a la refundición de las tres jurisdicciones operantes en aquel entonces. El CJM hizo suyo un procedimiento penal específico de la jurisdicción de Marina cual era el relativo a naufragios y abordajes. En relación con ello, la Exposición de Motivos del CJM consideraba que «*La unificación en el Código de la legislación aplicable en las jurisdicciones de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, no supone limitación ni desprendimiento de motivos de competencia, sino refundición de todos ellos en un solo Cuerpo lega, y, claro está, que mantenida la de la jurisdicción de la Marina para conocer los hechos punibles cometidos en aguas del mar o a bordo de buques de todas clases, entre ellos de los abordajes y naufragios, y regulado el esclarecimiento de estos hechos, por sus especiales características, en los procedimientos peculiares a tal fin establecidos en el título adicional a la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina, era obligado que al derogar esta Ley se diese entrada a esos procedimientos en lugar adecuado del nuevo código, ya que no había de quedar con vigencia independiente este título especial por lo que a estos procedimientos se refiere*». Las normas procesales ordinarias vigentes no daban cabida a la sustanciación de las posibles infracciones que se pudieran derivar de la navegación y del tráfico marítimo, por lo que el legislador de 1945 acogió en la parte procesal sustantiva del CJM estos procedimientos, tildándolos de «especiales de la Jurisdicción de Marina» y ubicándolos en el Título XV. No se ha de olvidar que bajo la vigencia del CJM se promulgó la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955, publicada en el B.O. número 359, el Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952, ratificado por España en virtud de Instrumento de 11 de septiembre de 1953, publicado en el B.O. número 354, sobre competencia penal y civil en materia de abordaje, que aplicaba las disposiciones contenidas en el Reglamento Internacional para prevenir abordajes en el mar, anexo al Convenio de Londres para la seguridad de la vida humana en el mar, de 10 de junio de 1948, ratificado por España el 26 de diciembre de 1952, con efectos de el 26 de junio de 1953, publicado en el B.O. número 314 y, ya en nuestro ordenamiento interno, la Orden de 20 de marzo de 1954, de abordaje, publicada en el B.O. número 90.

línea continuista en lo que atañe a este tipo de procedimientos¹³: *«Se mantienen los llamados procedimientos o diligencias previas, por considerarlos de indispensable conveniencia para el esclarecimiento de múltiples hechos de naturaleza inicial no definida, pero se establece como precepto fundamental, de inexcusable cumplimiento, que en ellos no se tratará a nadie como inculpado ni podrá decretarse detenciones ni prisiones de persona alguna, ni embargo de bienes, porque todas estas medidas, que con lamentable frecuencia se han adoptado en tales procedimientos, sólo son propias en buenos principios procesales, para ser acordadas en actuaciones, en las que de modo concreto se persigan hechos que revistan caracteres de delito o de faltas graves, o sea en las causas de expedientes judiciales»*¹⁴.

El artículo 517 establecía que las *«Autoridades y Jefes a quienes corresponda acordar o prevenir la formación de causa mandarán instruir diligencias previas para depurar la naturaleza de los hechos, siempre que, pudiendo ser originarios de responsabilidad no aparezcan desde los primeros momentos como constitutivos de delito o falta graves. En estos casos se incoará desde luego causa o expediente judicial, según corresponda»*¹⁵.

Tal y como ya apuntaba la Exposición de Motivos y ratificaba el artículo 518, en estos procedimientos previos *«no se considerará a nadie como inculpado o presunto responsable y en su virtud no podrá decretarse en ellos, mientras conserven tal carácter, la detención ni prisión de persona alguna, ni se adoptarán medidas respecto de sus bienes»*, todo ello sin perjuicio de *«las medidas gubernativas que puedan acordar dentro de sus facultades, las Autoridades militares o Jefes respectivos»*.

¹³ En este sentido, hubo alguna modificación digna de mención. Así, el procedimiento sumarísimo pasó a ser aplicado, según los artículos 918 y siguientes, a los *«reos de flagrante delito militar que tengan señalada pena de muerte o treinta años de reclusión»*.

¹⁴ En relación con los procedimientos incluidos en el Código de Justicia Militar de 1945 se ha de destacar que se mantuvieron en esencia los recogidos en su antecedente normativo inmediato, el Código de 1890, añadiendo las especialidades en materia de jurisdicción de Marina, para los casos de naufragio y abordaje, los expedientes judiciales por falta grave, los procedimientos por la comisión de una falta leve y los procedimientos gubernativos sin carácter judicial, previstos en los artículos 1009 y siguientes. Como ya se ha apuntado, en el ámbito objetivo de aplicación del CJM se incluían la corrección en vía judicial de las faltas graves de carácter disciplinario, en los artículos 1003 y siguientes del texto legal. En la Exposición de Motivos de establecía que *«Termina en el nuevo Cuerpo legal, como en los Códigos castrenses actuales, la materia de procedimientos judiciales con los relativos a las faltas, a los que se dedica el Título XXIV, distinguiéndose del mismo modo las reglas aplicables según se trate de graves o leves, y como según se vio al delimitar la competencia, se amplió la de la jurisdicción militar al conocimiento de determinadas faltas comunes, se hacía preciso ahora establecer el procedimiento adecuado para esclarecerlas y corregirlas, procedimiento que se ha estimado desde ser en expediente judicial, como los graves.»*

¹⁵ Se ha recordar, a este respecto, que bajo la vigencia del Código de Justicia Militar de 1945 el Mando Militar ostentaba verdaderas funciones jurisdiccionales.

El carácter previo de estos procedimientos gozaba, al igual que en la normativa vigente, de provisionalidad y eventualidad condicionada, en esencia, a que la naturaleza de los hechos quedara perfilada y, con ella, la posible comisión de un delito o falta. Así, el artículo 519 sancionaba que *«Tan pronto como de las actuaciones practicadas en un procedimiento previo resulten indicios racionales que permitan suponer la existencia de algún delito o falta grave, el Instructor elevará desde luego lo actuado a causa o expediente, continuando su tramitación con arreglo a derecho y dará inmediato conocimiento al Jefe o Autoridad que le nombró y a la Judicial de quien dependa»*¹⁶.

El artículo 521¹⁷ establecía que *«La Autoridad judicial, previo dictamen de su Auditor, acordará la terminación sin declaración de responsabilidad y archivo de los actuado, o su elevación a causa o expediente, según estime procedente, en vista del resultado de las actuaciones. En estos casos lo devolverá al Instructor o nombrará otro nuevo para que continúe la tramitación con arreglo a los preceptos de este Código»*.

Tanto el carácter no firme de la resolución de archivo como la degradación de la conducta a una mera falta leve también fueron objeto de previsión del legislador. En concreto, el mismo artículo 521, indicaba que *«La resolución acordando la terminación del procedimiento sin declaración de responsabilidad no tendrá carácter definitivo y permitirá abrir de nuevo las actuaciones, siempre que aparezcan méritos para ello. Si al decretar la terminación de un procedimiento previo se apreciase por la Autoridad Judicial la comisión de hechos constitutivos de falta leve, podrá corregirlos por sí en vía gubernativa o delegar esta facultad en el Jefe respectivo, exigiendo al mismo tiempo las responsabilidades civiles de ellas derivadas. Cualquier otra responsabilidad civil que resultare se hará exigible ante la Autoridad o tribunal competente para cuyo fin se deducirá el oportuno testimonio»*.

2.3. LA TRANSICIÓN LEGISLATIVA HACIA LA REDACCIÓN ACTUAL DE LA LPM

Con posterioridad, la Ley 8/1980, fue el gran baluarte de la constitucionalización de la justicia militar no modificó ninguno de los artículos referentes a los procedimientos previos.

¹⁶ En Sentencia de 9 de noviembre de 1943 se confirmó la facultad indiscutible de los Jueces Instructores para elevar a causa las diligencias previas desde el momento en que comprueben la existencia de un hecho que pueda revestir los caracteres de delito, sin otra obligación que la de dar cuenta a la Autoridad que hizo el nombramiento y la judicial.

¹⁷ Redactado por la Ley de 21 de abril de 1949, publicada en el B.O. número 113.

En el primero Proyecto de Ley Orgánica Procesal Militar los artículos 141 y 143 del texto tenían una redacción distinta a la actual. Así, en relación con el artículo 141, el proyecto textualmente lo redactada de la siguiente manera: «*Los Jueces Togados Militares podrán prevenir la formación de un procedimiento penal mediante la práctica de aquellas diligencias esenciales para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento aplicable, dando cuenta de la incoación y de los hechos que la determinen al Fiscal Jurídico Militar*» añadiendo en un segundo párrafo que «*El Juez Togado podrá acordar las medidas cautelares previstas en esta ley*».

Finalizaba esta primera redacción con las posibles resoluciones a adoptar una vez practicadas «*sin demora*» las diligencias indicadas, siendo las alternativas procesales las siguientes:

1. *«Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal, acordará por auto el archivo de las actuaciones.*
2. *Si estimare que el hecho es constitutivo de falta disciplinaria, remitirá lo actuado a la Autoridad Militar con potestad para ordenar la instrucción del oportuno expediente.*
3. *Si el hecho a su parecer constituye falta penal cuyo conocimiento le viniere atribuido, continuará conociendo con arreglo al procedimiento regulado por esta ley.*
4. *Si de lo actuado resultasen méritos para proceder a la formación de causa contra persona cuyo fuero impida conocer al Tribunal de quien dependa, el Juez Togado dará inmediata cuenta al mismo, con remisión de los testimonios de particulares precisos para la resolución que corresponda.*
5. *Si el hecho fuere constitutivo de delito de la competencia de la Jurisdicción Militar, el Juez ordenará la formación de sumario o diligencias preparatorias según proceda.*
6. *Si el hecho estuviere atribuido a la Jurisdicción Ordinaria, se inhibirá a su favor.»*

Varias son las modificaciones que el texto de este artículo experimentó desde esta primigenia redacción en el Proyecto hasta la redacción definitiva, las cuales vinieron dadas, en esencia, por las enmiendas 62 a 65, presentadas en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista y pueden sintetizarse en las siguientes:

- a) En primer lugar, en la redacción originaria no se incluyó aspecto alguno acerca de las partes personadas en el procedimiento. Así, no se previó la dación de cuenta del Auto de incoación ni al Fiscal Jurídico Militar ni al Tribunal Militar del que dependa, como tampoco

se hizo mención a la posibilidad del perjudicado de personarse en el procedimiento, con las excepciones previstas en los artículos 108 y 168 de la LOCO.

- b) Tampoco se recogía la innecesaria ratificación de todas aquellas medidas cautelares legalmente prevista que el Juez Togado hubiera acordado en el caso de que las diligencias previas se eleven o bien a sumario o bien a diligencias preparatorias.
- c) En lo que atañe a las alternativas procesales de resolución de las diligencias previas, y más en concreto, en la referente a la degradación de conducta como constitutiva de ilícito disciplinario, en el Proyecto no se incluyó, como posteriormente sí que se haría, mención alguna a la interrupción del plazo de prescripción de la falta cometida. La paralización del plazo de prescripción *«desde el inicio de las diligencias previas hasta la firmeza de la resolución que pone fin a aquéllas archivándolas»* se añadió en la enmienda.
- d) En cuanto a la también permitida degradación de la conducta como falta penal, y sin perjuicio de lo que posteriormente se expondrá respecto a este tipo de procedimiento, el Proyecto no dispuso la previsión de que el Juez Togado, competente para la instrucción de las diligencias previas, siempre que determinara que los hechos lo fueran de la Jurisdicción Militar, *«enviará lo actuado para su vista y fallo al Juez Togado del mismo territorio jurisdiccional, con sede más cercana geográficamente a la del Instructor»*.

En ese mismo Proyecto, el artículo 143 presentaba una redacción que, a la postre, resultó distinta de la que se quedaría definitivamente fijada en el texto vigente. Así, el tenor literal de este primer paso legislativo fue el siguiente: *«Los Mandos Militares que promuevan el parte o el denunciante, según el caso, y siempre el Fiscal Jurídico Militar, podrán apelar la resolución que dicte el Juez Togado en los supuestos a que se refieren las normas primera, segunda y tercera del art. 141 de esta Ley»*. Establecía en su segundo párrafo que *«A tal efecto, los Jueces Togados Militares comunicarán por el medio más rápido posible la resolución adoptada en las diligencias previas al Mando Militar promotor del parte. La resolución adoptada se notificará en todo caso al Fiscal y al denunciante si constare su domicilio»*.

En este caso, el Proyecto de la LPM dejaba fuera de las opciones de recurso de apelación al perjudicado, del mismo modo que no había previsto su personación en el párrafo primero del artículo 141, y además limitaba la impugnación a las resoluciones de los ordinales primero a tercero, es decir en todos los casos de inexistencia de delito y de degradación de conducta delictiva a falta disciplinaria y falta penal. La redacción definitiva no llevó

a cabo ninguna limitación material en el recurso de apelación contra cualquiera de los Autos que el artículo 141 prevé en sus seis supuestos.

Finalmente, a los efectos de interposición de recurso, el artículo 143 en la versión del Proyecto distinguía entre la comunicación al Mando Militar promotor del parte y la notificación al Fiscal Jurídico Militar y al denunciante, mientras que la versión consolidada utiliza el verbo comunicar para el Mando Militar y el Fiscal Jurídico Militar y el verbo notificar para el denunciante y el perjudicado, parte ésta que tampoco se había previsto su opción de recurso en consonancia con el texto previo del artículo 141.

3. LAS PARTES PROCESALES EN LAS DILIGENCIAS PREVIAS

Sin perjuicio de la regulación que la LPM hace en el Título V, Libro I, de las partes en el proceso penal militar, el artículo 141 del mismo cuerpo legal hace especial hincapié y otorga especial consideración tanto al Ministerio Fiscal, de modo expreso, como al imputado, de modo implícito, sin perder de vista la posibilidad de personación del acusador particular – y consiguientemente el actor civil – y la extraordinaria legitimación del Mando Militar, del denunciante y del perjudicado no personado.

Se ha de partir, obligatoriamente, recordando que el artículo 141 de la LPM dispone que los jueces togados competentes *«Darán cuenta de la incoación y de los hechos al Fiscal Jurídico Militar y al Tribunal Militar de quien dependa, pudiendo aquél intervenir en las diligencias previas, en cualquier momento, así como el perjudicado por el hecho, con las excepciones de los artículos 108 y 168 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar»*. Se deduce, en principio, que sólo Fiscal Jurídico Militar y el perjudicado podrán intervenir *«en cualquier momento»*.

4. LA CONDICIÓN DEL IMPUTADO EN LAS DILIGENCIAS PREVIAS DE LA LEY PROCESAL MILITAR¹⁸

4.1. CARACTERÍSTICAS DE LA POSICIÓN DEL IMPUTADO

En el artículo 141 de la LPM no se hace referencia alguna de carácter expreso a la figura del imputado. En principio, no carece de lógica esta

¹⁸ La bibliografía relacionada con la condición del imputado es numerosa, destacando, entre otros, DEL OLMO DEL OLMO, J.A., *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*, Editorial Trivium, 1999; VERGER GRAU J., *La defensa del imputado y el*

afirmación ya que las diligencias previas pueden estar encaminadas, entre otras funciones, a la determinación de las personas que hayan participado en los hechos.

Debido a la propia naturaleza jurídica de las diligencias previas, se pueden dar múltiples situaciones en las cuales sea diáfana la aparición de

principio acusatorio, J. M. Bosch Editor, 1994; REVILLA GONZALEZ, J.A., *El interrogatorio del imputado*, Tirant lo Blanch, 2000; LOREDO COLUNGA, M., *La armonización de la legislación procesal penal en la Unión Europea: los derechos del imputado*, Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, Nº. 3, 2008, pp. 251-283; LOPEZ YAGÜES, V., *El derecho a la asistencia y defensa letrada: su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, Universidad de Alicante, 2002; ANDRES IBÁÑEZ, P., *Sobre los derechos fundamentales del imputado en la investigación criminal*, Revista de derecho penal, Nº. 14, 2004, pp. 115-126; VALBUENA GONZÁLEZ, F., *Derechos procesales del imputado*, La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales / coord. por Mar Jimeno Bulnes, 2007, pp. 395-416; RENEDO ARENAL, M.A., *Problemas del imputado en el proceso penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces; ARMENGOT VILAPLANA, A., *La imputación y el derecho de defensa del imputado en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*, Presente y futuro de la Constitución española de 1978, 2005, pp. 47-66; DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS, J., *La posición del imputado en el nuevo proceso penal abreviado*, La reforma del proceso penal, 1989, pp. 77-111; ALVAREZ ALARCÓN, A., *El reconocimiento del imputado en la reforma del Proceso Penal*, La reforma del proceso penal, 1989, pp. 485-500; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., *La posición del imputado y del responsable civil en el proceso penal*, El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas, 2006, pp. 85-114; MARTÍN PULIDO, E., *La defensa del imputado sin asistencia técnica*, Revista general de derecho, Nº 661-662, 1999, pp. 12941-12962; HURTADO ADRIAN, A.L., *Sobre las declaraciones del imputado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 2, 1998, pp. 1927-1934; SERRANO GÓMEZ, A., *La condición de imputado en el proceso penal*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 4, 2000, pp. 1661-1670; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *El imputado en el proceso penal: Pautas para paliar tan frecuente y molesta situación*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 1, 2001, pp. 1587-1589; ALONSO PÉREZ, F., *El nacimiento de la condición de imputado y sus efectos*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 1, 2001, pp. 1774-1778; ALONSO PÉREZ, F., *Los derechos del imputado no detenido tras la reforma de la ley 38/2002, de 24 de octubre*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 1, 2003, pp. 1394-1400; ORTIZ ÚRCULO, J.C., *Garantías del Imputado en el Proceso Penal*, Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal, Nº 1, 2002, pp. 13-26; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., *La determinación del imputado en el sistema procesal español por la Ley 38/2002, de 24 de octubre*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 4, 2003, pp. 1877-1883; ALBERTO NOGUEIRA C., *La defensa del imputado: bases jurídicas comparadas*, Revista de derecho procesal, Nº. 1, 2003 (Ejemplar dedicado a: Defensas y excepciones - I), pp. 203-234; LORCA MARTÍNEZ, J., *La doble condición de víctima e imputado en unas mismas diligencias penales*, Revista de Derecho Penal, Nº. 14, 2005, pp. 55-72; MUÑOZ CUESTA, J., *Falta de validez como medio de prueba en todo caso de la declaración del imputado en sede policial no ratificada judicialmente*, Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, Nº 7, 2006, pp. 21125-21128 y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *El Estatuto del imputado en el proceso penal*, Manuales de formación continuada, Nº. 32, 2005 (Ejemplar dedicado a: Hacia un nuevo proceso penal), pp. 139-176.

imputado, en tanto que presunto responsable de los hechos de los cuales conoce el juez togado. Aspecto distinto es el calibrar el nivel de reprochabilidad derivado de esos hechos, puesto que, fruto de la instrucción procesal en el seno de las diligencias previas, se podrá determinar si los hechos pueden ser constitutivos de un ilícito penal, castrense o de la competencia de la jurisdicción ordinaria, o, en cambio, pueden tener su encaje en alguno de los ilícitos disciplinarios previstos en la LODM¹⁹.

De conformidad con lo anterior, queda claro que se puede hablar de la figura del imputado desde el momento en que la *notitia criminis*, que el juez togado ha recibido y que ha dado lugar a la incoación de las diligencias previas, está íntimamente relacionada con un presunto responsable. Lo cual implica, a su vez, que si se halla determinada esa presunta persona responsable se le debe dotar de los mecanismos procesales de garantía y, por ello, le es aplicable, sin duda, lo previsto en el artículo 125 de la LPM²⁰. Veamos por qué.

¹⁹ CLAVER VALDERAS, J.M., *Las Diligencias Previas ...*, p. 1458. Considera el autor que en estos casos en los que claramente se puede identificar al imputado se hace necesaria la tramitación de las diligencias previas «*en esclarecimiento de la naturaleza y demás circunstancias del mismo*».

²⁰ El artículo 126 dispone que «*En los supuestos a que se refieren los artículos 107 y 167 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, estarán exentos del cargo de defensor militar y no podrán ser nombrados defensores: Los Generales y Almirantes, cuando el inculcado no tuviera tal jerarquía, los que tengan mando de Cuerpo, Regimiento, Buque o Unidad independiente, salvo que los inculcados sean de igual empleo, los miembros del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa en activo, el personal del Clero Castrense y los ministros de confesiones religiosas legalmente reconocidas y quien fuera promotor del parte o denuncia*». En dichos supuestos, continua el precepto, «*podrán excusarse del cargo de defensor militar los Jefes de la Compañía o Unidad similar de destino del inculcado y los que se encuentren en comisión activa de servicio*». La remisión a los artículos 107 y 167 de la LOCO exigen una especial referencia. El primero establece que «*En unidades fuera del suelo nacional y en buques navegando, cuando fuere preciso instruir diligencias o procedimiento judicial, se informará al interesado que, para su defensa y hasta llegar a suelo español, puede designar a cualquier Oficial de la fuerza o buque. De no hacer designación alguna, se le nombrará de oficio, a cuyo fin se establecerá un turno de los Oficiales destinados en la unidad o buque de que se trate*». El último párrafo de este precepto se remite expresamente a su vez a la LPM para determinar las exenciones y excusas para actuar como defensor militar. Por su parte, el artículo 167, ceñido al ejercicio de la defensa en tiempo de guerra, prevé que en esta situación, «*en las actuaciones de los órganos jurisdiccionales militares en territorio español cuando no funcionen normalmente los Colegios de Abogados, o fuera del territorio nacional, los inculcados podrán nombrar defensor a un militar con categoría de Oficial. De no designarlo en el plazo que determine la Ley Procesal Militar se les nombrará de oficio en la forma que en ésta se señale*». Para el primer artículo, véase ROJAS CARO, J., *El derecho de defensa*, en Comentario a las Leyes Procesales Militares, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pp. 551- 582; mientras que para el artículo 167 de la LOCO, véase FERNANDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA, L., *Organización de la jurisdicción militar en tiempo de guerra*, Comentario a las Leyes Procesales Militares, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pp. 815 -829.

El artículo 125 de la LPM dispone que *«Tan pronto como se comunique a una persona la existencia de un procedimiento del que pudieran derivarse responsabilidades penales en su contra, se le instruirá de su derecho a la asistencia letrada, y en todo caso, si hubiera sido acordada su detención, prisión u otra medida cautelar o se dictare contra la misma auto de procesamiento, será requerida para que designe Abogado defensor o solicite su designación en turno de oficio. Transcurridas veinticuatro horas desde que fuere efectiva la medida cautelar, o desde la notificación del auto de procesamiento sin que haya sido realizado el nombramiento, se procederá como dispone el artículo 103 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar»*.

Añade el párrafo segundo una norma de organización jurisdiccional al prever que *«Cuando las actuaciones se remitan al Tribunal y éste no tenga la misma sede del Juzgado Togado, se procederá al nombramiento de nuevo defensor, conforme a lo que dispone el párrafo anterior, salvo que el defensor nombrado en la sede del Juzgado continúe su defensa o se designe por el inculpado o procesado nuevo defensor»*. Finaliza el legislador dictando una norma de carácter general e imperativo de gran importancia, estableciendo que *«La admisión de denuncia y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de éstas»*.

Una mera interpretación literal del artículo 125 puede permitir afirmar que este precepto es perfectamente aplicable en el ámbito de las diligencias previas. En efecto, el supuesto de base de la norma en concreto admite dos alternativas, imperativas ambas, pero con distinto nivel de obligatoriedad. Una primera, un poco más laxa que la otra, obliga a la instrucción del derecho a la asistencia letrada del imputado *«tan pronto como se comunique a una persona la existencia de un procedimiento del que pudieran derivarse responsabilidades penales en su contra»*.

Ello supondría que desde el momento en que se le notificase al imputado el auto de incoación de las diligencias previas debería de ser instruir y requerido para el nombramiento de letrado que le asistiese y representase en las actuaciones. Hay que hacer una pequeña salvedad a lo anteriormente expuesto. En estricta puridad procesal si se ha fijado la imputación de persona o personas concretas, dentro del ámbito de la jurisdicción militar, y por un delito concreto, la instrucción a la asistencia letrada debería de hacerse, cabalmente, en el seno de un sumario o de unas diligencias preparatorias, dependiente del delito que se haya perfilado previamente. Aunque no es menos cierto que, no pudiendo ser determinada con fijeza en encasillamiento de los hechos como ilícito penal o disciplinario, sería

aconsejable incluso en este supuesto la instrucción de los derechos propios de la condición del imputado, para evitar indefensión.

El segundo supuesto de base, más estricto, no deja lugar a duda, ya que preceptúa el artículo 125 de la LPM que «*en todo caso, si hubiera sido acordada su detención, prisión u otra medida cautelar o se dictare contra la misma auto de procesamiento, será requerida para que designe Abogado defensor o solicite su designación en turno de oficio*». En el caso del procesamiento, de conformidad con los artículos 164 y siguientes de la LPM, está claro que el estatuto del imputado se desarrollaría en el seno de un sumario, donde únicamente puede tener cabido dicho acto procesal²¹. En el caso de detención, prisión u otra medida cautelar, hay que recordar que las mismas pueden ser adoptadas también en el seno de las diligencias previas²².

²¹ Frente al auto de procesamiento en el sumario, la inculpación en el seno de las diligencias preparatorias ha sido una cuestión doctrinalmente muy discutida. La tendencia actual, fruto de la STC 186/1990, se inclina por afirmar la necesidad de que el juez togado competente dicte un acto formal de imputación de forma expresa sobre persona concreta sobre la que recaigan indicios racionales de participación en alguno de los delitos por lo que puede incoarse este procedimiento especial o, cuando menos, pueda resultar su acusación por los mismos. La aplicación del artículo 24 de la CE y de las garantías que le son inherentes motivan que no pueda instruirse al imputado en sus derechos si no existe un acto formal en el que se le imputa la comisión de un ilícito penal castrense. BERMUDEZ DE LA FUENTE, J.L., *Las diligencias preparatorias en la Ley Procesal Militar*, Comentario a las Leyes Procesales Militares, Tomo II, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, p. 1996, afirma que «*Trasladado el problema a este Procedimiento de Diligencias Preparatorias, del orden procesal penal militar, hemos de reconocer que la cuestión de si es o no necesario un acto judicial de imputación formal, una que vez que no se autoriza el Auto de procesamiento, resulta minimizada desde el momento que el objeto del proceso – delitos contra los deberes de presencia – es tan concreto e individualizado que, aun cuando no existiera la formal imputación, siempre habría de presumirse, en cuanto al sujeto activo del delito, que habría de ser en todo caso un militar profesional o de reemplazo el que se ausente, injustificadamente, de su Unidad o destino, o no se incorpore a la misma, debiendo hacerlo; se trata de persona identificada y presunto partícipe en el hecho, y lo único discutible será la antijuridicidad del acto, y de la misma fluir la responsabilidad penal, sin suscitar duda alguna sobre la participación delictiva*».

²² CLAVER VALDERAS, J.M., *Las diligencias previas...*, p. 1458. Considera el autor que en los casos en los que las diligencias previas están orientadas al encasillamiento de los hechos, bien en el ámbito penal, bien en el ámbito sancionador disciplinario y, por tanto, se cuenta, con un cierto grado de fijeza, con una persona o personas a la que se dirige la línea de imputación, son aplicables las reglas generales sobre la intervención del imputado o inculpado, «*y así el art. 125 último párrafo, de la LPM prevé que la admisión de denuncia –o parte militar– y cualquier actuación procesal –como es la iniciación de oficio, la excitación del Fiscal jurídico Militar o la querrela– de la que resulte la imputación de un posible delito contra persona determinada, será puesta inmediatamente en conocimiento de ésta, disponiendo también dicho precepto –ahora en su primer párrafo– que asimismo se le instruirá en ese acto de su derecho a la asistencia letrada*».

4.2. EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA DEL IMPUTADO

Como se puede apreciar del tenor del precepto antes analizado, la condición de imputado en el seno de las diligencias previas se imbrica directamente, sin perjuicio del resto de garantías aplicables por el propio artículo 24 de la CE, con el derecho a la asistencia letrada.

Una primera aproximación al derecho a la asistencia letrada en el seno de las diligencias previas castrenses exige hace una breve referencia a la doctrina del TC en materia de asistencia letrada. En este sentido, especialmente importante es la STC 60/2003, ya que resume toda la doctrina constitucional anterior. Según el alto intérprete constitucional *«el derecho a la asistencia letrada, que, en cuanto derecho subjetivo, tiene como finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión... en ciertas ocasiones constituye también una exigencia estructural del proceso y una garantía del correcto desenvolvimiento del mismo»*.

Como ya se irá exponiendo a lo largo de este apartado, hay dos líneas de pensamiento jurídico contradictorias por cuanto una considera que en las diligencias previas de la LPM no hay en sentido estricto imputado y, por ello, no se puede atribuirle las garantías procesales que le son propias mientras que la segunda de la tesis aboga por considerar que sí existe la figura del imputado y, consiguientemente, se debe aportar todas los derechos fundamentales afectados por el artículo 24 de la CE. A favor de esta segunda postura, la STC 135/1989 consideró que *«el artículo 118... reconoce la nueva categoría de imputado a toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundamente, un acto punible, permitiéndole ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido. Con este derecho sin duda integrable en el del artículo 24.2 C. E., se combate la situación de quien sin ser procesado puede ser interrogado por el Juez instructor o ser citado por él para intervenir en otro género de diligencias sumariales en relación con imputaciones más o menos fundadas, graves y verosímiles, y se trata de evitar que, ignorante de lo que el Juez inquiriere o pretende confirmar y falto de una asistencia técnica adecuada, puedan producirse contra él, aun en esta fase sumarial y por ende no probatoria, situaciones contrarias al derecho de defensa (art. 24.2 C. E.)... Es el instructor quien debe efectuar una provisional ponderación de aquella atribución, y sólo si él la considera verosímil o fundada de modo que nazca en él una sospecha*

contra persona determinada, deberá considerar a ésta como imputada, poner en su conocimiento la imputación y permitirle o proporcionarle la asistencia de Letrado».

Por ello, cabe afirmar que la asistencia letrada y la condición de imputado en las diligencias previas de la LPM son conceptos estrechamente anudados. A continuación se verá si el legislador de 1989 consideró pertinente dotar al imputado de la garantía de asistencia letrada o, en cambio, optó por restringir esta garantía al estimar que, en puridad, no hay imputado en este tipo de procedimiento penal castrense²³.

El artículo 102 de la LOCO dispone, lacónicamente, que *«Todos tienen derecho a la defensa ante la jurisdicción militar»*²⁴. Este precepto queda

²³ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., *La posición del imputado...*, pp.3349 y 3350. Considera el autor que los términos en los que se encuentra redactado el artículo 118 de la LECRIM *«contemplan la presencia letrada desde el primer instante cuando se impute la comisión de un delito a una persona, aunque no su necesidad, adquieren en este nuevo sistema una especial dimensión, pues el ejercicio efectivo de la defensa no sólo pasa, como sucede en este momento, por la garantía genérica de la preservación de los derechos constitucionales y procesales de su defendido, sino también por el deber que se le impone al Letrado de procurarle en su favor la aplicación del principio de oportunidad en los supuestos en que así proceda, no sólo ya ante el Fiscal encargado de la investigación de negativa de éste, reproduciendo su solicitud ante el Juez de Garantías, encargado de controlar con pulcritud constitucional y procesal la investigación del hecho, en el momento en que se produzca su intervención».*

²⁴ No siempre deberá ser una defensa legal técnica operada por letrados ejercientes ya que el artículo 104 de la LPM permite que el inculpado licenciado en Derecho quien *«podrá defenderse por sí mismo»*. Este supuesto de asistencia técnica procesal no debe ser confundido con el término de autodefensa. Ésta viene recogida en distintos textos internacionales ratificados por España y, por ende, incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, tales como el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Nueva York de 1966 y el artículo 6.3 del Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950. La autodefensa, en sentido estricto, se reduce al derecho a la última palabra del acusado, derecho que viene consignado tanto en el artículo 739 de la LECRIM como, en el ámbito castrense, en el artículo 318 de la LPM. La posibilidad de autodefenderse, además, está esencialmente desprovista de cualquier formalidad procesal. Así, el TC, en Sentencia de 20 de junio de 1994, ya previó que el derecho a la última palabra queda justificado por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado, al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de la defensa o complementarla de alguna manera. En conclusión, en palabras de ROJAS CARO.,J., *El derecho de defensa*, p. 555, *«No incluimos aquí como supuesto de autodefensa el del inculpado que, por ser licenciado en Derecho, se defiende a sí mismo, a que se refiere el art. 104 de la LOCOM, porque ese supuesto no es realmente de autodefensa puesto que el inculpado en ese caso tiene asistencia técnica. Lo que ocurre es que en este caso concurre en una sola persona la condición de inculpado y de abogado, por lo que no hay autodefensa en sentido estricto desprovista de asistencia letrada»*. Véase en este sentido MIRA ROS, C., *El derecho del acusado a defenderse por sí mismo a la luz de la Constitución Española y de los instrumentos Internacionales ratificados por España*, en *Revista General de Derecho Procesal*, Nº 15, 2008 y ARANGÜENA FANEGO, C., *Exigencias en relación con el derecho de defensa: el*

completado con el siguiente, el artículo 103, que sanciona que *«En el ejercicio de este derecho podrán, en cualquier momento, designar defensor entre los Abogados que reúnan las condiciones exigidas por las leyes o solicitar que les sea designado en turno de oficio por el Colegio correspondiente. De no haberlo hecho con anterioridad, en el trámite que señalen las leyes procesales, se requerirá a los inculcados para que designen Abogado o soliciten designación en turno de oficio, haciéndose constar en el procedimiento»*. Una vez que el plazo que el artículo 125 de la LPM de veinticuatro horas transcurre sin que se haya efectuado el nombramiento, *«se interesará del Colegio de Abogados que corresponda, la designación de Letrado del turno de oficio a fin de que defienda al inculcado»*.

En el artículo 103 recalca que la posibilidad del imputado de nombrar abogado y procurador que le represente en las actuaciones procesales se puede ejercitar en cualquier momento²⁵. Esta cláusula de carácter temporal determina, sin duda, que se está ante una verdadera parte procesal que no sólo se persona en las actuaciones sino que también puede designar asistencia técnica en cualquier momento, bien del turno de oficio, bien de confianza, desde la incoación hasta cualquiera de las resoluciones que el artículo 141 permite²⁶. Así, el imputado que ha asumido la condición de parte podrá ser asistido por letrado y procurador, que le defienda y asista –respectivamente–, o bien de letrado que haya asumida la representación procesal en virtud de lo previsto en el artículo 50 de la LPM, el cual dispone que *«La presentación en juicio podrá otorgarse a Procurador o Letrado y, en ambos casos, podrá conferirse en todos los procedimientos mediante*

derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la asistencia jurídica gratuita (art. 6.3.c) CEDH), La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos, coord. por Pablo Santolaya Machetti, Francisco Javier García Roca, 2005, pp. 389-406.

²⁵ El artículo 105 establece que *«Cuando un inculcado ante la jurisdicción militar haya designado defensor o solicitado su nombramiento en turno de oficio, por dos veces en un mismo procedimiento, sumados ambos supuestos, y cesará el último de aquéllos, se interesará la designación de letrado de turno de oficio del Colegio de Abogados correspondiente, siempre que se aprecie abuso de derecho, haciendo constar las circunstancias que lo motiva. El letrado así designado no podrá ser rechazado por el inculcado, ni desistir de su función de defensa»*.

²⁶ En desarrollo de lo anterior, cabe recordar que el artículo 106 consagra que *«Todos los defensores, en su actuación ante la jurisdicción militar, serán libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquélla en su libertad de expresión y defensa»*. Por otro lado, éstos quedan obligados a *«guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualesquiera de las modalidades de su actuación no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos»*, ya que los letrados, de lo contrario, podrán responder *«penal, civil y disciplinariamente de las infracciones en que pudieran incurrir en el ejercicio de sus funciones»*.

comparecencia ante el Secretario Relator del Juzgado Togado o Tribunal Militar que haya de conocer el asunto».

Pero no todas las actuaciones del imputado deben hacerse bajo la asistencia letrada, ya que, tanto la LECRIM como la propia LPM permiten a éste ejercer su propia defensa en algunos supuestos concretos.

Así, la LECRIM permite, entre otras opciones, al imputado proponer verbalmente la recusación del Juez Instructor de la causa cuando se encontrara incomunicado²⁷, la asistencia a las diligencias de investigación practicadas en el seno de la instrucción del procedimiento²⁸, designar a un profesor que asista al lesionado en concurrencia con el designado por el Juez y acusador, designar un perito para el análisis de sustancias en concurrencia con el que haya sido nombrado por el Juez Instructor²⁹, declarar en el sumario cuantas veces quiera³⁰ y, especialmente importante en lo que atañe al principio de oportunidad penal, objeto de esta tesis, prestar la conformidad con la calificación más graves, sin excede de la pena legalmente prevista.

En la LPM también se contemplan posibilidades de acción procesal que pueden ser ejercitadas por el imputado en diligencias previas sin necesidad de actuar asistido de representación letrada. Como ejemplo, se puede

²⁷ Según establece el artículo 58 de la LECRIM, «*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá el procesado, si estuviere en incomunicación, proponer verbalmente la recusación en el acto de recibírsele declaración o podrá llamar al Juez por conducto del Alcalde de la cárcel para recusarle*». Debe notarse como el tenor literal de este precepto hace referencia al «procesado», lo cual, en principio no sería aplicable, en puridad, al mero imputado en el seno de las diligencias previas castrenses.

²⁸ El artículo 333 de la LECRIM dispone, en este sentido, que «*Cuando al practicarse las diligencias enumeradas en los artículos anteriores hubiese alguna persona declarada procesada como presunta autora del hecho punible, podrá presenciarse ya sola, ya asistida del defensor que eligiese o le fuese nombrado de oficio, si así lo solicitara; uno y otro podrán hacer en el acto las observaciones que estimen pertinentes, las cuales se consignarán por diligencia si no fuesen aceptadas*», añadiendo que «*Al efecto se pondrá en conocimiento del procesado el acuerdo relativo a la práctica de la diligencia con la anticipación que permita su índole y no se suspenderá por la falta de comparecencia del procesado o de su defensor*» y haciendo extensible esta garantía al que se «*halla privado de libertad en razón de estas diligencias*».

²⁹ Recoge el artículo 350 que «*El procesado tendrá derecho a designar un profesor que, con los nombrados por el Juez instructor o el designado por la parte acusadora, intervenga en la asistencia del paciente*» en los casos de «*envenenamiento, heridas u otras lesiones cualesquiera*» y, del mismo modo, el artículo 356 dispone, por su parte, que «*El procesado o procesados tendrán derecho a nombrar un perito que concurra con los designados por el Juez*» en las «*operaciones de análisis químico que exijan la sustanciación de los procesos criminales*».

³⁰ El artículo 400 de la LECRIM establece que «*El procesado podrá declarar cuantas veces quisiere, y el Juez le recibirá inmediatamente la declaración si tuviere relación con la causa*».

citar la posibilidad de solicitar información de conformidad con el artículo de la LPM que dispone que *«Podrán, asimismo, quienes tengan interés legítimo en el procedimiento, justificando el mismo y con indicación de la circunstancia y finalidad que lo motiva, solicitar testimonios de determinados particulares, certificaciones de resoluciones judiciales firmes o fotocopias debidamente compulsadas de documentos obrantes en autos. Salvo que lo solicitado fuera secreto o reservado, o su entrega pudiera perjudicar en aquel momento la investigación, el Secretario deducirá y entregará los particulares que se pidieren con el visto bueno del Auditor Presidente del Tribunal o el Juez»*, la posibilidad de presentar denuncia, como ya se ha visto en el artículo 130 de la LPM, el poder prestar cuantas declaraciones resulten convincentes, se acuerdo con el artículo 167 de la LPM³¹, o las comparecencias periódicas ante el juez o el Tribunal de conformidad con lo previsto en el artículo 233³².

Volviendo de nuevo al derecho de asistencia letrado del imputado en las diligencias previas castrenses, es necesario clarificar en este punto diversas cuestiones de especial trascendencia, destacando, entre ellas, la tradicional pregunta de cuándo nace en efecto la imputación a una persona o personas concretas por unos hechos que dan lugar a la incoación de diligencias previas. A la contestación de la misma está dedicado el siguiente epígrafe.

4.3. NACIMIENTO DE LA CONDICIÓN DEL IMPUTADO

Para responder correctamente a la primera de las cuestiones suscitadas, se ha de partir del artículo 118 de la LECRIM, el cual dispone, en la redacción otorgada por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre que *«Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa»*³³,

³¹ Aunque, en puridad, este artículo 167 hace referencia no al imputado sino al procesal y, por ende, sometido no a unas diligencias previas sino a un sumario. De cualquier modo, la posibilidad de poder acordar por el Juez que se presten tantas declaraciones, de oficio o a instancia de parte, como resulten convenientes para la averiguación de los hechos, se mantiene en la instrucción de las diligencias previas, si bien, como ya se ha puntualizado, deberían de llevarse a cabo bajo la asistencia letrada del imputado.

³² Esta opción no es claramente aplicable al seno de las diligencias previas toda vez que el artículo 233 de la LPM dispone que *«El procesado que estuviere en libertad provisional deberá comparecer ante el Juez Togado, Tribunal Militar o Autoridad o funcionario que éstos designen, los días señalados en el auto respectivo y cuantas veces fuere llamado por dicho Juez o Tribunal»*. Por tanto, no sólo por la condición de procesado – lo cual nos sitúa como ya se ha expuesto en el seno de un sumario – sino por la situación de libertad provisional, este artículo no puede ser entendido de aplicación a las diligencias previas.

³³ El cual ya queda plasmado en los párrafos tercero y cuarto de este precepto al dispone que *«Para ejercitar el derecho concedido en el párrafo primero, las personas interesadas*

actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho». Continúa el párrafo segundo estableciendo que *«La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados».*

En la LPM, el artículo 125 dispone, como ya se ha referenciado, que *«Tan pronto como se comunique a una persona la existencia de un procedimiento del que pudieran derivarse responsabilidades penales en su contra, se le instruirá de su derecho a la asistencia letrada, y en todo caso, si hubiera sido acordada su detención, prisión u otra medida cautelar o se dictare contra la misma auto de procesamiento, será requerida para que designe Abogado defensor o solicite su designación en turno de oficio. Transcurridas veinticuatro horas desde que fuere efectiva la medida cautelar, o desde la notificación del auto de procesamiento sin que haya sido realizado el nombramiento, se procederá como dispone el artículo 103 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar».*

De la interpretación conjunta de ambos preceptos se puede inferir que la imputación puede llevarse a cabo en tres momentos: la comunicación a una persona o personas concretas de la existencia de un procedimiento que se dirige con ella o ellas, la adopción de algunas de las medidas cautelares de carácter personal que la norma procesal permite o, finalmente, por el procesamiento, es decir por la acreditación de indicios racionales de responsabilidad criminal³⁴. Parece claro que, hablando de las diligencias

deberán ser representadas por Procurador y defendidas por Letrado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren y, en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo» y en caso de que no se hubiese designado Procurador o Letrado, «se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombrará de oficio si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquellos o hayan de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación».

³⁴ En el plano doctrinal, GIMENO SENDRA, V., *El derecho de defensa*, Constitución y proceso, Tecnos, Madrid, 1998, p.91, considera un tercer motivo de imputación que es la llamada «citación coercitiva» prevista en el artículo 486 de la LECRIM, el cual establece que *«La persona a quien se impute un acto punible deberá ser citada sólo para ser oída, a no ser que la ley disponga lo contrario, o que desde luego proceda su detención»* ya que si no compareciere ni justificare causa legítima que se lo impida, *«la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención»* tal y como reconoce el artículo 487. Finaliza la regulación de la citación en la LECRIM con el artículo 488 que preceptúa que *«Durante la instrucción de la causa, el Juez instructor podrá mandar comparecer a cuantas personas*

previas, la comunicación del inicio de las actuaciones a aquella persona que, en principio, pudiera ser responsable de los hechos será el primer y principal motivo de imputación.

De la simple lectura de los artículos 118 de la LECRIM y 125 de la LPM se puede deducir las múltiples analogías que existen entre ambos preceptos. La regla general y el común denominador de los mismos es que el primer motivo de imputación a persona o personas concretas es la comunicación a ésta o éstas de un procedimiento penal dirigido en su contra. Se ha de recordar que en los antecedentes legislativos procesales del siglo XIX no se preveía la participación del letrado en la fase de instrucción procesal, quedando a disposición del juez para que otorgara esa garantía con carácter excepcional, puesto que la norma permitía la actuación del letrado a partir del momento de las conclusiones³⁵.

4.4. EL CONCEPTO DE PREIMPUTADO. CONSIDERACIÓN CRÍTICA AL RESPECTO

ROJAS CARO ha considerado que el derecho a la defensa y, con él, la garantía de asistencia letrada nace en un momento anterior al citado en

convenga oír por resultar contra ellas algunas indicaciones fundadas de culpabilidad». Del tenor de estos preceptos se deduce que la imputación debe ser previa a la citación, por lo que, en teoría, ya se ha debido de comunicar el auto de incoación de las actuaciones en las que se imputa unos hechos concretos. A favor de esta postura, ROJAS CARO, *El derecho de defensa*, p.559.

³⁵ Así, el Código de Justicia Militar de 1890 establecía en su artículo 378, el cual conformaba el Capítulo IV del Título III, que el «defensor intervendrá en las actuaciones del plenario y deberá ser citado por el Juez instructor para su asistencia a las mismas», continuando el precepto en su párrafo segundo disponiendo que «Podrá comunicarse con su defendido siempre que lo crea necesario, y practicar, en el desempeño de su misión, cuantas gestiones legales estime convenientes, a excepción de solicitar la gracia de indulto». En el mismo sentido se pronunciaba el artículo 259. 1º de la Ley de Enjuiciamiento de Marina de 1894. Con posterioridad, el artículo 153 del CJM de 1945 anticipó el nombramiento del defensor a la notificación del procesamiento. Este precepto reseñaba que «Todo procesado sujeto a la Jurisdicción Militar tiene derecho a elegir defensor desde que se le notifique el procesamiento. Al que no haga uso de este derecho se le nombrará de oficio por la Autoridad Judicial o por el Consejo Supremo de Justicia Militar, desde que lo solicite, y en todo caso, al elevarse la causa a Plenario». La Exposición de Motivos del CJM ya apuntó que había pocas modificaciones en lo que atañía al régimen jurídico de los defensores en la Jurisdicción Militar en relación con la legislación que le precedía y de la que traía causa, «estableciendo como casi única novedad la facultad análoga a la que es preceptiva en la Jurisdicción Ordinaria de poder autorizar al procesado paisano, que sea Abogado, para que se defienda a sí mismo, si el delito perseguido fuera común, y también se estatuye que el cargo de Defensor sea obligatorio para los militares en activo, designados de oficio o de entre los incluidos en la lista reglamentaria, pero no para los que puedan serlo libremente por los procesados».

el párrafo anterior, lo cual exige exponer el concepto³⁶, acuñado por este autor, del «preimputado».

Considera este autor que «*la Ley Procesal Militar ha anticipado –a mi juicio, de forma extrema– el ejercicio del derecho de defensa a cualquier momento anterior a la imputación*»³⁷. Dicha idea la base en tres causas. En primer lugar, el carácter oscuro o, al menos, ambiguo del concepto de imputado; en segundo lugar, el deseo de asegurar que el justiciable no esté en ningún momento indefenso y, en tercer lugar, por las prácticas judiciales de las legislaciones históricas que «*retrasaron arbitrariamente la imputación, dando trato de simple testigo al que luego resultó imputado*»³⁸.

La argumentación esgrimida para catalogar el concepto de preimputado parte del análisis conjunto del artículo 103 de la LOCO y el artículo 142 de la LPM. En primer de ellos, como ya se ha expuesto, considera que el derecho a la asistencia letrada puede ejercitar «*en cualquier momento*». ROJAS CARO considera que la expresión legal «*en cualquier momento*» quiere significar que no es necesario que haya auto de procesamiento ni imputación, «*basta que a una persona le conste la presentación de una denuncia o querrela, o de unas actuaciones en que se le mencione o considere como sospechoso para poder designar abogado defensor*». Concluye, en este sentido, afirmando que no es necesaria la condición de imputado para la designación de letrado, bastando la mera condición de denunciado o sospechoso o «*la existencia de un nuevo indicio inculpatario para poder proceder a la designación de Abogado, bien por elección del interesado o por designación de oficio*»³⁹.

Continúa el razonamiento, basándose ahora en el tenor literal del artículo 142 que obliga al Juez Togado a instruir de su derecho a la asistencia letrada «*a aquellas personas cuya declaración apareciere como necesaria para dictar la oportuna resolución, siempre y cuando estimare que de dicho testimonio puedan derivarse méritos para una futura inculpación contra quien lo presta*». En este mismo precepto se establece que si los méritos de la inculpación aparecieran en la declaración, «*se suspenderá ésta hasta*

³⁶ ROJAS CARO, *El derecho de defensa*, p.558. Reconoce el autor que la fijación del criterio por el cual se puede determinar con fijeza cuándo comienza el derecho de defensa se basaba en el siguiente tríptico, de inspiración napoleónica: defensa prohibida –o exclusión de la garantía de asistencia letrada en la detención policial y en las diligencias de prevención–, defensa permitida –que había de suceder a partir del primer acto de inculpación del Juez Instructor– y la defensa obligada –o la necesidad de proveer al imputado de Abogado de Oficio a partir del primer acto de acusación.

³⁷ ROJAS CARO, *El derecho de defensa*, p.562.

³⁸ ROJAS CARO, *El derecho de defensa*, p.562.

³⁹ ROJAS CARO, *El derecho de defensa*, p.563.

que el declarante sea provisto de la asistencia letrada correspondiente». Destaca ROJAS CARO el término «futura inculpación» lo cual le lleva a afirmar que la ley procesal dota de asistencia letrada a quien no adquirido todavía el carácter de imputado y ese es el motivo por el cual considera que la ley anticipa la asistencia letrada a un momento anterior a la imputación, entendiéndolo que, a pesar de que el artículo 142 lo prevé para las diligencias previas, nada obsta para que pueda ser extendido al campo de las diligencias preparatorias. En resumen, y siguiendo sus propias palabras: «todavía no ha habido inculpación o imputación y ya el preinculpado o preimputado tiene derecho a la asistencia letrada, bien al letrado de elección, bien al letrado de oficio»⁴⁰.

En conclusión, ROJAS CARO estima que el derecho a la asistencia letrada del preimputado debe tener dos condicionantes de inexcusable concurrencia. Por un lado que ha de producirse en un procedimiento judicial abierto, es decir, diligencias previas, diligencias preparatorias o sumario y, por otro lado, que debe existir un mínimo indicio inculpatario contra una persona determinada⁴¹.

En mi opinión, no hay cabida en nuestro ordenamiento para la llamada «preimputación». Los argumentos que apoyan esta afirmación se organizan de la siguiente manera.

Se puede observar como la doctrina expuesta utiliza indistintamente los términos imputado e inculpado. El DRAE otorga, como cabría esperar, a ambos significantes distintos significados. El criterio de interpretación literal del artículo 3 del CC arrojaría como resultado que imputado la RAE

⁴⁰ ROJAS CARO, *El derecho de defensa*, p.563 y del mismo autor, *Derecho procesal penal militar*, p. 257. Según el autor en esta última cita hace referencia a que el concepto de «sospechoso» no viene recogido en ninguna de las normas procesales ni ordinarias ni militares pero que «en un orden lógico, puede considerarse sospechoso aquél sobre el que recaen sospechas de haber realizado un delito» y al que se sigue, tal y como lo regula en el artículo 125 de la LPM «un procedimiento del que pudieran derivarse responsabilidades penales en su contra». Finaliza, afirmando que «este sospechoso tiene derecho, según el indicado precepto, a que se le instruya su derecho a la asistencia letrada».

⁴¹ ROJAS CARO, *El derecho de defensa*, p.564. *Sensu contrario* si no existe procedimiento judicial de los citados y ni existe ese mínimo indicio que permita imputar a una persona concreta unos hechos de los que conoce el Juez Togado, no se puede hablar del derecho a la asistencia letrada del preimputado. Cita el autor a PARGA PÉREZ –MAGDALENA, F.J., *El reflejo e incidencia de los principios y garantías del proceso penal militar en los atestados*, Terceras jornadas en el CGPJ, inédita, Madrid, 1994, p.5, quien sostiene que ya en el atestado ha de concederse al presunto imputado capacidad para personarse y actuar en su defensa desde el instante en que en el mismo se produzca la imputación. ROJAS CARO no comparte este criterio al entender que en el atestado no se puede producir imputación alguna ya que es, según el autor, un acto exclusivamente judicial, no creyendo, además, que fuera necesaria «ni quizás posible la asistencia de letrado, salvo caso de detención en que es obligada por imperativo del art. 17. 3 CE y 520.2 LECrim».

considera que es la persona contra quien se dirige un proceso penal, mientras que inculpada se refiere a la persona que es objeto de la acusación en un procedimiento penal o sancionador.

Teniendo en cuenta este criterio meramente gramatical todo parece indicar que sí que hay imputado en las diligencias previas de la LPM desde el momento en que el Juez Togado tiene conocimiento de una *notitia criminis* la cual puede ser atribuida a una persona o personas determinadas, sin perjuicio de que, al final de la instrucción procesal, se puedan acordar cualquiera de las alternativas que el artículo 141 de la LPM ofrece.

Además, admitida la condición de imputado desde que los hechos que dan lugar a la incoación de las diligencias previas quedan anudados a una persona cierta, la doctrina del TC en materia de asistencia letrada, ya expuesta, obliga a que se instruya al imputado en el conjunto de derechos y obligaciones que perfilan su estatus de tal, porque de lo contrario, con la vista puesta en una posible indefensión, no se deja de estar instruyendo un procedimiento a espaldas del imputado, lo cual contraviene, sin duda, la más elemental aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 24 de la CE.

Pero siguiendo con la diferencia terminológica, en las diligencias previas no hay acto alguno de acusación en sentido estricto ya que éste está reservado al Fiscal Jurídico Militar, quien, bien sea en las conclusiones provisionales del artículo 276 para el caso del sumario⁴², bien sea en las conclusiones del artículo 394 para las diligencias preparatorias⁴³, formula el primer y verdadero acto de acusación.

⁴² El artículo 276 dispone que «*El escrito de conclusiones provisionales contendrá, en números separados, los siguientes extremos:*

1. Exposición concreta de los hechos que resulten del sumario, con cita de las diligencias de que deduce su prueba.
2. Su calificación legal.
3. La participación que en ellos se atribuya al procesado.
4. Las circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad criminal que estime apreciables.
5. La pena que considere debe imponerse al procesado, concretando la extensión de la misma o la absolución, en su caso.
6. Las responsabilidades civiles procedentes.

Al redactarse los extremos 2) al 6), se citarán las disposiciones legales respectivamente aplicables».

⁴³ El artículo 394 de la LPM dispone que «*Dictado el auto por el que se acuerde la apertura de la vista, el Tribunal notificará éste al Fiscal Jurídico Militar, a la vez que dará el traslado de las actuaciones al defensor del inculcado para que, en el plazo de cinco días, evacue sus conclusiones provisionales o haga uso, en su caso, del derecho que le confiere el artículo 287 de esta Ley*», continuando el párrafo segundo de este precepto estableciendo que «*En sus escritos de calificación, tanto el Fiscal Jurídico Militar como el defensor propondrán la prueba de que intentan valerse en el juicio, y podrán solicitar la adopción,*

El escrito de conclusiones provisionales es el «vehículo en que se ejercita por las partes su pretensión respectiva, con carácter puramente provisorio o interino»⁴⁴, pudiendo ser de carácter acusador, si son formuladas por el Fiscal Jurídico Militar o por el acusador particular, o de carácter defensivo, si lo son por el propio procesado. Por ello, la formulación de estos escritos conlleva la verdadera acusación, ya que en las conclusiones definitivas no se podrá acusar a persona distinta –limitación subjetiva– ni por hechos distintos a los allí expuestos –limitación objetiva–⁴⁵.

El mismo TC ha recogido en su doctrina jurisprudencial de modo reiterado que el principio acusatorio exige que nadie pueda ser condenado por cosa distinta de la que ha sido acusado y de la que, por consiguiente, no haya tenido ocasión de defenderse, entendiéndose por ese algo distinto, no exclusivamente unos hechos, sino también la perspectiva jurídica que delimita ese devenir de los acontecimientos, ya que el debate contradictorio incide tanto en los hechos como en su calificación jurídica⁴⁶. En el caso concreto de las diligencias previas castrenses no hay ninguna resolución que fije hecho y su calificación jurídica, a diferencia de lo que ocurre en el sumario o en las diligencias preparatorias⁴⁷.

Aunque también es cierto que el ajuste entre la acusación y la condena no es tan estricto que impida al órgano judicial modificar la calificación

modificación o suspensión de las medidas a que se refiere el artículo 388. La documental que propongan y no obre en la causa la acompañarán con sus escritos de conclusiones, o modificarán el archivo en que se encuentren si está a disposición del Tribunal».

⁴⁴ ROJAS CARO, J., *El juicio oral (artículos 274 a 292)*, en Comentarios a las Leyes Procesales Militares, Tomo II, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pp. 1687 a 1705.

⁴⁵ Es más, desde la perspectiva del derecho a ser informado de la acusación, como instrumento del derecho de defensa, es decir, desde el imperativo constitucional de que el acusado conozca los hechos para poder ejercitar adecuadamente su defensa, la doctrina constitucional admite que el contenido de la información ha de referirse al momento de la calificación definitiva de la parte acusadora y no a momentos anteriores como el de las calificaciones provisionales. Por todas, SSTC 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 15; 20/2003, de 10 de febrero, FJ 3; 183/2005, de 4 de julio, FJ 4 y 224/2005, de 12 de septiembre, FJ 2.

⁴⁶ Así, SSTC 40/2004, de 22 de marzo, FJ 2; 224/2005, de 12 de septiembre, FJ 2 y 266/2006, de 11 de septiembre, FJ 2.

⁴⁷ Así pues el principio acusatorio exige, en íntima conexión con el derecho de defensa, que exista una correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia por lo que se refiere a los hechos considerados punibles que se imputan al acusado y, hasta cierto punto también, a su calificación jurídica, pero debiendo tenerse presente que desde la perspectiva constitucional de aquel derecho, lo trascendental es que la condena no se produzca por hechos o consideraciones jurídicas que de facto no hayan sido o no hayan podido ser enteramente debatidas. Por todas, SSTC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 17; 387/2001, de 2 de abril, FJ 6; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 3; 189/2003, de 27 de octubre, FJ 2; 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2 y 224/2005, de 12 de septiembre, FJ 2.

de los hechos que enjuicia en el marco de los elementos que han sido o han podido ser objeto de discusión⁴⁸, de modo que no existe infracción constitucional alguna cuando el juzgador valora los hechos de forma diversa a como venían siéndolo, siempre que ello no implique la introducción de un elemento o dato nuevo que, siendo desconocido por el acusado, haya mermado su posibilidad de defensa al respecto, pero siempre desde la perspectiva de las conclusiones definitivas donde se fije verdaderamente la acusación penal⁴⁹.

En suma, si no hay acto de acusación posible en el seno de las diligencias previas, en sentido estricto no se puede hablar de inculpado, sino de imputado. El hecho de serlo no exime de las garantías y derechos fundamentales que afectan al proceso penal, pero limitados en su actuación a las posibilidades que ofrece este procedimiento militar. Así, las diligencias previas pueden implicar una verdadera imputación a una persona concreta de unos hechos concretos pero no puede dar cabida a un acto procesal de inculpación o de acusación, los cuales, como se ha expuesto, sólo pueden estar ubicados en el sumario o en las diligencias preparatorias⁵⁰.

⁴⁸ Como se ve la adecuación en el principio acusatorio pasa por los hechos y la calificación, no así con la pena. La STS nº 1747/2002 afirmó que «*En relación con la determinación concreta del «quantum» de la pena, dentro del marco punitivo señalado por el Legislador para la infracción objeto de acusación, con sus circunstancias, la doctrina jurisprudencial tradicional, tanto del Tribunal Constitucional (STC 17/1988, de 6 de febrero y STC 189/1988 de 17 de octubre), como de este Tribunal Supremo (Sentencia de 26 de febrero de 1985, entre otras muchas), ha entendido que el principio acusatorio no impide que la resolución judicial imponga una pena de cuantía superior a la solicitada por la acusación (aunque sea de la misma naturaleza) bien para remediar errores técnicos (si la acusación ha omitido solicitar penas forzosamente vinculadas al tipo delictivo objeto de acusación o condena, o ha solicitado la imposición de penas inferiores a las legalmente procedentes), o bien haciendo uso de sus facultades legales de individualización de la pena, en todo caso dentro de los márgenes correspondientes a la pena legalmente determinada para el tipo penal objeto de calificación acusatoria y de debate en el proceso. Este criterio puede resumirse en la afirmación del Tribunal Constitucional (STC 17/1988 de 16 de febrero) de que el Juez está sometido a la Ley y debe, por tanto, aplicar las penas que, según su juicio, procedan legalmente en relación con un determinado delito*». Esta doctrina del TS se ha visto modificada por el Pleno de criterios de la Sala de lo Penal del Supremo donde se consideró oportuno revisar esta jurisprudencia con el fin de determinar «*la neta separación entre las funciones de acusar y juzgar, de modo que si el tribunal sentenciador pudiera imponer libremente la pena correspondiente al tipo penal que aplica, sin tener en cuenta las peticiones concretas de las acusaciones, en realidad, se estaría convirtiendo en acusación, con grave quebranto de los principios que alumbran el proceso penal moderno*».

⁴⁹ Así, SSTC 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2; 71/2005, de 4 de abril, FJ 3 y 266/2006, de 11 de septiembre, FJ 2.

⁵⁰ Dicho de otro modo, lo concluyente para que la posible infracción del principio acusatorio adquiriera relevancia constitucional es la constancia real de que existieron elementos de hecho que ni fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa, lo que exige examinar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo

4.5. EN CONCLUSIÓN: ¿EXISTE O NO IMPUTADO EN LAS DILIGENCIAS PREVIAS?

Esta afirmación legal ha dado lugar a un debate doctrinal entre aquellos que consideran que en las diligencias previas no hay inculpado y que, por ello, no hay que desplegar las medidas de asistencia letrada y demás garantías del derecho a la tutela judicial efectiva y entre los que estiman lo contrario.

En la primera línea, ROJAS CARO, a la hora de analizar los recursos que pueden ser interpuestos contra las resoluciones previstas en el artículo 141, considera que las diligencias previas están encaminadas, en otros fines y como lo reseña el propio artículo 141, a la determinación de las personas que han participado en los hechos y es por ello por lo que estima que «*No hay, pues, en el mismo ningún inculpado, en principio, y por consiguiente no hay por qué instrumentar ninguna medida de defensa a su favor*». Sólo en el caso que el Juez estimara que el hecho fuere constitutivo de delito competencia de la Jurisdicción militar – ordinal 5º del artículo 141 – o en el supuesto en que concluyera que los hechos estuvieren atribuidos a la jurisdicción ordinaria, procediendo así a la inhibición de competencia – ordinal 6º del mismo artículo – y, sumado a lo anterior, se hubiese adoptado alguna de las medidas cautelares previstas en el segundo párrafo, «*entonces sí que habrá de otorgarse al inculpado algún medio de defensa frente al Auto del Juez medida de defensa que podría ser el recurso de apelación que se establece para las demás partes, con base en el principio de contradicción*»⁵¹.

LORCA NAVARRETE, en la otra línea doctrinal, afirma que cualquiera que sea el contenido que haya adoptado el juez togado como resolución de las diligencias previas, de conformidad con las opciones que la propia ley procesal le otorga, ésta será apelable por el Fiscal Jurídico Militar, los mandos militares promotores del parte, el denunciante y el perjudicado. De ello deduce que «*se excluye incomprensiblemente, de la posibilidad de recurrir a quien de su testimonio puedan derivarse méritos para una futura inculpación*»⁵²,

que resulta esencial al principio que tratamos: que el acusado haya tenido ocasión cierta de defenderse de la acusación en un debate contradictorio. El TC lo avala en SSTC 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 17; 87/2001, de 2 de abril, FJ 5; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 5; 189/2003, de 27 de octubre, FJ 2; 40/2004, de 22 de marzo, FJ 3; 183/2005, de 4 de julio, FJ 4 y 75/2006, de 13 de marzo, FJ 3.

⁵¹ ROJAS CARO, *Derecho Procesal...* p. 277. Concluye el autor citado indicando que en los cuatro supuestos restantes del artículo 141 «*no hay razón por la cual establecer ninguna medida de defensa a favor de persona distinta de aquéllas que viene legitimadas en el artículo 143*». Y no sólo en estos supuestos sino tampoco en los recogidos en los ordinales 5º y 6º, si «*simultáneamente, no se han adoptado medidas cautelares*».

⁵² LORCA NAVARRETE, *Comentarios...*, p. 229.

afirmando que al que imputado «*parece que solo le va a ser de aplicación en esa vertiente el contenido del artículo 2 de la LPM*»⁵³.

Partiendo de lo recogido en el artículo 142 de la LPM por el que se obliga al Juez Togado a instruir de su derecho a la asistencia letrada «*a aquellas personas cuya declaración apareciere como necesaria para dictar la oportuna resolución, siempre y cuando estimare que de dicho testimonio puedan derivarse méritos para una futura inculpación contra quien lo presta*», el autor citado considera que el criterio manejado por el legislador en la redacción de este precepto es «*sumamente criticable y me atrevería a señalar que inconstitucional en cuanto que niega al inculpado o imputado, esto es –y reitero que es literal–, a quien de su testimonio se deriven méritos para su inculpación el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva mediante el recurso (art. 24 C.) ya que únicamente se prevé que en tales casos se suspenda la declaración para que el declarante sea provisto de asistencia letrada*»⁵⁴.

En relación con las dos posiciones doctrinales esgrimidas en los párrafos precedentes, en mi opinión, debe prevalecer la segunda, es decir, en el procedimiento de diligencias previas sí que hay figura de imputado y, por ello, se debe poner en funcionamiento la maquinaria procesal y dotar al mismo de todas aquellas garantías que la propia Constitución y las leyes procesales le otorgan.

En mi razonamiento parto de la base de que las diligencias previas, como ya se ha recogido con anterioridad, tienen su razón de ser y objetivo último en la determinación del hecho concreto y, una vez perfilado, adoptar alguna de las alternativas que el artículo 141 abre al juez togado competente. Dos son los argumentos que, en este sentido, me parece oportuno esgrimir: El primero vendría dado por la mera aplicación del artículo 24. 1 de la

⁵³ A cuyo tenor establece que «*Cuantas autoridades y funcionarios intervengan en el proceso penal militar velarán por la efectividad de las garantías reconocidas por el ordenamiento jurídico a los responsables y a cuantos sean parte en el procedimiento*». Véase en este sentido, RUIZ VADILLO, E. *El principio de legalidad en el derecho procesal militar*, en Comentario a las Leyes Procesales Militares, Tomo II, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pp. 880 a 891.

⁵⁴ LORCA NAVARRETE, *Comentarios...*, p. 229. Completa lo anterior al estimar que esta asistencia letrada es «*puramente formal*» y está desprovista de carácter material y sustantivo, ya que el imputado y su letrado solo «*serán espectadores pasivos de lo que suceda respecto de la incoación de esas diligencias previas*», puesto que en relación con las posibles resoluciones que la ley procesal permite a las diligencias previas, es decir respecto al resultado final «*no se le reconoce, ni a uno ni a otro, el esencial y mínimo derecho a recurrir*». El mismo autor anota que el grupo del CDS en enmienda al artículo 143 del proyecto de la LPM en seno del Congreso de los Diputados propuso la extensión de la opción de recurso al denunciado. Véase el proyecto en la revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, número 3, 1989, p. 906.

CE y la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del mismo y, en segundo lugar, por aplicación directa de lo previsto en los artículos 125 y siguientes de la LPM.

El artículo 24 de la Carta Magna dispone que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión y queda completado, en su párrafo segundo, disponiendo que asimismo, *«todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia»*.

La tendencia del legislador procesal ordinario actual por la cual se instauran en nuestro ordenamiento procedimiento especialmente abreviados, en los que la rapidez y la aceleración de los trámites son sus caracteres más importantes. En ellos la condición de imputado, a pesar de la agilización, no se ve alterada en el conjunto de derechos y garantías que la conforman. El TC en SSTC. 162/1997, de 3 de octubre, 56/1999, de 12 de abril o 79/2000, de 27 de marzo, 178/2001, de 17 de septiembre, o 62/2002, de 11 de marzo ha reconocido que todos los derechos fundamentales que se hallan vinculados, en mayor o en menor medida, al proceso penal constituyen *«una exigencia ineludiblemente vinculada al derecho a un proceso público con todas las garantías, aún cuando lo sea en la etapa preliminar de la investigación, erigiéndose en verdadera exigencia constitucional impuesta a los operadores de la Justicia, que deben velar por su preservación»*⁵⁵. Por ello, se puede concluir que si en el procedimiento abreviado de la LE-CRIM, la posición del imputado se mantiene inalterable y sus exigencias y presupuestos inamovibles, incluso en la fase preliminar de investigación, no habría razón en contra por la que aplicar analógicamente esta premisa a las diligencias previas de la LPM, las cuales, cabe recordar una vez más, son un verdadero procedimiento penal.

⁵⁵ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., *La posición del imputado y del responsable civil en el proceso penal*, disponible en <http://www.fgr.cu/Legislacion/Estudios%20Juridicos%20Espa%F1a/FISCALES/FISCAL77.PDF>, Centro de Estudios de la Administración de Justicia, Madrid, 2004, p.3444.

CORTE PENAL INTERNACIONAL Y/O JUSTICIA UNIVERSAL ¿LAS DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA?

José Ricardo Pardo Gato
Alferez R.V. Abogado. Árbitro
Diplomado en Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN).
Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica Decano Iglesias Corral.

*«Se puede engañar a todo el mundo por un tiempo,
y a algunos siempre,
pero no a todos siempre»*

ABRAHAM LINCOLN

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN A MODO DE PREMISA: LA DISYUNTIVA LIBERTAD-SEGURIDAD Y EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES.- II. LA POTESTAD DE JUZGAR Y HACER EJECUTAR LO JUZGADO. LA DESEADA DOBLE INSTANCIA PENAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL.- III. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.- III.1. Aprobación, finalidad y principios.- III.2. Lagunas detectadas en su aplicación jurisdiccional.- a) *Ausencia de ratificación general.*- b) *Limitación a la extensión competencial.*- c) *Aspectos formales y procesales.*- d) *Colisión entre diferentes modelos jurídicos.*- IV. LA JUSTICIA UNIVERSAL ESPAÑOLA.- IV.1. Sumarios y asuntos abiertos: ¿Posible solución sobre el terreno?.- a) *Caso Chile (crímenes 1973-1990) y caso Argentina (crímenes 1976-1983).*- b) *Caso Fidel Castro.*- c) *Caso Guatemala.*- d) *Caso José Couso.*- e) *Caso Tibet y caso Falun Gong.*- e) *Caso Ruanda.*- R.D. *Congo (crímenes 1990-2002).*- IV.2. Legislación y jurisprudencia española a modo de justicia penal universal.- a) *Postulados legales y principios reconocidos.*- b) *Doctrina y limitaciones jurisprudenciales.*- c) *Limitaciones derivadas de la Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional.*- V. CORTE PENAL INTERNACIONAL VERSUS AUDIENCIA NACIONAL.- VI. CONSIDERACIONES FINALES Y *DESIDERATUM* CONCLUSIVO.

I. INTRODUCCIÓN A MODO DE PREMISA: LA DISYUNTIVA LIBERTAD-SEGURIDAD Y EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES

Libertad y seguridad son, sin duda, dos de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el actual Estado de Derecho. Ante ellos, la Justicia, en su concepción lata, ha de mantenerse siempre expectante en su cometido de garante de que ambos conceptos, en cuanto que consustanciales a la condición humana, coexisten pacíficamente para hacer posible un estatus de libertad garantizada por un efectivo sistema de seguridad, frente a la amenaza que siempre supone el alcanzar una situación de tales garantías a costa, en detrimento o cercenamiento de derechos fundamentales básicos de la persona.

En este sentido, el siempre difícil equilibrio entre la libertad y la seguridad por todos requerida no supone, o al menos no debe presuponer inicialmente, la contraposición de lo que por dichos conceptos entendemos genéricamente, sin que de su interrelación quepa inferir con carácter previo connotaciones de por sí negativas, siempre y cuando esa equidad de justas aspiraciones se mantengan, propiamente, en esa anhelada posición de racionalidad y equilibrio en que se sustenta la legitimidad de los sistemas democráticos de corte occidental.

No obstante, conocedores de que los acontecimientos de la realidad social y los intereses políticos de cada momento y de cada lugar sustentan dicha contraposición en un constante tira y afloja, tal situación exige a las distintas cortes y tribunales que velan por garantizar el ansiado equilibrio de voluntades el permanecer en alerta y vigilantes para que un exceso de celo en salvaguardar la seguridad no vaya acompañado de una aminoración de la libertad por debajo del umbral que configura un moderno Estado democrático de Derecho.

Convivimos, ciertamente, en constante presencia de esa aludida dicotomía libertad-seguridad, la cual se antoja a todas luces presente en la *cotidianidad* actual del mundo globalizado, sin que por ello dicha tesitura deba traducirse a la postre, necesariamente, en una merma de libertad y de reconocimiento y respeto de los derechos humanos *globalmente* consagrados.

A diferencia de lo que ha venido sucediendo hasta tiempos muy recientes, invariable se presenta el preservar esta polémica en el espectro internacional, dado que la movilidad social imperante, junto con los incesantes flujos migratorios, convierten los problemas transnacionales en vicisitudes concretas de los países receptores de tales flujos, junto con el hecho –no menos importante– de que los problemas suscitados en el seno de estos estados repercuten e inciden directa o indirectamente en la realidad internacional. De ahí que, de un modo u otro, no debamos o –mejor dicho– no podamos que-

darnos impasibles e inertes ante tales acontecimientos, pasados o presentes, así como respecto de aquellos que puedan aflorar o sobrevenir en el futuro.

Para ello debemos reafirmarnos en los dos principios, plenamente reconocidos¹, que los juristas, al menos desde el prisma de la cultura instalada en el mundo democrático occidental, consideramos definitivamente adquiridos e inmutables: por un lado, en su máxima expresión, cualquier Estado de Derecho que se precie, para merecer tal nomenclatura, incluso para justificar su propia razón de ser, debe venir presidido y proclamar abiertamente los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, así como propiciar y crear las instituciones y procedimientos necesarios para que tales derechos y libertades sean por todos respetados y puedan ejercitarse sin menoscabo alguno; por otro, el Estado, así configurado, debe garantizar a los ciudadanos un marco de seguridad viable y razonable que haga factible el desarrollo de su vida y actividades diarias en forma pacífica y que ampare con eficacia el ejercicio y disfrute de sus derechos y libertades.

En relación al primer principio citado, y respecto a la conformación de las instituciones y los procedimientos necesarios para que esos derechos y libertades sean por todos coherentemente respetados, susceptible en todo caso de ejercitación, va destinado el presente estudio, sobre todo a los efectos de situar y clarificar, en la medida de lo posible, la oportunidad que asiste a un determinado estado de extrapolar su derecho y jurisdicción más allá de sus fronteras cuando lo que se entiende conculcado es, precisamente, el desarrollo de tales libertades y derechos fundamentales, cuando no, en todo caso, el poder apelar a organismos y tribunales internacionales que vengan a tutelar y amparar el libre y natural desarrollo de los mismos; para lo cual trataremos de perfilar en el camino los pros y contras de cada una de las dos vías jurisdiccionales articuladas a día de hoy desde la base del derecho nacional e internacional directamente aplicable.

II. LA POTESTAD DE JUZGAR Y EJECUTAR LO JUZGADO. LA DESEADA DOBLE INSTANCIA PENAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Pero antes de adentrarnos en el cometido propuesto, cabe referirnos, aunque sea someramente, a una cuestión previa que no debemos perder

¹ Tanto por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, como por la propia Convención Europea de Derechos Humanos, así como en las constituciones de todos los países democráticos, entre ellas la Constitución española.

de vista dada su evidente vinculación con el tema, al menos por lo que al sistema español de defensa de los derechos fundamentales se refiere en cuanto al necesario o, al menos, conveniente recurso a la doble instancia penal para el supuesto de su conculcación.

Sabido es que, en derecho español, la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado viene atribuida al justiciable en el artículo 117.3 de la Carta Magna (CE), del mismo modo que, símbolo de madurez política y sobre todo de respeto a la libertad de expresión, los ciudadanos puedan, hasta cierto punto, mostrar su acuerdo o desacuerdo con tales decisiones, dentro de los márgenes democráticos instaurados, de tal forma que a través del derecho fundamental de defensa el abogado y, en último término, el juzgador se conviertan en garantes de la inviolabilidad de derechos y libertades que por ser inherentes a las personas resultan de naturaleza irrenunciable.

Es en este contexto donde debe afirmarse que el derecho a la doble instancia penal tiene en nuestro país rango constitucional –si bien no expresado–, tras la ratificación por el Estado español, el 13 de abril de 1977, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otorgado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, que expresamente así lo garantiza, a lo que cabe añadir lo proclamado a su vez por el artículo 10.2 de la CE cuando dispone que «[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

El sistema de recursos regulado en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) excluye, paradójicamente, de la doble instancia a los delitos que llevan aparejadas penas más graves frente a aquellos otros de penalidad inferior, de tal modo que mientras para estos últimos la ley establece un régimen de recurso de naturaleza ordinaria (recurso de apelación)²,

² El Proyecto de Ley Orgánica 121/000069 por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, si bien tiene como objetivo primordial generalizar la doble instancia en los procesos penales mediante la extensión del recurso de apelación a toda sentencia penal, no parece, en principio, que vaya a cumplir todas las expectativas expuestas, al declarar su anunciada Exposición de Motivos que: «... se puede revisar, por tanto, a través de este cauce procesal de la apelación, la aplicación del Derecho realizada por el órgano *a quo* y el control de los hechos realizado por el expresado órgano judicial únicamente cuando se trata de verificar que la conducta se sustenta sobre pruebas lícitas, que existe prueba de cargo suficiente y si la prueba practicada permite sostener la culpabilidad más allá de toda duda razonable». En el nuevo recurso de apelación regulado se excluye, por tanto, como motivo del mismo, el *error en la valoración de la prueba*, por lo que no habilita para una nueva instancia plena. No en vano en la actualidad dicho error se contempla, si bien con carácter restringido, en el recurso de casación y, de manera amplia, en el de apelación que regula el artículo 790 de la vigente LECrím.

para los primeros sólo se prevé el de casación ante el Tribunal Supremo, ya demandado en su día, no sin razón, por nuestro excelso DE QUEROL Y LOMBARDEO para el proceso militar³; recurso que, por su carácter extraordinario, sólo procede si concurren los requisitos y presupuestos legalmente establecidos, por lo que se veda la posibilidad de hacer una nueva valoración de los hechos o indicios inculpativos.

Fruto de todo ello reiteradamente se viene vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su dimensión penal a la doble instancia, lo que ha supuesto la condena a España en diversas ocasiones por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), por violación del artículo 14.5 del precitado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴, en el que se señala que «[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley».

A la espera de la pertinente reforma de nuestra ley procesal penal y de cómo quede definitivamente regulada la doble instancia en el futuro texto legal, sirva aquí de expresa constancia la denuncia por la vulneración reiterada del referido Pacto internacional de Nueva York para luego poder acudir a las instancias, organismos y tribunales internacionales.

III. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Entre los organismos y tribunales creados para velar y, sobre todo, castigar ciertas actuaciones alejadas a derecho en el ámbito internacional, destaca fundamentalmente –desde su conformación e inicio de facultades y consiguientemente actividad jurisdiccional– la Corte Penal Internacional (CPI),

³ DE QUEROL Y LOMBARDEO, J.F.: «El mando militar ante el recurso de casación», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, enero-junio 1989, pp. 27-56; «El recurso de casación en el proceso militar», *Derecho penal y proceso militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 655-676. En este último trabajo y en el contexto temporal de la temática abordada, el autor iniciaba su reflexión con estas palabras de tanto significado al efecto: «Salvo un paréntesis corto, cuando la Segunda República reformó la legislación castrense, pretendiendo establecer un recurso de casación contra las sentencias de los Consejos de Guerra, ha sido tradicional en el proceso militar la inexistencia de pluralidad de instancias. Inexistencia de recursos de apelación como medio ordinario de impugnar las resoluciones judiciales; imposibilidad de las partes de instar ante un Tribunal Superior cuando las sentencias infrinjan la ley; escasa posibilidad de denunciar quebrantamientos de formas, etc.». Motivos que, aunque por razones diferentes, avalan la doble instancia penal aquí solicitada.

⁴ Valga de ejemplo el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 11 de agosto de 2000 por el que se ordenaba la anulación de la condena a un español por vulneración de su derecho a la doble instancia penal, salvo que fuera revisado su proceso.

cuyo favorable reconocimiento no debe impedirnos denunciar los posibles inconvenientes o aspectos negativos que su funcionamiento, después de poco más de media década, arrastra tras de sí.

III.1. APROBACIÓN, FINALIDAD, PRINCIPIOS

A tenor de una propuesta presentada en 1989 por Trinidad y Tobago ante la 44ª Asamblea General de la ONU, el 17 de julio de 1998, la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de este mismo organismo aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI), primer tribunal de estas características con vocación de permanencia, de continuidad en el tiempo, y alcance potencialmente universal. Dicho texto legal entró finalmente en vigor el 1 de julio de 2002, una vez superadas las sesenta ratificaciones necesarias que a tal fin el propio Estatuto preveía. España, por su parte, prestó su consentimiento al mismo a través de la aprobación de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre.

Si su finalidad se centra, básicamente, en acabar con la impunidad y prevenir nuevos crímenes mediante la constitución de una instancia judicial independiente, vinculada con las Naciones Unidas, dos de los principios generales por los que se rige entroncan directamente con los ya recogidos en la Carta de tan alto organismo internacional, a saber: la prohibición del uso o amenaza de la fuerza y la no injerencia en los asuntos internos⁵; postulado este último que no ha de entenderse de tenor restrictivo, pues uno de los grandes logros de la CPI es que los crímenes notorios cometidos en los conflictos armados internos (no internacionales) serán igualmente de su competencia.

III.2. LAGUNAS DETECTADAS EN SU APLICACIÓN JURISDICCIONAL

a) Ausencia de ratificación general

Hasta enero del pasado año 2007, 104 países habían suscrito el Estatuto de Roma de la CPI⁶, por lo que si consideramos que son 192 en la

⁵ Para mayor abundamiento sobre la aprobación, finalidad y principios de la norma base de la CPI, *vid.* RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: «Nota sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 73, enero-junio 1999, pp. 197-207.

⁶ De este número de países, 41 son europeos, 29 son Estados africanos, 22 de Iberoamérica y Caribe y 12 de Asia.

actualidad los Estados miembros de las Naciones Unidas, el número de Estados parte de la Corte es significativo e importante, si bien claramente insuficiente, por cuanto si lo pretendido es ejercer una jurisdicción universal y una primacía institucional en la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ha de estimarse como un fracaso y una radiografía ciertamente inquietante del estado del mundo la ausencia de naciones clave en el concierto internacional.

Así, la falta de ratificación por las grandes naciones (los Estados Unidos de América, Rusia, China, India, Israel y la práctica totalidad de los Estados árabes, desde Marruecos, Egipto y Arabia Saudita, hasta Irán o Pakistán), ha supuesto un serio varapalo al objetivo inicial con el que se fraguó la conformación de la CPI. Dejar fuera de su jurisdicción a una parte importante de ciudadanos no hace sino convertir, para muchos de ellos, en mera expectativa inviable el acceso a las reparaciones, indemnizaciones o rehabilitaciones que podrían exigir de concurrir una mayor extensión de su competencia.

b) Limitación a la extensión competencial

Como premisa, debe quedar claro antes de nada que este organismo conoce exclusivamente de «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», de ahí que hasta la fecha se haya concretado en la persecución de los delitos de genocidio, de guerra y de lesa humanidad, previéndose su extensión en el futuro al delito de agresión (artículo 5 ECPI), cuya competencia queda deferida a una posterior concreción, tanto de los elementos del mismo como de las condiciones en que pueda ser perseguido (ex artículos 121 y 123 ECPI). Empero, carece de competencia para conocer del delito de terrorismo⁷, por presentar el mismo un concepto no unívoco en el ámbito internacional, habida cuenta de su falta de tipificación hasta el momento por la Asamblea General de la ONU.

A diferencia de otros tribunales de cariz similar creados con anterioridad (Nüremberg, Tokio, Ruanda, Yugoslavia)⁸, con la finalidad de atender

⁷ Al respecto, tempranamente, *vid.* GUTIÉRREZ LANZA, G.: «Notas sobre los delitos de terrorismo», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 29, enero-junio 1975, pp. 35-48; y, en cuanto a su íntima relación con los derechos humanos, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F.: *Terrorismo y Derechos Humanos. Una aproximación desde el Derecho internacional*, Dykinson, Madrid, 2005.

⁸ Los Tribunales de Nüremberg y Tokio fueron consecuencia de una guerra de agresión y unieron la responsabilidad de los gobernantes por violaciones de derechos humanos a la responsabilidad por la guerra [BACIGALUPO, E.: «Jurisdicción penal nacional y

a situaciones concretas y con carácter temporal, la CPI no se limita al conocimiento de delitos acaecidos en el *interin* de una contienda o un determinado conflicto, ni para situaciones definidas durante o con posterioridad a la lucha armada; no se trata, pues, de un tribunal *ad hoc* creado *ex post facto*, tras haberse cometido el delito, lo que viene a justificar la razón de por qué no retrotrae su jurisdicción, al limitar su conocimiento a los delitos y crímenes ocurridos después del 1 de julio de 2002.

c) Aspectos formales y procesales

Por otro lado, si bien el Estatuto reconoce los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla pena sine lege*, basados en la aplicación de los delitos y penas que se regulan en la propia norma, no contempla, contrariamente, la posibilidad de desarrollar, en su caso, el juicio en la lengua materna del acusado, sino tan solo en los idiomas de trabajo de la Corte, entre los que, sorpresivamente dada su amplia difusión, no se encuentra la lengua española.

Destacable es también, como nota diferencial respecto de los Tribunales *ad hoc* precedentes, la regulación de los derechos de las víctimas que, en relación con muchos de los sistemas jurídicos nacionales existentes, ha venido a representar una verdadera irrupción jurisdiccional novedosa.

A nivel procesal, conviene asimismo aclarar que se incorpora en este Tribunal la figura del *amicus curiae*, por la que, acorde con su espíritu, por vía de intervención adhesiva puede ser llamado al proceso bien por el propio justiciable, bien a petición propia.

En el ámbito de la exigencia a la hora de la demanda, se requiere a las víctimas para su presentación la respectiva solicitud de participación en el procedimiento y el reconocimiento de su condición, con la consiguiente posibilidad de rechazo de tales reclamaciones en caso de la no acreditación indubitada de la *categoría* de víctimas de los demandantes⁹. Esta circuns-

violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 77, enero-junio 2001, p. 251; sobre el desarrollo de los acuerdos internacionales para la penalización de la guerra de agresión –Protocolo de Ginebra, 1924, Pacto Kellogg, 1928–, *vid.* SCHMITT, C.: *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, 1945, ed. por QUARITSCH, H., 1994]. En cuanto a los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, *vid.* Resoluciones de la ONU 827 (1993), de 25 de mayo, y 955 (1994), de 8 de noviembre, respectivamente.

⁹ En cuanto a la condición de *víctimas*, debemos tener presente lo confirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE), Sala Tercera, de 28 de junio de 2007 (asunto: C-467/2005), al no incluir dentro de dicho concepto (conteni-

tancia, aparentemente lógica desde el punto de vista de la *ratio* jurídica, quiebra su naturalidad ante la esencia del proceso y su fin perseguido, por cuanto las víctimas suelen encontrarse dispersas, en ocasiones en situaciones de grave riesgo y con evidentes problemas para la demostración palpable de lo que se les requiere; tengamos por caso la situación de mujeres violadas o agredidas, las más de las veces ocultas y silenciadas por el miedo. Por tanto, facilitar el acceso a la demanda y la posibilidad de intervención en el procedimiento sin exigencias previas, que pueden no responder a la necesidad de la aplicación de la justicia, parecería lo más razonable, ello sin desconocer que los procedimientos puedan iniciarse de oficio, lo que para nada empece lo que acabamos de decir.

La audiencia de confirmación de cargos que ha tenido lugar en el único procedimiento que se ha iniciado propiamente ante la CPI, así como las primeras sesiones celebradas¹⁰, han revelado, en este sentido, que el procedimiento establecido por los estados parte del Tratado de Roma requiere de ajustes para garantizar un adecuado amparo del derecho a la defensa, habiendo instaurado, por otro lado, un novedoso papel encomendado a las defensas de las víctimas, con posibilidad de intervención en las sesiones¹¹, no equiparable totalmente en sus posibilidades procesales al fiscal y a la defensa del acusado.

Junto a estas breves pinceladas destinadas a dibujar a vuela pluma la presencia de la CPI en el ámbito en el que nos movemos, cabe significar como rasgo también identitario de la misma en su ejercicio la concesión de privilegios e inmunidades del abogado defensor, tal como se colige del

do en la Decisión marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo) a las personas jurídicas que hayan sufrido un perjuicio directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro.

Además, hay que tener en cuenta que para la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI con respecto a una situación de crisis referida en la pretensión de activación, los estados partes han establecido toda una serie de presupuestos materiales (*presupuestos de activación*) que deben concurrir en relación con dicha situación y que se recogen en los artículos 15, 16 y 53 ECPI y en la regla 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

¹⁰ Sesiones que tuvieron lugar durante tres semanas en los meses de noviembre y diciembre de 2006, en el asunto del *Fiscal contra Thomas Lubanga Dilo*; única causa que se ha venido juzgado ante la CPI en el pasado año 2007 por hechos acaecidos en la República Democrática del Congo afectantes al reclutamiento de niños soldado, entre otros cargos. En los últimos meses la CPI ha prestado su sede para acoger el juicio contra *Charles Taylor ante el Tribunal Internacional de Sierra Leona*.

¹¹ OLÁSALO ALONSO, H.: «La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal internacional», *La Ley*, núm. 6343, 20 de octubre de 2005, p. 1, destaca que dicha posición procesal ha sido considerada como uno de los avances más significativos del Estatuto de Roma (así, también, SCHABAS, W.A.: *An Introduction to the International Criminal Court*, 2004, p. 172).

artículo 48 ECPI. Así, el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunities de la Corte Penal Internacional, redactado por la Comisión Preparatoria de la CPI y adoptado por la Asamblea de los Estados Partes el 9 de septiembre de 2002, deviene en medio necesario –*cuasi* imprescindible– para poder ejercitar la acusación y la defensa con total independencia y libertad: localización de pruebas en el propio territorio nacional del defendido, cuando probablemente los dirigentes sean reacios a proporcionar medios y facilitar las investigaciones pertinentes, o permitir la salida del país de las pruebas obtenidas, así inculpatorias como exculpatorias, puede significar una tarea ciertamente peligrosa e incluso potencialmente lesiva si el acusador o el defensor resultan ser ciudadanos –nacionales o extranjeros– carentes de la necesaria protección.

De ahí que tanto las personas como los bienes de fiscales y abogados hayan sido dotados de la debida salvaguarda, articulada en base a los preceptos 15, 16 y 18 del mentado Acuerdo, donde se detallan las inmunidades, inviolabilidades y exenciones de que gozan tanto los principales como los integrantes de sus equipos, durante el tiempo en que se prolongue su mandato. Esta protección dispensada se justifica, desde el prisma técnico, en que la CPI no es propiamente un organismo perteneciente a la ONU, por lo que quienes lo integran no gozan de los privilegios e inmunidades de que se favorecen y están facultados los funcionarios de la máxima organización internacional, a diferencia, por otro lado, de lo que le sucede respecto de quienes actúan o forman parte integrante de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia o Ruanda.

Sin embargo, es de lamentar que España aun no haya procedido a la ratificación de este Acuerdo internacional, por lo que, como efecto contrario, los letrados españoles ya inscritos en la lista de abogados admitidos para actuar ante la CPI no gozarán hasta ese momento de tales privilegios esenciales para el adecuado ejercicio del derecho de defensa con todas las garantías procesales oportunas, ello sin perjuicio de la ayuda que a tal fin proporciona la figura de la Secretaría de la Corte Penal Internacional¹².

¹² No quedan, sin embargo, eliminadas las carencias de la defensa gracias a la contribución que proporciona la regulación de la Secretaría de la Corte, tan extraña a nuestro sistema nacional español. Pues si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 –que al referirse, en su Exposición de Motivos, a los secretarios judiciales, indicaba que su función era la de auxiliar y colaborar con los jueces y tribunales– ha sido actualizada a finales del año 2003 en lo que a la secretaría del tribunal concierne, «convirtiendo la figura del secretario judicial en una de las claves de la actual reforma», lo que no obsta que su cometido, conforme a esta misma norma, se siga conjugando entre dos extremos esenciales: la dación de fe y la documentación judicial.

d) Colisión entre diferentes modelos jurídicos

Además de lo señalado, otra cuestión merece ser contemplada en este recorrido de problemas encontrados. Cuando se trata de alcanzar un punto suficiente de encuentro en medio de intereses y experiencias diversas, por lo general a los vértices de unión sólo se llega con ciertas tensiones o situando el acuerdo en espacios de difícil e incompleta conjunción.

De hecho, en el marco internacional resulta perfectamente constatable que ciertos acuerdos no resultan, a menudo, fáciles de plasmar o de llevar a la práctica –ténganse en cuenta experiencias recientes como el proceso de aprobación de una *Constitución* para la Unión Europea o las distintas contradicciones que han surgido y sobrevienen en el seno de organismos más consolidados, como la propia ONU–, por lo que avanzar a pequeños pasos es siempre aproximarse plausiblemente al objetivo propuesto, a falta de una superior concreción en menor tiempo.

En este sentido, la existencia de un modelo jurídico y judicial anglosajón y un sistema continental europeo, con tantos puntos de diversidad como se sabe, no facilita a este respecto la armonización deseada, inclinando en muchas ocasiones la balanza hacia los principios del sistema de la *common law*, lo que desde nuestra perspectiva y desarrollo legal no hace sino provocar insuficiencias, también y sobre todo en las garantías de que deben disponer las víctimas, lo que ha de convertirse en un concienzudo empeño por nuestra parte en ir corrigiendo y subsanando tales deficiencias.

IV. LA JUSTICIA UNIVERSAL ESPAÑOLA

IV.1. SUMARIOS Y ASUNTOS ABIERTOS: ¿POSIBLE SOLUCIÓN SOBRE EL TERRENO?

Es precisamente, como acabamos de sostener, en el campo de protección de las víctimas y del ejercicio de sus derechos, donde estos problemas se acentúan o se hacen más palpables y manifiestos –estados al margen de la CPI, incompetencia en algunos delitos, dificultades formales y procesales en su encaje a derecho, o la colisión entre modelos jurídicos diferentes–, sobre todo si tenemos en cuenta que en el derecho penal los dos objetivos claves perseguidos son, por un lado, la condena y castigo de los culpables, pero por otro –no menos relevante–, la satisfacción a las víctimas de los daños ocasionados por aquellos.

A esta situación parece venir a responder, sino en todo al menos en parte, la denominada como *justicia universal* o *jurisdicción universal*, que ha

ido adquiriendo protagonismo en los últimos años, a la sombra –sino a la par– de la CPI, con importantes reminiscencias y especial protagonismo de nuestro país sobre el tema –sin olvidar, como así nos lo ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional¹³, que España no es el único estado que recoge el principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, citando a los efectos las legislaciones de Bélgica, Dinamarca, Suecia, Italia o Alemania¹⁴, al mostrarse competente la Audiencia Nacional española (AN), en diversas ocasiones, para conocer de los delitos de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad, además de la posibilidad de irradiar su influencia sobre los delitos de terrorismo o agresión, e incluso –aunque más cuestionable– sobre el de tortura, cometidos *a espaldas* de nuestro territorio.

A algunos de estos casos se refirió la profesora GIL en un trabajo sobre la cuestión objeto de análisis publicado en el primer semestre de 2006 en la *Revista Española de Derecho Militar*¹⁵, conviene en este momento, por ende, además de a modo de recordatorio, dejar reflejados, con carácter objetivo, los posibles fallos recaídos y actualizar los asuntos abiertos, para disponer de los suficientes elementos de juicio a la hora de ofrecer una valoración e interpretación adecuada a su justa repercusión.

a) Caso Chile (crímenes 1973-1990) y caso Argentina (crímenes 1976-1983)

Como asuntos pioneros abiertos en nuestro país por crímenes internacionales se sitúan los procesos judiciales por genocidio, terrorismo y torturas por los hechos acaecidos durante las dictaduras argentina y chilena, de tal forma que el pleno de la Sala de lo Penal de la AN, en sendos autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, respectivamente¹⁶, vino a reconocer la com-

¹³ STC de 26 de septiembre de 2005.

¹⁴ Bélgica, en el artículo 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999; Dinamarca, en el artículo 8.6 de su Código Penal; Suecia, en la Ley relativa a la Convención sobre el Genocidio de 1964; Italia, en el artículo 7.5 de su Código Penal; y Alemania, distintos *Länder* incorporan, con mayor o menor amplitud, la represión de distintos crímenes contra la comunidad internacional a su ámbito de jurisdicción, sin restricción alguna basada en vínculos nacionales. Sobre el comentario a algunos de los asuntos abiertos en estos países, como el *caso de las monjas ruandesas* en Bélgica, *vid.* BACIGALUPO, E.: «Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas...», *cit.*, pp. 259 y ss.

¹⁵ GIL GIL, A.: «Jurisdicción de los Tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 87, enero-junio de 2006, en particular pp. 55-62.

¹⁶ Argentina: auto AN núm. R. Apel. 84/1998, de 4 de noviembre, de la Sala de lo Penal, Sección 3ª; Chile: auto AN núm. R. Apel. 173/1998, de 5 de noviembre, de la Sala de lo Penal, Sección 1ª. El ponente de ambos autos fue Carlos Cezón.

potencia de la jurisdicción española. En el primero, la AN interpretó que el artículo 6 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no excluye la existencia de jurisdicciones distintas de las del territorio o estado en el que se cometió el delito o de un tribunal internacional; y, en sentido similar, aunque valiéndose de menor argumentación, en el segundo se aceptó también la competencia para juzgar a *Pinochet* por las imputaciones de terrorismo y torturas, si bien el Ministro del Interior británico decidió finalmente, el 2 de marzo de 2000, denegar su extradición a España por encontrarse «gravemente enfermo».

Sin embargo, el proceso, tanto en relación con la dictadura chilena como argentina, ha seguido su curso respecto de otros acusados. Así, en cuanto al *caso del Gral. chileno Hernán Julio Brady Roche*, la STS de 8 de marzo de 2004 asumió la doctrina constitucional sobre la jurisdicción española recogida en la sentencia del caso Guatemala, al que más adelante nos referiremos.

Por su parte, en el marco de la dictadura argentina se han seguido actuaciones en el *caso del ex militar de la Escuela Mecánica de la Armada (ESMA), Adolfo Scilingo*, y en el *caso del oficial Ricardo Miguel Cavallo*. En el primero de ellos, la STS de 15 de noviembre de 2004 vuelve a confirmar la competencia de la AN para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas imputados a Scilingo, de tal forma que el 19 de abril de 2005 la AN establece la primera sentencia condenatoria en este sumario por la que se condena a dicho ex militar a 640 años de prisión por la comisión de un delito de lesa humanidad¹⁷. En este fallo la AN cambia la calificación jurídica inicial de los hechos y, en lugar de por genocidio, terrorismo y torturas, dispone la condena por aplicación del artículo 607 bis del Código Penal español (CP), precepto por el que en el año 2004 se introdujeron en nuestro ordenamiento los crímenes contra la humanidad¹⁸. En su argumentación, la AN precisa que dicha decisión no implica, por el contrario, una violación del principio de legalidad, al existir tales crímenes en la costumbre internacional ya anteriormente a la comisión de los hechos.

En cuanto al *caso del oficial Ricardo Miguel Cavallo*, inicialmente México procedió al cumplimiento de las órdenes internacionales de deten-

¹⁷ En concreto, se trata de la SAN núm. 16/2005, de 19 de abril, de la Sala de lo Penal, Sección 3ª; ponente: José Ricardo de Prada.

¹⁸ En este sentido, se había pronunciado, con anterioridad, GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 183, quien comenta asimismo esta sentencia de la AN en *Jueces para la Democracia*, julio, 2005, pp. 7 y ss., y cuyas observaciones críticas a la misma son contrarrestadas por CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: «De Nüremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 07-rl, noviembre 2005, pp. 3-11.

ción del juez español Baltasar Garzón, lo que se consiguió el 24 de agosto de 2000 en Cancún, cuando intentaba regresar a Buenos Aires, para su extradición a España. La AN dictó auto de fecha 20 de diciembre de 2006 por la que apreció la declinatoria de jurisdicción a favor de la República Argentina, al fundamentarlo en la existencia de diligencias penales abiertas por los tribunales de este país que estima preferentes al entender que se trata de un supuesto de «concurencia de jurisdicciones», lo que permitiría hablar de un «conflicto de jurisdicción», toda vez que existe *litis pendencia* por encontrarse simultáneamente en curso actuaciones en dos países; y así, estima la declinatoria de jurisdicción que, como artículo de previo pronunciamiento, planteó la defensa del procesado en el trámite anterior a la celebración del juicio oral, para ceder a la autoridad competente argentina el conocimiento de los hechos que motivaron el procesamiento –genocidio, terrorismo y torturas–. Posteriormente, la STS de 18 de julio de 2007 estimó que dicha resolución de la AN debía quedar sin efecto por incurrir en varias infracciones legales, a saber: en primer lugar, por disponer materialmente la extradición de un acusado cuyo enjuiciamiento correspondía a los tribunales españoles a través de una inadecuada vía procesal –estimación de una declinatoria de jurisdicción planteada de forma incorrecta–; en segundo término, por omitir la solicitud y el cumplimiento de los requisitos previstos en el Tratado de Extradición suscrito con la República Argentina y sustraer al Ejecutivo su capacidad decisoria; y, en tercer lugar, por vulnerar también el contenido del Tratado suscrito con los Estados Unidos Mexicanos que prescribe el «obligado consentimiento expreso», previo a la posibilidad de autorizar la *reextradición* a un tercer país. Por tanto, podemos igualmente concluir que el TS, tras modificar su inicial posición al respecto para otros casos –como comprobaremos–, vuelve a otorgar la competencia a los tribunales españoles para enjuiciar al imputado por delitos de genocidio, terrorismo y torturas en detrimento de la jurisdicción argentina.

b) Caso Fidel Castro

Como efecto reflejo, los citados autos iniciales de la AN relativos a los casos chileno y argentino trajeron consigo la presentación de otras denuncias y querellas por presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en otros países, en su mayoría de ámbito latinoamericano. Así ocurrió con los sucesivos intentos de *encausamiento* de *Fidel Castro*, al menos tres hasta la fecha, que la AN ha ido rechazando, incluso con posterioridad a la sentencia del caso Guatemala y pese a la convalecencia del

dictador y la consiguiente cesión del mando a favor de su hermano Raúl, por razón de la inmunidad de la que gozaba, según el derecho internacional consuetudinario, al tratarse, en su momento, de un Jefe de Estado en activo (cfr. *caso Yerodia*)¹⁹ y, posteriormente, por motivos de «cosa juzgada».

c) Caso Guatemala

La denuncia presentada por la Premio Nobel de la Paz, *Rigoberta Menchú Tum*, ante el Juzgado Central de instrucción de guardia, el 2 de diciembre de 1999, por delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal, imputados, conjunta e indistintamente, a los Grales. *Efraín Ríos Montt* y *Oscar Humberto Mejías Víctores*, que ocuparon sucesivamente la jefatura del gobierno golpista guatemalteco, al ex presidente *Fernando Romeo Lucas García* y a otros cinco acusados que ostentaron altos cargos en el gobierno, la policía y el ejército, llevó al Tribunal Constitucional español (TC) a dictar una de las más relevantes sentencias hasta el momento recaídas sobre el tema²⁰, al fijar la delimitación jurisdiccional de la justicia universal, haciéndola residir al efecto en los tribunales españoles, siguiendo el cariz de la definición aportada, sólo un mes antes, por el Instituto de Derecho Internacional, en resolución firmada en Cracovia el 26 de agosto de 2005: «La competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración o vínculo

¹⁹ Esta interpretación parece haber sido confirmada por la posterior del Tribunal Internacional de Justicia en el *caso Yerodia*, en la que este Tribunal sostiene la existencia en el derecho internacional consuetudinario de inmunidades de jurisdicción, si bien excepciona de la regla de la inmunidad la persecución en el propio país, lo casos en que el mismo Estado decide el levantamiento de la inmunidad, la persecución de actos cometidos a título privado cuando el sujeto ha dejado ya el cargo oficial, así como la persecución ante jurisdicciones penales internacionales. Sobre el asunto Yerodia, *vid.* PUEYO LOSA, J.: «Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 83, enero-junio 2004, en particular pp. 28-33; y, en cuanto a la jurisprudencia general de este Tribunal, OMAR RAIMONDO, F.: «El valor de la jurisprudencia de la Corte internacional de Justicia como verificadora del derecho internacional humanitario y el crimen internacional de genocidio», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 81, enero-junio 2003, pp. 143-191.

²⁰ Sobre este caso y la importancia del fallo del TC, véase mi trabajo PARDO GATO, J.R.: «El papel de los abogados ante la jurisdicción universal. El nuevo horizonte abierto tras el *caso Guatemala*», *Libro de ponencias y comunicaciones IX Congreso Nacional de la Abogacía*, 26 al 28 de septiembre de 2007, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 187-194.

alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional»²¹.

En concreto, se trata de la STC 237/2005, Sala Segunda, de 26 de septiembre, que vino a anular las dos resoluciones previas impugnadas, vertidas hasta ese momento sobre el caso en cuestión, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción. Así, conforme al criterio sentado, tanto el anterior auto del pleno de la AN de 13 de diciembre de 2000²², como la STS de 25 de febrero de 2003²³, realizan, a juicio del Alto Tribunal, una interpretación excesiva e infundadamente rigorista del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) a partir de argumentos restrictivos de la competencia de los tribunales de nuestro país, no incluidos en la ley ni que puedan derivarse razonablemente de ésta.

Razón por la cual, una vez comunicada la decisión del Constitucional, la AN, en asunción de la misma, adoptó un acuerdo del pleno no jurisdiccional de 3 de noviembre de 2005, conforme la idea de unificación de criterios del artículo 264 LOPJ, según el cual en adelante examinará de oficio su propia jurisdicción, así como la inactividad de los tribunales del territorio y de los tribunales internacionales, y aceptará la jurisdicción «*salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos*». Asimismo, en ejecución de la citada decisión constitucional, la AN ha dictado nueva resolución en este caso admitiendo su competencia a través del auto de 16 de febrero de 2006.

²¹ El proyecto de 1996 de *Código de Crímenes contra la Humanidad*, promovido por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, establecía que cualquier estado parte se puede encontrar facultado para ejercer su *jurisdicción respecto del presunto responsable de algunos de los crímenes de derecho internacional enunciados (genocidio, crímenes contra la humanidad, de guerra, etc.)*.

²² En su apoyatura, la AN se vale del artículo 6 del Convenio de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1948 relativo a la prevención y sanción del delito de genocidio para sostener la vigencia de una relación de subsidiariedad de la jurisdicción española sobre la territorial, requiriendo además una acreditación plena de la imposibilidad legal o prolongada de inactividad judicial, hasta el extremo de exigir la prueba del rechazo efectivo de la denuncia por los tribunales de Guatemala.

²³ El TS fundamenta la denegación de la competencia jurisdiccional española en los límites de aplicación intrínsecos al principio de jurisdicción universal. Así, en su apelación a la costumbre internacional, requiere para su asunción unilateral por el derecho interno la concurrencia de «vínculos de conexión», a saber: que el presunto autor del delito se halle en territorio español, que las víctimas tengan la nacionalidad española, o bien que exista otro punto de conexión directo con los intereses nacionales.

d) Caso José Couso

De gran impacto social en nuestro país, por auto del Juzgado de instrucción núm. 1 de la AN de 19 de octubre de 2005 se dicta orden internacional de busca, captura y detención a efectos de extradición contra tres militares estadounidenses (*sargento Cornelio, capitán Lázaro y teniente coronel Carlos José*) bajo la acusación de crímenes de guerra por un presunto delito de homicidio de dos periodistas, uno de ellos de nacionalidad española (José Manuel Couso, de la cadena *Telecinco*), en el ataque al *Hotel Palestina* de Bagdá, donde se alojaba la prensa internacional. Confirmado en reforma por auto de 28 de octubre de 2005, fue recurrido en apelación por el Ministerio Fiscal ante la Sala Penal de la AN, cuya Sección Segunda dictó auto de fecha 8 de marzo de 2006 por el que confirmó el recurso y declaró la falta de jurisdicción, revocando los autos citados y decretando el archivo de las diligencias previas. No obstante, contra la anterior resolución los querellantes interpusieron recurso de casación, que el TS, en sentencia de 11 de diciembre de 2006, haciendo suyos los fundamentos de la referida STC 237/2005, declara haber lugar, casando y anulando el anterior auto, bajo la declaración de que los tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos denunciados en esta causa.

e) Caso Tibet y caso Falun Gong

Los fundamentos de la meritada STC recaída en el caso Guatemala han servido también de base para que la AN declarara su competencia para investigar el presunto genocidio cometido por las ex autoridades chinas en el *Tibet*²⁴, lo que justificó la decisión del auto de 10 de enero de 2006, por el que se revocó a su vez el del Juzgado de instrucción núm. 2 de la AN de 5 de septiembre de 2005. Con independencia del proceso seguido, la represión policial china ante las revueltas acontecidas en el Tibet por tensiones políticas en el momento en el que escribo estas líneas ha vuelto a poner en la picota la presunta vulneración de los derechos y libertades fundamentales de la minoría tibetana en ese país, por parte, en este caso, de las actuales autoridades.

Con China también en el punto de mira y con sustento asimismo en la STC 237/2005, ha sido de nuevo el Alto Tribunal español quien ha deter-

²⁴ Una nota sobre este asunto, desde la perspectiva filosófica, puede consultarse en CALVO GONZÁLEZ, J.: «Jurisdicción universal y genocidios en el Tibet. La Justicia, entre los juncos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 711, 2006.

minado, mediante STC de 22 de octubre de 2007, que la inadmisión de la querrela interpuesta contra los ciudadanos de esa nacionalidad, *Jiang Z. Y Luo G.*, por supuestos delitos de genocidio y torturas cometidos desde el año 1999 en relación con miembros del grupo *Falun Gong* vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Responde así este fallo a la impugnación, por un lado, del auto del Juzgado Central de instrucción núm. 2 de 20 de noviembre de 2003, confirmado en reforma por auto de 17 de diciembre, en apelación por el del pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 11 de mayo de 2004 y en casación por la STS de 18 de marzo de 2005, que habían acordado dicha inadmisión por no ser españolas ni las víctimas ni los presuntos responsables de los delitos denunciados, no encontrándose además en territorio nacional.

Ambas decisiones, tanto la de la AN en el caso Tibet como la del TC en el caso Falung Gong, vuelven a contradecir la doctrina del TS ya desautorizada por el constitucional desde el caso Guatemala. En el asunto Falung Gong dicha doctrina se desestima, además de por la interpretación que se hace del artículo 23.4 LOPI, por el hecho de que la única vía procesal a disposición de las víctimas es la aplicación del principio de jurisdicción universal, dada la imposibilidad de enjuiciar estos delitos en la CPI, pues China no reconoce su competencia y como miembro del Consejo de Seguridad de la ONU dispone de derecho de veto sobre cualquier resolución que pudiera dictarse. Por su parte, igualmente importante se antoja para el estudio que nos ocupa el auto de la AN acogido en el caso Tibet, ya que, además de analizar la inactividad jurisdiccional china en la persecución del delito, se detiene también en la imposibilidad de intervención de la CPI por ser los hechos acaecidos anteriores a la entrada en vigor del Estatuto de Roma y no ser ni el presunto infractor ni la víctima parte en el mismo, motivo por el que la jurisdicción española manifiesta su competencia.

f) Caso Ruanda-R.D. Congo (crímenes 1990-2002)

En esta misma línea, el 6 de abril de 2005 la AN dictó un auto admitiendo a trámite la querrela interpuesta por el Forum Internacional por la Verdad y la Justicia en el África de los Grandes Lagos contra 69 altos cargos del Estado ruandés por los crímenes de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, terrorismo y tortura cometidos tanto en Ruanda como en la República Democrática del Congo entre los años 1990 y 2002. En ese período perdieron violentamente la vida nueve misioneros y cooperantes

españoles²⁵ que asistían a la población civil *hutu* en ambos países en medio de una dramática situación humana silenciada²⁶.

Uno de los aspectos relevantes de esta decisión, además de reiterar la competencia de la jurisdicción española en tales casos, es la de decantarse por la investigación de la muerte no sólo de los ciudadanos españoles sino también de algunos ruandeses y congoleños, como necesario contexto para conocer la dimensión real de lo sucedido. Aunque es evidente la imposibilidad de investigar todos los crímenes cometidos en dicho período en los dos países, el acometerla sobre determinados crímenes de contexto debe servir, según el auto referido, para confirmar o no la «*existencia de un sistemático plan de exterminio de una determinada etnia*» –concretamente la *hutu*– para imputar un delito de genocidio. Asimismo, como elemento diferenciador respecto de los casos de Chile, Argentina o Guatemala, en los que se investigaba a responsables de crímenes que ya no se encontraban formalmente en el poder, en el asunto de Ruanda-R.D. Congo los responsables del ejército ruandés del FPR/APR ocupan hoy el poder, así como puestos claves en la administración político-militar ruandesa, tanto la oficial como la secreta, y los crímenes y matanzas se siguen produciendo a día de hoy, con miles de desplazados y víctimas inocentes.

²⁵ Además de los varios millones de víctimas ruandesas (desde 1990 hasta la fecha) y congoleñas (desde 1996 hasta el presente), junto con otros ciudadanos europeos, canadienses y de otras nacionalidades que han perdido violentamente la vida sin haberse realizado las correspondientes investigaciones criminales, en un clima de la más absoluta impunidad, que no hace más que agudizar y acrecentar el conflicto.

²⁶ La organización internacional *International Rescue Committee* ha puesto de manifiesto que desde el año 1998 hasta 2004 cerca de cuatro millones de personas han perdido la vida a causa de este conflicto armado, después de que el ejército de Ruanda –APR/FPR– liderara la invasión, por segunda vez, de la R.D. del Congo. Asimismo, debe hacerse referencia a las resoluciones del Parlamento Europeo sobre la explotación ilegal de los recursos naturales en dicha R.D. (en especial, las de 15 de septiembre de 1999, 14 de febrero, 4 de julio y 12 de diciembre de 2001, 15, 16 y 23 de enero de 2003 y 15 de enero de 2004), así como a los cuatro informes del Grupo de Expertos de Naciones Unidas sobre la explotación ilegal allí ocurrida (en especial, los informes S/2001/357, de 12 de abril, y S/2002/1146, de 16 de octubre). En estos informes se ponía de manifiesto –junto con el listado de las personas, organizaciones y empresas halladas responsables– que estas actividades sobrepasan lo que se entiende por explotación ilegal para convertirse en pillaje sistemático, además de advertir de la existencia de un vínculo claro entre ese pillaje y la continuación del conflicto, por entender que la explotación de estos recursos contribuye a financiar los ejércitos y actúa como fuente de abastecimiento para la guerra, de tal manera que el acceso a los principales recursos minerales y no minerales y su control se presentan como una de sus causas principales, con la consiguiente violación reiterada de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Estos hechos, por sí solos, deben ser considerados a todas luces como crimen internacional de guerra de pillaje sistemático y a gran escala.

IV.2. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA A MODO DE JUSTICIA PENAL UNIVERSAL

A la vera de las decisiones recaídas, habría que preguntarse si para llenar las lagunas actuales detectadas en la regulación y aplicación de la CPI la respuesta ha de venir efectivamente de la mano de la justicia universal y, en su caso, si dicha aportación ha de ser complementaria o adicional a la jurisdicción dimanante de la CPI, o bien si debemos buscar salidas alternativas a la situación creada. Para ello destinaremos las siguientes observaciones a tratar de determinar, en primer término, la base y principios legales de la competencia jurisdiccional universal española para, a continuación, contrastar la misma, virtudes y defectos, con los ya mencionados respecto a la CPI.

a) Postulados legales y principios reconocidos

Como se ha podido inferir del pronunciamiento de la STC 237/2005 fallada en el caso Guatemala, el precepto principal sobre el que gravita la legislación de nuestro país al respecto es el artículo 23.4 de la LOPJ, según el cual «será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Falsificación de moneda extranjera. e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces. f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España²⁷. h) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España».

No es éste, sin embargo, el único precepto de nuestro ordenamiento que afronta la cuestión, pues, de una manera general y al hilo de lo establecido en el artículo 8.1 del Código Civil²⁸, puede indicarse como regla base en la materia que la jurisdicción penal española tiene atribuida, ex artículos 4 y 9.3 LOPJ, el conocimiento y ejecución de las causas y juicios criminales relativos a todas las personas y en todo el territorio nacional, sin más límites que los derivados del *principio de legalidad* y de ciertas especialidades sub-

²⁷ Redactado por el artículo único de la Ley Orgánica 3/2005, de 18 de julio, de modificación de la LOPJ.

²⁸ Según el artículo 8.1 del Código Civil, «[l]as leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español».

jetivas propias de la CE y normas internacionales suscritas por España (cfr. artículo 23.1 LOPJ). Como regla rectora, a priori, aparece así el *principio de territorialidad (forum loci comissi)*, uno de los bastiones sobre los que, de siempre, se ha cimentado nuestro derecho, en cuanto que la jurisdicción española en el orden penal alcanzará hasta donde se irrogue su soberanía²⁹.

Ahora bien, este principio de territorialidad, como anticipamos, no agota las posibilidades de actuación de la jurisdicción española al convivir con normas también legislativas que, en ciertos supuestos, convierten en viable la actuación de la jurisdicción española más allá de dicho límite territorial. Así, junto a él, nuestro ordenamiento reconoce también como principios válidos, complementarios, el *principio de personalidad o nacionalidad activa*, regulado en el artículo 23.2 LOPJ³⁰, en virtud del cual se atribuye jurisdicción a los tribunales de un estado para el enjuiciamiento de los hechos realizados por sus nacionales en el extranjero –los ciudadanos se hallan sometidos a la jurisdicción de su país de origen–; el *principio real, de defensa, o de protección de intereses*, recogido en el artículo 23.3 LOPJ³¹ y en el

²⁹ En el mismo sentido, *vid.*, por todos, CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*, I, 2004, pp. 248 y ss.; también, RODRÍGUEZ Y FERNÁNDEZ, R. y ECHARRI CASI, F.J.: «El derecho de acceso a la denominada jurisdicción universal (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005)», *La Ley*, núm. 6377, de 13 de diciembre de 2005, p. 1; y, anteriormente, RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Límites de la jurisdicción penal universal española», *La Ley*, núm. 5788, de 26 de mayo de 2003.

³⁰ De acuerdo con el artículo 23.2 LOPJ, «conocerán de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado Internacional o de un acto normativo de una Organización Internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito. b) Que el agraviado o el Ministerio fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles. c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda».

³¹ Conforme el artículo 23.3 LOPJ, «[c]onocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado. b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente. c) Rebelión y sedición. d) Falsificación de la firma o estampillas reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales. e) Falsificación de moneda española y su expedición. f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado. g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles. h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración pública española. i) Los relativos al control de cambios».

artículo 7 del Código Penal Militar³², por el que se confiere jurisdicción a las autoridades de un determinado estado para enjuiciar, con independencia del lugar de su comisión y de la nacionalidad del autor o autores, determinadas conductas que atentan contra sus intereses esenciales –extiende por ende la jurisdicción nacional a los ataques del estado que sean perpetrados desde territorios extranjeros–; y el mentado *principio de jurisdicción o de justicia universal*, o simplemente *principio universal o de universalidad*³³, regulado en el transcrito artículo 23.4 LOPJ, según el cual los estados pueden aplicar su ley penal a cualquier hecho cometido en cualquier lugar o, al menos, en lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún otro estado³⁴.

Junto a estos principios, expresamente regulados, podemos referirnos a alguno más no contemplado por nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el *principio de personalidad pasiva*, por el que la condición de nacional de la víctima sería susceptible de conferir competencia al estado para el enjuiciamiento, al menos, de determinados delitos de singular gravedad, aun cuando hubieren sido cometidos fuera de su territorio y por

³² Según el artículo 7 del Código Penal Militar, «[l]os preceptos de esta Ley son aplicables a todos los hechos previstos en la misma con independencia del lugar de comisión, salvo lo establecido por Tratados y Convenios internacionales». Para ser sujeto activo de los delitos contenidos en este Código es requisito necesario tener la condición de militar, conforme lo previsto al efecto en la definición del artículo 8.

³³ HENZELIN, M.: *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bruylant, Bruselas, 2000.

³⁴ Así, BACIGALUPO, E.: «Jurisdicción penal nacional...», cit., p. 259. Desde una concepción amplia, sería aquel por el que se atribuye competencia a las autoridades de un estado que carece de especiales vínculos o nexos de unión con los hechos de cuyo enjuiciamiento se trata, ya sea desde el punto de vista del lugar de la comisión, la nacionalidad de los autores y/o víctimas, o de los intereses o bienes jurídicos lesionados (RODRÍGUEZ Y FERNÁNDEZ, R. y ECHARRI CASI, F.J.: «El derecho de acceso a la denominada jurisdicción universal...», cit., p. 2). Desde esta perspectiva, el principio de universalidad sería aquel título de jurisdicción por el que los jueces y tribunales de un determinado estado asumen competencias para enjuiciar delitos cometidos en el extranjero, por extranjeros, contra extranjeros y sin que tal estado pueda considerarse especialmente lesionado (SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 34 y ss.). Otros fundamentan este principio desde el punto de vista ontológico, caracterizándolo como un principio operativo para la represión nacional de delitos especialmente odiosos y, por ello, atentatorios contra intereses esenciales de la humanidad y/o de la comunidad internacional (GARCÍA ARÁN, M.: «El principio de justicia universal en la LOPJ», *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, 2004, p.67). En la doctrina italiana, FLORIAN: *Trattato di Diritto Penale*, 1910, p. 198, había sostenido que el principio universal «desconoce la variedad de los delitos en los diversos países y la conexión entre la forma de la delincuencia y el grado de civilización de un pueblo», mientras que otros autores admitían que el *delincuente nato* podía ser juzgado en cualquier parte (FEDOZZI: en *Riv. Italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXIII, pp. 240-269).

nacionales de terceros estados³⁵; o el conocido como *principio de beligerancia*, por el que el estado beligerante vendría facultado, en virtud del derecho consuetudinario, para enjuiciar a los enemigos considerados responsables de violaciones graves de las leyes y costumbres de guerra.

Vistos a grandes rasgos los principios susceptibles de aplicación³⁶, es-timo debemos prestar atención a los específicamente previstos en nuestra legislación. Y así como la LOPJ no prevé limitación alguna al principio de territorialidad, no sucede lo mismo para la aplicación extraterritorial de la ley penal española por nuestros tribunales; en concreto, en los principios de defensa y de justicia universal el único requisito previsto –sin perjuicio de las restricciones introducidas para este último por la jurisprudencia y por la Ley de Cooperación con la CPI– es que el sujeto no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena; mientras que en el principio de personalidad activa se exige, además, la punibilidad en el lugar de comisión, salvo que se excepcione por el derecho internacional. No obstante, debe tenerse también en cuenta que cada una de las conductas delictivas reseñadas en el artículo 23.4 LOPJ, a los efectos del principio de justicia universal, contienen límites en cuanto a su persecución y enjuiciamiento derivadas de sus propios convenios reguladores³⁷.

b) Doctrina y limitaciones jurisprudenciales

Como puede presumirse de lo expuesto, si en alguno de los sumarios abiertos debemos desentrañar la doctrina y posibles limitaciones jurisprudenciales en torno a la justicia universal ésta no es sino la sentada en el tan traído y llevado asunto Guatemala, donde el TC critica y censura la interpretación restrictiva que del artículo 23.4 LOPJ realizaron, en instancias

³⁵ Principio cuestionado por DIEZ SÁNCHEZ, J.L.: *El Derecho Penal Internacional (Ámbito espacial de la ley penal)*, Madrid, 1990, pp. 113 y ss., y 139 y ss.

³⁶ Para cuyo detalle me remito, por su clarividencia al respecto, a la lectura del FJ 3º de la STS de 21 de junio de 2007, que otorga la competencia a los tribunales españoles para juzgar a los «patrones» de un cayuco descubierto en aguas internacionales por delito de tráfico de inmigrantes.

³⁷ Así, *ad exemplum*, en materia de terrorismo, el Convenio europeo para la represión del terrorismo (Estrasburgo, 21 de enero de 1977) y el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 9 de diciembre de 1999); y en materia de piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970) y el Convenio sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971).

previas, tanto la AN como el TS. Así, mientras la AN había negado su competencia por entender que la misma debería recaer en los tribunales guatemaltecos en base a una infundamentada aplicación subsidiaria del principio de justicia universal³⁸, modalizada posteriormente en otros asuntos por el TS hacia el *principio de concurrencia*³⁹, este último tribunal se decantó finalmente por rechazar dicho criterio e introducir la necesidad de conexión con intereses nacionales españoles, posicionamiento seguido a posteriori, aunque con cierta atenuación, por otros fallos del mismo tribunal⁴⁰.

Sin embargo, ese exacerbado rigorismo de los criterios aplicados por la AN y por el TS redundaba en su palmaria incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, que el TC estima, con acierto, vulnerado en su vertiente de acceso a la jurisdicción –doctrina reiterada por la STC de 22 de octubre de 2007 en el caso Falun Gong–, por lo que anula la jurisprudencia, anterior y posterior, del TS y contraría el principio de subsidiariedad manejado por la AN en el caso Guatemala y reiterado en el caso Scilingo, oponiendo a su vez el de concurrencia, principio por el que se cede la competencia a una jurisdicción concurrente preferente como la del territorio, sin implicar por ello obligatoriedad alguna de que el denunciante acredite de forma plena la imposibilidad legal o la prolongada inactividad judicial, como así se exigía desde la AN. Asimismo, el TC niega la existencia en derecho internacional consuetudinario de límites al ejercicio unilateral, no reconocido en convenio internacional, del principio de jurisdicción universal, como así justificaba el TS⁴¹; y rechaza abiertamente la exigencia de conectividad o puntos de conexión, como la nacionalidad de la víctima, vínculos con intereses españoles o la presencia del inculpado en territorio español.

En palabras del propio TC, que califica los anteriores límites como requisitos establecidos *contra legem* y alejados del propio fundamento y fines del principio de universalidad, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva viene dada al excluir la posibilidad de interpretaciones más laxas y

³⁸ Ni la legislación española ni el derecho internacional consuetudinario acogen dicha posibilidad, argumentada por la AN en la ausencia de normas en Guatemala que sancionen la impunidad.

³⁹ Cesión de la competencia a una jurisdicción preferente cuando la misma efectivamente haya iniciado la persecución del delito [SSTS 20 mayo 2003 (caso Perú) y 15 noviembre 2004 (caso Scilingo)].

⁴⁰ SSTS 8 marzo 2004 (caso Gral. chileno Brady Roche) y 15 noviembre 2004 (caso Scilingo).

⁴¹ Un comentario sobre la doctrina del TS vertida en el caso Guatemala lo encontramos en PARDO GATO, J.R.: «El papel de los abogados ante la jurisdicción universal...», cit., pp. 187-194; RUEDA FERNÁNDEZ, C.: «La boicoteada consolidación del principio de jurisdicción universal en el ámbito del ordenamiento jurídico español: el «Genocidio Maya» ante el Tribunal Supremo», *Boletín Aranzadi Penal*, núm. 6, 2003.

acordes con el *principio pro actione*, entendido como «de obligada observancia por Jueces y Tribunales, que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida»⁴².

De esta manera, dada la inexistencia de los procesos *in absentia* en nuestra legislación⁴³, el que la presencia en territorio español del presunto responsable constituya un requisito insoslayable para el respectivo enjuiciamiento y eventual condena, no debe llevarnos a erigir dicha circunstancia en requisito *sine qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando con ello estaríamos sometiendo el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada legalmente.

En cuanto a la nacionalidad de las víctimas, además de incorporar un requisito añadido no previsto por la normativa legal, tampoco puede considerarse como *teleológicamente* fundado, por cuanto, en relación con el genocidio, contradice la propia naturaleza de este delito y la aspiración compartida de su lógica persecución universal, la cual quedaría cercenada por su base.

Y lo mismo cabe concluir en relación con el criterio jurisprudencial del interés nacional argüido en contrario, pues el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales a la concurrencia de intereses de ámbito *estrictamente* nacional no resulta cabalmente conciliable con el fundamento perseguido de universalidad jurisdiccional.

En la referida pugna hasta el momento servida por nuestros jueces y magistrados, el TC parece haberse decantado finalmente, por tanto, a favor de las tesis que podemos considerar como posiciones *universalistas*, aquellas que reivindicando una justicia universal para evitar la impunidad de los más horribles crímenes contra la humanidad y el *ius gentium* comprueban como sus postulados se positivizan en el derecho y en la realidad internacional con toda la firmeza del *ius puniendi*.

Salvaguardando no obstante el principio de territorialidad⁴⁴, con esta importante sentencia, de obligada traslación al resto de sumarios abiertos y

⁴² Vid. SSTC 133/2005, de 23 de mayo; 122/1999, de 28 de junio; o 168/2000, de 29 de septiembre.

⁴³ Esto es, no puede juzgarse a una persona que se encuentre fuera de España [vid. STEDH de 12 de diciembre de 2001 (*caso Bankovic v. 17 Estados miembros*)].

⁴⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, II, núm. 768, 4ª ed., 1977, p. 759, considera que el principio de universal es «inaplicable como doctrina absoluta, y sólo puede defenderse como principio complementario de la territorialidad, para aquellos delitos que lesionen la comunidad de intereses».

respecto a la toma de decisiones judiciales posteriores que fueron asumiendo una a una su doctrina –cfr. SSTs 8 marzo 2004, caso Gral. Brady Roche; 15 noviembre 2004, caso Scilingo; 11 diciembre 2006, Caso Couso; 18 julio 2007, caso Cavallo; o la propia STC 22 octubre 2007, caso Falun Gong; entre otras–, nuestro más Alto Tribunal parece querer mostrar, con carácter conclusivo, el concepto y extensión legal del *ex* artículo 23.4 LOPJ de la jurisdicción universal partiendo de nuestro propio marco legal de actuación, al considerarla como potestad jurisdiccional y atribución competencial ilimitada, material, subjetiva y territorial de los juzgados y tribunales españoles, en particular de los Juzgados Centrales de instrucción de la AN y su Sala de lo Penal⁴⁵, de conformidad con las normas sobre competencia y procedimiento de nuestro ordenamiento, para el conocimiento y fallo de los delitos recogidos en dicho precepto.

c) Limitaciones derivadas de la Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional

El acotamiento de las limitaciones del principio de justicia universal por el TC no obsta, por el contrario, que la promulgación de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la CPI, por la que se ha adaptado la normativa del Estatuto de Roma al sistema jurídico español, haya traído consigo sus propias limitaciones a este principio, las cuales van más allá de las establecidas por el constitucional, por cuanto el artículo 7.2 de esta Ley cede a los efectos la competencia a la CPI⁴⁶, si bien entendemos que será el juez español ante el que se interponga la denuncia correspondiente el que deberá determinar, en un primer momento, si la CPI puede o no ser competente para juzgar los hechos, teniendo en cuenta sus propias limitaciones jurisdiccionales, por lo que el juzgador nacional deberá atender no sólo a la naturaleza del delito denunciado, sino también

⁴⁵ En palabras de TRILLO NAVARRO, J.P.: «Jurisdicción universal, menores y ablación: el nuevo artículo 23.4.g) LOPJ», *La Ley*, núm. 6354, 8 de noviembre de 2005, p. 10.

⁴⁶ Este precepto dispone lo siguiente: «Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio fiscal o una solicitud de un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querrelante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio».

a los criterios de competencia derivados del lugar y tiempo de comisión del delito⁴⁷.

De hecho, esta última matización fue la razón de fondo que movió al legislador a incorporar un nuevo párrafo, el tercero, en el seno de dicho precepto («...si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes»); lo que, sin embargo, tampoco aporta una solución definitiva al efecto, quedándose en un *mero* intento por facilitar una salida a la víctima o víctimas ante la eventualidad de que la CPI no llegue a admitir el asunto.

V. CORTE PENAL INTERNACIONAL *VERSUS* AUDIENCIA NACIONAL

De las limitaciones competenciales referidas a lo largo del presente trabajo, tanto de la CPI como de la *justicia universal española*, personalizada en la AN, se hace obligado cohonestar las mismas respecto a los delitos contra la comunidad internacional en los que puedan concurrir ambas jurisdicciones⁴⁸, habida cuenta del carácter complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones penales nacionales (artículo 1 ECPI, que se completa con la proclamación de su preámbulo: «... es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales»). Y es que, en relación a los aspectos negativos que se irradian de la competencia jurisdiccional de la CPI, cabría inferir *a sensu contrario* elementos positivos a favor de la jurisdicción universal española depositada en la AN, y viceversa.

Con ánimo de recapitulación, la CPI, en principio, no es competente si el delito se cometió con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto (artículo 11 ECPI), por lo que no estaría capacitada para enjuiciar los delitos cometidos previamente al 1 de julio de 2002, y para lo que, en su caso, sí estaría facultada la AN.

En segundo lugar, la CPI tampoco es competente si el estado en el que se cometió el delito ni aquél cuyo nacional lo cometió son parte en el Es-

⁴⁷ Así, GIL GIL, A.: «Jurisdicción de los tribunales españoles...», cit., p. 78; al respecto, puede consultarse igualmente su trabajo *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999, pp. 67 y ss.

⁴⁸ Para una delimitación competencial –cronológica, orgánica y sustantiva– entre la CPI y la AN, *vid.* SALÁS DARROCHA, J.T.: «Corte Penal Internacional y Audiencia Nacional: delimitaciones competenciales», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 19, 2006.

tatuto ni otorgan su consentimiento (artículo 13 ECPI), aspecto que nada influye, de por sí, respecto de que la AN pueda mostrar, en su caso, su *vis atractiva*. En este sentido, pocas advertencias merece el hecho de que los países más poblados no hayan suscrito el Estatuto, en tanto que la relevancia de su exclusión por sí misma se define.

Escasas igualmente son las consideraciones que cabe reseñar ante la incompetencia en delitos como la agresión o el terrorismo, al que cada vez en mayor medida se hallan más expuestos los ciudadanos del mundo, delitos sobre los que la AN no deja de mostrarse competente, incluso respecto de los considerados de lesa humanidad, pues aunque pudiera pensarse en su inadecuación con anterioridad al 1 de octubre de 2004 –fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003–, lo cierto es que la inserción del delito de genocidio⁴⁹ debe relacionarse con la adhesión de España al Convenio para la prevención y la sanción del mismo, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 12 de diciembre de 1968, incorporándose al Código Penal por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, razón por la que nos reafirmamos en la posibilidad que la AN ostenta de proceder por delito de lesa humanidad debido a conductas anteriores al 1 de octubre de 2004, lo que, como sabemos, no es posible acogiendo a la jurisdicción de la CPI.

Por otro lado, puede decirse que la participación de las víctimas contemplada por la CPI, recogida en las reglas 89 a 98 del Reglamento de Procedimiento y en los artículos 68 y 75 del Estatuto –así como en otras disposiciones dispersas–, es muy inferior a la establecida por nuestra propia LECrim, donde sí resulta perfectamente posible ejercer la acusación penal, además de exigir la responsabilidad civil correspondiente, desde el mismo inicio del procedimiento, lo que sitúa a las víctimas en un nivel de exigencia, de protección y de demanda notablemente superior, indispensable desde mi punto de vista si lo que se persigue es un resarcimiento lo más pleno posible al grado de sufrimiento o pérdida padecido⁵⁰. El hecho de que el representante de las víctimas no pueda ejercer de acusador –«acusar»– colisiona seriamente con las posibilidades que a este respecto

⁴⁹ Sobre su concreción actual y su modificación conceptual por la STC de 7 de noviembre de 2007, que declara la inconstitucionalidad de la expresión contenida en el primer inciso del artículo 607.2 CP, cuando castiga la difusión de ideas o doctrinas «que nieguen» un delito de genocidio, *vid.* DE LA ROSA CORTINA, J.M.: «Negacionismo y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional», *La Ley*, núm. 6842, 17 de diciembre de 2007.

⁵⁰ Lo que ha llevado a algunos a manifestar que, en la práctica, la representación de las víctimas se ejerce desde las ONG y sus abogados (BERNARDO RÓDENAS, S.: «Algunas notas en relación a la CPI y su funcionamiento en relación con el derecho de las víctimas», *Libro de ponencias y comunicaciones IX Congreso...*, *ob. cit.*, p. 93; para mayor abundamiento, *vid.* GARCÍA RUIZ, C.R.: *ONGs y Derecho internacional: Su influencia en la elaboración de las normas internacionales*, Iustel, Madrid, 2006).

otorga el derecho español⁵¹, y ello pese a reconocer, sin ambages, que el Reglamento de la CPI ha supuesto un importante avance en el derecho de participación de las víctimas comparativamente hablando con el dispuesto por el sistema del *common law*, donde las limitaciones se presentan si acaso más acusadas.

Estas razones abalan el que nos encontremos ante un momento de la historia crucial desde el prisma del acercamiento jurídico internacional, ya sea en su caso a través de la CPI, desde la AN –como igualmente sostenemos– o desde cualquier otra jurisdicción admitida internacionalmente, como puede ser en su caso el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁵², en el que tanto las víctimas como los que ejercemos su defensa, así como el resto de conciudadanos del mundo en general, habremos de reafirmar nuestro más firme convencimiento en que la sociedad organizada actual parece haber encontrado los necesarios contrapesos a los peores desatinos.

Y es que la justicia universal ha dado, quizás, sus mayores pasos, decisivos por otra parte, en este caso no a manos de quien podría entenderse, en principio, como legítimo acreedor de sustanciación jurídica, la CPI, sino de un tribunal más cercano y cada vez más proclive en defender los derechos allá donde se conculquen, nuestra AN⁵³, lo que más que un rechazo hacia ese Tribunal internacional ha contribuido a su vez a crear un clima favorable a su instauración.

VI. CONSIDERACIONES FINALES Y *DESIDERATUM* CONCLUSIVO

Garantizar la seguridad y la libre y pacífica convivencia de los ciudadanos se configura, pues, como una obligación prioritaria de los estados y,

⁵¹ Desde el punto de vista de la acusación del Ministerio Fiscal español, *vid.* CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: *La figura del acusador público ante el principio de justicia universal*, Madrid 2001.

⁵² *Vid.*, por ejemplo, la STJCE de 15 de febrero de 2007, ante una acción ejercitada contra un estado contratante por los derechohabientes de las víctimas de masacres de guerra causadas por sus fuerzas armadas en otro estado contratante. Un comentario a la misma puede consultarse en ANDRES SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: «Reparaciones de guerra, actos *iure imperii* y Convenio de Bruselas. A propósito de la STJCE de 15 de febrero de 2007 en el asunto *Lechouritou y otros c. República Federal de Alemania*», *La Ley*, núm. 6745, 29 de junio de 2007.

⁵³ como resalta CID CEBRIÁN, M.: «Hacia una justicia universal», *Otrosí*, núm. 71, diciembre 2005, p.47, «nuestra Audiencia Nacional empieza a ser tanto o más que la CPI una esperanza para tantas víctimas desprotegidas, al menos de nuestro mundo más próximo cultural y afectivamente hablando».

en general, de todos los poderes públicos, lo que implica la explícita obligación para todos ellos, así como para las distintas organizaciones supranacionales e internacionales competentes, de luchar contra toda clase de abusos de los derechos humanos consagrados, pero siempre, en sus justos términos, dentro del marco establecido precisamente por el *ius* propio de tales derechos y libertades fundamentales, cuyos principios son inderogables y su desconocimiento no se justifica bajo ninguna clase de circunstancia o situación.

Compete, en este sentido, a cada estado y al resto de organismos nacionales y supranacionales, a través de sus mecanismos e instituciones, mantener, en todo caso, la vigencia de que las medidas adoptadas para garantizar un sistema de seguridad latente se sitúen dentro de los márgenes y límites establecidos por los tratados, constituciones y leyes que proclaman los derechos y libertades fundamentales de las personas⁵⁴.

Es más, los mismos convenios internacionales parecen querer sumarse a la voluntad de que no exista posibilidad alguna de impunidad en casos de tortura, conculcación de los derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, no siendo más relevante el órgano o tribunal que la exija, por lo que desde este prisma la sentencia constitucional del caso Guatemala es perfectamente encuadrable en dicho acervo internacional, como doctrina más acorde con los convenios suscritos por España.

Con igual orientación, ya la citada Resolución del Instituto de Derecho Internacional configuraba el ejercicio de la jurisdicción universal como una competencia más de los estados, de cada uno por sí mismo, sin necesidad de su sometimiento a un órgano jurisdiccional supranacional como la CPI, así como, a su vez, sin el establecimiento de relaciones que podríamos calificar de subsidiariedad entre órganos internacionales de esa misma índole, o con otro u otros estados, ni tan siquiera en relación a que resulte competente bien por consideración del *forum delicti commissi* o por anterior comienzo de actuaciones judiciales.

No obstante, de todo lo constatado, con independencia del curso normal, guiado por la doctrina constitucional –que ha venido a corregir erróneas restricciones al principio de justicia universal– y seguido por nuestra AN, a la hora de entrar a dilucidar los más horribles y execrables crímenes internacionales no por menos cabe señalar, a título de demanda y de deseo conclusivo, las necesidades que el propio presente y futuro inmediato nos

⁵⁴ No debemos olvidar cómo a lo largo de la historia se han sucedido períodos, normalmente coincidentes con procesos de involución política de uno u otro signo, en los que, paradójicamente, se ha pretendido justificar la supresión de derechos y libertades individuales, con ansias de preservar un mayor e hipotético estado de seguridad y libertad colectivo.

exige, máxime concedores de que este tribunal español no puede convertirse *strictu sensu* en la CPI, por muy buenas intenciones y razones que se esgriman, al no gozar de la capacidad necesaria –ni material, ni jurídica, ni política– para afrontar una tarea de tal envergadura.

Y es que esta Corte, junto con el protagonismo ganado por la AN, ha supuesto, sin duda, un paso positivo en el establecimiento de una justicia común que trasciende los límites de cada estado. Superada así la experiencia de tribunales internacionales nacidos al calor de contiendas y para delitos derivados de las mismas, con una competencia temporal y sustantiva limitada, el nacimiento de la CPI ha supuesto el primer gran intento por la armonización de un derecho general y el reconocimiento de la necesidad de plantear un escenario de justicia independiente más allá de las coyunturas. No obstante, todo avance que se precie –y más los que se fraguan en el concierto de naciones diversas con intereses muchas veces encontrados e influencia dispar– suele generarse con pasmosa lentitud y exige normalmente un largo período de desarrollo, de maduración, hasta que se afinan sus engranajes y se armonizan consensuadamente los motivos iniciales de aquellos que se presentan como acreedores y partícipes.

Es por ello por lo que, en la progresiva adaptación a la realidad mundial, parece oportuno dejar reflejadas ciertas posibles mejoras a incorporar en el funcionamiento y efectividad de la CPI⁵⁵, con afán no sólo de constancia sino, fundamentalmente, de velado manifiesto de concienciación y deseo de acogimiento por aquellos estados, instituciones u organismos que tengan competencias al efecto:

– Urge, así, la firma y ratificación de su Estatuto por todas las naciones y, en especial, las de nuestro entorno más cercano, lo que debe ser instado, sin cejar en ese empeño, no sólo desde los estados integrantes del Tratado, sino también desde las distintas organizaciones supranacionales e internacionales competentes⁵⁶.

⁵⁵ En cuanto a las posibles medidas a adoptar, *vid.* las «Conclusiones aprobadas en la Primera Ponencia del IX Congreso Nacional de la Abogacía Española» (Zaragoza, 26 al 28 de septiembre de 2007), *colgadas* en la página *web* del Consejo General de la Abogacía Española (<http://www.cgae.es>), así como las comunicaciones presentadas a dicho Congreso, recogidas en el *Libro de ponencias y comunicaciones...*, *ob. cit.*, en particular las de CRESPO SALORT, F. y PÉREZ, P.J. (pp. 65-70), PARAMIO ESPINOSA, M^a.A. (pp. 70-76), BERNARDO RÓDENAS, S. (pp. 91-95), ORTIZ DE ZÁRATE ORTIZ DE ZÁRATE, J.P. (pp. 181-187), PARDO GATO, J.R. (pp. 187-194)

⁵⁶ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, en su resolución de 8 de diciembre de 1998, ya aconseja a los distintos Estados americanos que «suscriban el Tratado de Roma del Tribunal Penal Internacional y que introduzcan en sus legislaciones el principio de jurisdicción universal en lo relativo a la persecución de crímenes contra la humanidad».

– Abogamos para que la Asamblea de Naciones Unidas apruebe una definición, lo más clara y precisa posible, de los delitos de terrorismo y de agresión, en aras a su inclusión final en el elenco de los contemplados por el Estatuto de Roma y, así tipificados, puedan ser objeto de enjuiciamiento por la Corte, a sabiendas de que la lucha contra el terrorismo y contra toda forma de delincuencia es uno de los objetivos fundamentales de todas las instituciones democráticas, que sólo se legitima si respeta los derechos humanos y libertades fundamentales, el imperio de la ley y la democracia y la independencia judicial en todos los órdenes. Esta última afirmación no implica debilidad en la lucha antiterrorista, más al contrario, la misma sólo será eficaz si se respetan tales principios, en tanto que su derogación *legal* o su no aplicación de facto pueden llegar a destruir aquello por lo que se combate.

– Impulso, sin dilaciones, de una política, lo más amplia posible, de la erradicación de la tortura y los malos tratos⁵⁷, para lo que se deben implementar de manera inmediata los Mecanismos de Prevención de la Tortura previstos en el Protocolo de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas, a los que ya se comprometió el ejecutivo español al momento de su ratificación.

– Perentoria es la regulación sistematizada y completa del derecho de defensa, desde el mismo inicio de las actuaciones que conciernan a la detención, así como la inclusión del español como lengua de trabajo, con motivo del análisis que proceda de la futura revisión del Estatuto de la CPI.

– Igualmente obligada es la ratificación por el Estado español del Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunities de la CPI y la publicación en el Boletín Oficial del Estado de las correspondientes Reglas de Procedimiento y Prueba.

En todo caso, se antoja cada vez más necesario desde las instancias jurídicas españolas abogar consistentemente por una ampliación del derecho de defensa de las víctimas, como es la modificación y ampliación sustancial de las referidas Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI relativas a su desarrollo, garantizando suficientemente su ejercicio y procurando que las normas más progresistas y garantes de nuestro propio ordenamiento puedan, incluso, informar los procedimientos de la Corte.

A este respecto, en el ámbito del ejercicio del derecho de defensa en nuestro país, como misión de tutelar los derechos y libertades fundamen-

⁵⁷ En la actualidad la tortura está jurídicamente erradicada de todos los países civilizados y rigurosamente prohibida por los tratados internacionales (*vid.* artículo 7 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 3 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales).

tales de las personas, propugnamos la instauración, sin mayor dilación, del sistema de doble grado de jurisdicción o doble instancia plena en el proceso penal, como expresión y garantía de cumplimiento del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y, dentro de él, como derecho a un proceso público con las debidas garantías procesales, dotado de un eficaz sistema de recursos.

Y en el marco internacional queda pendiente de desarrollo, como reto apasionante, el necesario derecho de defensa ante la CPI con todas las garantías, tanto desde el plano sustantivo como desde el procedimental, para conseguir alcanzar tan alta finalidad como con el ejercicio jurisdiccional de este Tribunal internacional se pretende, sin menoscabar para ello la competencia en su caso de la AN, sobre todo ante posibles inhibiciones competenciales del primero que puedan ser por éste asumidas.

Como ya se pronunciara en diciembre de 2003, en la Reunión Anual de la Abogacía, la Sra. Juez, Elisabeth Odio Benito, Vicepresidenta Segunda de la Corte:

Desde edades remotas los seres humanos nos hemos preguntado que es la Justicia. La pregunta contiene tras de sí el dolor de las víctimas postergadas, la frustración de la impotencia ante la impunidad, la humillación de los vencidos ante los vencedores. Las respuestas a esa crucial pregunta nunca han sido totalmente satisfactorias. Vengan de la filosofía, de la historia o del derecho, las respuestas han carecido de un carácter comprensivo que nos abarque a todas y a todos. Nunca hasta hoy la Justicia ha sido la misma para los miembros de una sociedad.

De ahí mi convencimiento de que de la respuesta que demos hoy y en los años por venir a esa pregunta, tanto en el orden nacional como en el internacional, bien sea en su caso por medio de la justicia universal representada por la AN o a través de la CPI, depende el futuro de paz que todos los pueblos que integramos las Naciones Unidas nos comprometimos en 1945 a conformar para el bien de las generaciones venideras; debemos sino pensar que hace sólo 150 años la aplicación de una justicia universal era, a lo sumo, un sueño, una quimera, tanto en su perspectiva de un *Tribunal Global* como en la aplicación de un «principio de justicia universal por parte de jurisdicciones nacionales»⁵⁸. El ingente esfuerzo colectivo reali-

⁵⁸ Expresión utilizada por PALOU-LOVERDOS, J.: «Esperanzas para la justicia universal...», *Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm. 42, febrero 2007, p. 62.

zado en el pasado siglo ha ido convirtiendo ese sueño en realidad, poco a poco, paulatinamente, pero sin pausa.

A pesar de los males que aquejan a este planeta, de la percepción de conflicto global, de delitos internacionales omnipresentes, desde la pacificación y armonía entre las personas, las gentes y los pueblos que lo habitamos actualmente debemos reafirmarnos en la convicción argüida de que existen avances sólidos –no sin dificultades– orientados al fin de la impunidad de los crímenes internacionales, sobre los cuales habremos de sustentar nuestro futuro en aras a la deseada Justicia, cuyo icono en forma de imagen femenina de ojos vendados representa su ceguera por no tener miramientos con las partes y por ser la misma para todos, pueblos y culturas, blandiendo su balanza independientemente de a quién afecte su actuación.

NOTAS. COMENTARIOS

EL ALTO TRIBUNAL DE JUSTICIA MILITAR (1936-1939)¹

Prof. Dr. Miguel Pino Abad
Titular de Universidad
Area de Historia del Derecho y de las Instituciones
Universidad de Córdoba

1. RAZONES DE SU CREACIÓN

Hasta el mes siguiente a la proclamación de la II República española, al frente de la jurisdicción militar en el Ejército y la Armada se encontraba el llamado Consejo Supremo de Guerra y Marina². Este órgano no podía ser considerado un tribunal, en sentido estricto, en la medida que los consejeros militares eran en él mucho más numerosos que los juristas, quienes, además, procedían siempre de los cuerpos jurídico-militares, lo que conllevaba que su vocación militar primase sobre su espíritu como juristas, sin olvidar su directa dependencia del Ministerio de la Guerra³.

El punto de inflexión se produjo con la promulgación de un decreto-ley el 11 de mayo de 1931, elevado más tarde a la categoría de ley, con el que,

¹ Este trabajo ha sido realizado dentro del proyecto de investigación: «La utopía franquista: Derecho y conducta debida en el ideal del nuevo Estado», con nº SEJ 2005-08563-C04-04.

² Art. 65 del Código de Justicia Militar de 1890.

³ En este sentido, el art. 67 del Código de Justicia Militar de 1890 estableció que «el Consejo se compone de un presidente, dieciséis consejeros y dos fiscales. El presidente será capitán general del Ejército o teniente general; un consejero, teniente general; un almirante; seis generales de división; dos vicealmirantes; cuatro togados del Cuerpo Jurídico Militar; dos togados del Cuerpo Jurídico de la Armada; un fiscal militar, general de división y un fiscal togado, de igual categoría, del Cuerpo Jurídico Militar».

en primer término, se redujo la jurisdicción castrense a los delitos esencialmente militares, por razón de la materia, desapareciendo la competencia en atención a la calidad de la persona o por el lugar de perpetración delictiva⁴. En segundo lugar, se privó a los capitanes generales de la posibilidad de intervenir como autoridad judicial en los asuntos reservados a las jurisdicciones de Guerra o Marina, facilitando, por el contrario, la participación del personal técnico⁵ y, en el aspecto que más nos interesa en esta sede, se disolvió el Consejo Supremo de Guerra y Marina, al tiempo que se ordenaba la creación de una Sala de Justicia Militar, la 6ª, en el Tribunal Supremo⁶, que estaría compuesta íntegramente por seis juristas: dos magistrados del propio Tribunal Supremo, tres procedentes del Cuerpo jurídico del Ejército y uno de la Armada⁷.

En el decreto-ley se indicaba las atribuciones de la nueva Sala que, además de hacer propias las que había correspondido al Consejo Supremo de Guerra y Marina, se consideraba competente para conocer de los recursos de apelación y casación que interpusieran los auditores contra los fallos de los Consejos de Guerra, de los recursos de revisión contra los fallos de la jurisdicción de Guerra o Marina y de los disentimientos entre el auditor y

⁴ No obstante, mediante orden de 17 de junio de 1931 se aclaró que el decreto-ley de 11 de mayo, «en lo que afecta a la reducción de la competencia de la jurisdicción militar, no es de aplicación en la Zona de Protectorado de Marruecos, en la que, con excepción de los territorios de soberanía española, seguirán rigiendo en orden a competencia las disposiciones del Código de Justicia Militar y demás que estuvieran vigentes con anterioridad a la publicación del mencionado decreto-ley».

⁵ Art. 4 del decreto-ley de 11 de mayo de 1931.

⁶ Art. 5 del decreto-ley de 11 de mayo de 1931. El art. 1 del decreto de 3 de julio de 1931 recordaba que la Sala de Justicia Militar, al formar parte orgánica del Tribunal Supremo, quedaba sometida a la vida disciplinaria del mismo y a las necesidades del servicio interpretadas por el presidente y la Sala de Gobierno. Al contenido de esta norma se refiere Mariano MONZÓN Y DE ARAGÓN: *Ayer y hoy de la Jurisdicción militar en España*, Sevilla, 2003, págs. 99 y 100.

⁷ Antonio GONZÁLEZ QUINTANA: «Justicia militar en la España republicana durante la Guerra Civil española (1936-1939)», en *Justicia en Guerra* (jornadas sobre la Administración de Justicia durante la Guerra Civil española: instituciones y fuentes documentales), Madrid, 1990, pág. 174 subraya que «los Gobiernos republicanos de los primeros años se trazaron como objetivos básicos la profesionalización de la justicia militar, mediante la reducción de capacidad judicial a los mandos militares y la derogación del fuero militar». Sobre este mismo asunto, Francisco FERNANDEZ SEGADO: «La jurisdicción militar en la perspectiva histórica», en *Revista española de Derecho militar*, n° 56-57, julio-diciembre de 1990, enero-junio 1991, tomo I, pág. 39. Este autor señala en pág. 42 cuál fue el procedimiento de nombramientos de la referida Sala. «Los dos magistrados procedentes de la carrera judicial habían de ser nombrados de igual modo que los restantes magistrados del Tribunal Supremo; los tres procedentes del Cuerpo Jurídico del Ejército, por decreto refrendado por el Ministerio de Justicia a propuesta unipersonal del ministro de Guerra y el procedente del Cuerpo Jurídico de la Armada, lo sería de igual modo, corriendo la propuesta a cargo del ministro de Marina».

la autoridad militar en causas criminales o expedientes judiciales por faltas graves⁸.

Estos cambios fueron ratificados en la propia Constitución republicana, promulgada en diciembre de ese año de 1931. Concretamente, en su artículo 95 se indicaba que «la Administración de Justicia comprenderá todas las jurisdicciones existentes, que serán reguladas por las leyes», añadiendo que «la jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados»⁹.

Como es fácilmente imaginable, los militares no acogieron de buen grado tales cambios, pues consideraron que con su creación quedaban despojados de uno de sus privilegios, por romperse la estrecha relación entre el mando y la jurisdicción militares.

Consecuencia de las continuas reivindicaciones de los oficiales, el 5 de junio de 1935 el ministro de la Guerra, José María Gil Robles, sometía a la deliberación de las Cortes un proyecto de ley en el que reconocía que no podía mantenerse la exclusión absoluta de los militares, aún reconociendo que la aplicación de las leyes debía producirse por quienes «reúnan las mayores garantías». Por ello, se estimó oportuno que el mando militar pudiese volver a intervenir en la tramitación y aplicación de la justicia militar, con la única condición de que no se pusiesen en peligro las garantías técnicas de los procedimientos y la independencia de los auditores, con lo que, a su vez, se perseguía eliminar la separación entre las funciones de mando y de justicia, que perduró escasamente cuatro años¹⁰.

Fundamentalmente, la Sala de Justicia Militar del Tribunal Supremo seguiría siendo competente para conocer de los disentimientos entre los informes o resoluciones de las autoridades militares y los auditores¹¹, pero se estableció como novedad que, en todas las vistas que se celebrasen en la referida Sala de Justicia por delitos militares en segunda o única instancia o para resolver los disentimientos entre auditores y autoridades militares, debían asistir con voz y voto dos generales del Ejército y uno de la Armada en activo o primera reserva¹².

⁸ Art. 5 del decreto-ley de 11 de mayo de 1931.

⁹ Art. 95 de la Constitución de 1931; MONZÓN Y DE ARAGÓN: *Ayer y hoy de la jurisdicción militar...*, cit., pág. 102.

¹⁰ Exposición de motivos del proyecto de ley de 5 de junio de 1935 (Gaceta de Madrid, nº 159 de 8 de junio de 1935).

¹¹ Art. 5 del proyecto de ley de 5 de junio de 1935.

¹² Art. 6 del proyecto de ley de 5 de junio de 1935. También en art. 5 de la ley de 17 de julio de 1935; art. 9 del decreto de 12 de septiembre de 1935, para la aplicación de la referida ley. Amplios comentarios sobre estas normas realizó Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO: «Justicia penal de Guerra Civil», en *Ensayos de Derecho Procesal, Civil,*

Aunque escape al objeto de nuestro estudio en las presentes líneas, hemos de apuntar que, tras el inicio de la Guerra Civil, se produjo una desaparición de la jurisdicción militar en las zonas sometidas al Gobierno republicano, ante la aparición de los tribunales populares, con sede en las diferentes capitales de provincia. De hecho, conocían de los delitos tipificados en el Código de Justicia Militar. Esta situación se mantuvo hasta que el Ministerio de la Guerra restableció mediante decreto de 16 de febrero de 1937 los tribunales militares, que pasaron a llamarse tribunales populares especiales de guerra, competentes sobre todos los delitos cometidos por militares¹³.

Por su parte, la suprema jurisdicción militar en las zonas controladas por los sublevados tras el alzamiento del 18 de julio iba a ser ejercida por la Junta de Defensa Nacional, integrada exclusivamente por mandos militares¹⁴, de conformidad a lo dispuesto en un decreto promulgado a las pocas semanas de su constitución. Además, no se puede obviar que, con esta medida, la Junta pretendió desmarcarse de la composición mixta de la Sala de Justicia del Tribunal Supremo, competente en las zonas controladas por la República¹⁵.

Penal y Constitucional, Buenos Aires, 1944, pág. 277. Más recientemente, FERNÁNDEZ SEGADO: «La jurisdicción militar...», cit., pág. 50.

¹³ Sobre este asunto existe una amplia bibliografía. Entre otros, podemos citar: Juan Antonio ALEJANDRE: *La Justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los tribunales de jurados*, Madrid, 1981. Del mismo autor, «Los tribunales populares en España», en *Historia 16*, año IX, nº 101, septiembre de 1984; Antonio AGÚNDEZ FERNÁNDEZ: «El poder judicial y los jueces en la guerra civil: aproximación histórica», en *Justicia en Guerra...*, cit., pág. 407 y ss; Víctor ALBA: «De los tribunales populares al tribunal especial», en *Justicia en Guerra...*, cit., pág. 223 y ss; Carmen BERMEJO MERINO: «Tribunal popular de Cartagena», en *Justicia en Guerra...*, cit., pág. 109 y ss.; Francisco COBO ROMERO: «Los tribunales populares de Jaén», en *Justicia en Guerra...*, cit., pág. 127 y ss.; Glicerio SÁNCHEZ RECIO: *Justicia y Guerra en España. Los tribunales populares (1936-1939)*, Alicante, 1991; GONZÁLEZ QUINTANA: «Justicia militar...», cit., pág. 177 y ss.; FERNÁNDEZ SEGADO: «La jurisdicción militar...», cit., pág. 52; Miguel Ángel CHAMOCHO CANTUDO: *Los tribunales populares de Jaén durante la Guerra Civil*, Jaén, 2004.

¹⁴ Decreto nº 1 de la Junta de Defensa Nacional (en B.O.J.D.N. nº 1 de 25 de julio de 1936): «...Esta Junta queda integrada por los Excmos. Sres. Generales de División D. Miguel Cabanellas Ferrer, como Presidente de ella, y D. Andrés Saliquet Zumeta; los de brigada D. Miguel Ponte y Manso de Zúñiga, D. Emilio Mola Vidal y D. Fidel Dávila Arondo, y los coroneles del Cuerpo de Estado Mayor del Ejército D. Federico Montaner Canet y D. Fernando Moreno Calderón».

¹⁵ Art. 6 del decreto nº 79 de 31 de agosto de 1936 de la J.D.N.: «Los disentimientos que en procedimientos judiciales se produzcan entre las autoridades militares o navales y los auditores correspondientes o de unas u otros con los fallos pronunciados por los Consejos de Guerra, se resolverán por la Junta de Defensa Nacional, a la que se elevarán las actuaciones por conducto de los generales en Jefe del Ejército». Con contundencia, criticó este precepto ALCALÁ-ZAMORA: «Justicia penal...», cit., pág. 284: «Esta intervención del

Pero el rápido aumento de protagonismo de Franco provocó que, simultáneamente, entrase el declive el papel de la Junta de Defensa Nacional. Hemos de recordar que el 21 de septiembre se convirtió en «generalísimo de las fuerzas nacionales de tierra, mar y aire y general jefe de los Ejércitos de operaciones»¹⁶, a raíz de la propuesta emitida por Orgaz y Kindelán y que fue aprobada con el beneplácito de la mayoría de los miembros de la Junta de Defensa Nacional¹⁷, pues el presidente del órgano mostró su más enérgica oposición a que se encomendara a Franco el mando supremo del Ejército¹⁸.

Sabedor de su posición de superioridad frente al resto de miembros, Franco consiguió que la Junta le concediese todos los poderes del nuevo Estado nacional, sin la más mínima limitación. Tal ansia de poder fue el germen de un preocupante conflicto con quienes le habían apoyado para que asumiera la Jefatura del Estado de forma provisional y que se consideraban legitimados para obligarle a revertir todas las atribuciones asignadas, cuando así lo estimasen oportuno, en la medida que para ellos Franco no pasó de ser un *primus inter pares* dentro de los generales¹⁹. El borrador del decreto, en el que se especificaba su mando político, lo dejaba bien claro: «la jerarquía del Generalísimo llevará anexa la función de Jefe del Estado, mientras dure la guerra»²⁰.

Finalmente, en el texto definitivo del decreto se introdujo la expresión «Jefe del Gobierno del Estado», por la de «Jefe del Estado», lo que, según

Ejecutivo, y de un Ejecutivo militar como lo era la Junta de Burgos, en asuntos de justicia, y para pronunciar en ellos la última palabra, constituye el más grave atentado contra la independencia judicial». Más recientemente, Joaquín GIL HONDUVILLA: «La sublevación de julio de 1936: proceso militar al general Romerales», en *Historia actual online*, nº 4 (2004), pág. 102.

¹⁶ Numerosos autores se han referido a este hecho. Entre otros, Paul PRESTON: *Franco. Caudillo de España*, Barcelona, 1944, pág. 226; José Manuel RUANO DE LA FUENTE: *La Administración española en guerra*, Sevilla, 1997, pág. 117; Jesús PALACIOS: *La España totalitaria. Las raíces del franquismo (1934-1946)*, Barcelona, 1999, pág. 67; Joan M^a. Thomàs i Andreu: «La configuración del franquismo. El partido y las instituciones», en *El primer franquismo (1936-1959)*, Madrid, 1999, pág. 43.

¹⁷ KINDELÁN: *La verdad de mis relaciones con Franco*, Barcelona, 1981, pág. 29: «...Se pasó a votar el nombre de la persona que había de ser nombrada Generalísimo...pedí votar primero y lo hice a favor de Franco, adhiriéndose inmediatamente a mi voto Mola, Orgaz, Dávila y Queipo de Llano y sucesivamente los demás asistente salvo Cabanellas...».

¹⁸ Philippe NOURRY: *Francisco Franco. La conquista del poder*, Madrid, 1976, pág. 390 recoge estas interesantes palabras de Cabanellas: «No mide usted el alcance de lo que está a punto de hacer, quizá porque no conoce a Franco como pude conocerlo yo cuando estaba bajo mis órdenes en Marruecos. Créame, se le entrega usted a España, creará que le pertenece y no cederá el sitio a nadie, ni durante la guerra ni después. ¡Hasta que muera!».

¹⁹ Javier TUSELL: *La dictadura de Franco*, Madrid, 1996, pág. 175.

²⁰ Art. 3 del borrador del referido decreto; KINDELÁN: *La verdad...*, cit., pág. 30; RUANO DE LA FUENTE: *La Administración española...*, cit., pág. 117.

parece, se debió al interés de algunos de los miembros de la Junta de Defensa Nacional, encabezados por Cabanellas, de atenuar el poder otorgado a Franco²¹ y que, además, permitiera la supervivencia orgánica de la propia Junta²².

Al margen de estas dudas interpretativas, lo verdaderamente reseñable es que Franco se hizo cargo de la Jefatura del Estado el 1 de octubre en la Capitanía General de Burgos, en una ceremonia en la que el presidente de la Junta de Defensa Nacional procedió a transmitirle los poderes. Sorprende que el general Cabanellas se refiriese a Franco en su intervención como Jefe del Estado y no como Jefe del Gobierno del Estado, lo que, como hemos indicado, no estaba en consonancia ni con sus abiertas reticencias personales, ni, lo más importante, con lo que tan sólo hacía unos días se había aprobado en el decreto de nombramiento. Textualmente dijo: «en nombre de la Junta de Defensa Nacional os entrego en absoluto todos los poderes del Estado. Estos poderes van a vuestra excelencia... con la seguridad de que cumplo, al transmitirlos, el deseo fervoroso del auténtico pueblo español»²³.

Por su parte, en su discurso de toma de posesión, Franco se comprometió a contar con los miembros de la Junta de Defensa Nacional: «Todos seguiréis a mi lado, ayudándome a salvar definitivamente a la patria»²⁴, aunque los hechos demostraron inmediatamente lo contrario.

Así, en uno de sus primeros discursos como máxima autoridad de la España nacional, Franco informó que entre los prioritarios objetivos que quería acometer se encontraba el dotar a la flamante Administración de técnicos, en vez de militares que pudieran acarrearle cierta merma en su supremacía, como ya le habían demostrado recientemente. Por tal motivo, se explica que el mismo día de su nombramiento ordenase la formación de una Junta Técnica, integrada por personas de reconocido prestigio profesional, con experiencia y de escasa significación política²⁵.

Hemos de subrayar que en su composición predominó la presencia de juristas y economistas. Sus siete vocales se colocaron al frente de otras tantas comisiones. Salvo Dávila, los anteriores miembros de la Junta de

²¹ Así consta textualmente en el art. 1 del Decreto nº 138 de la Junta de Defensa Nacional (en B.O.J.D.N. Nº 32): «En cumplimiento del acuerdo adoptado por la Junta de Defensa Nacional se nombra Jefe del Gobierno del Estado español al Excmo. Sr. General de División D. Francisco Franco Bahamonde».

²² NOURRY: *Francisco Franco...*, cit., pág. 391.

²³ En diversos periódicos de la época se recogieron estas palabras. A modo de ejemplo: *El Avisador Numantino*, época 2ª, año LVIII, nº 5.391 de 3 de octubre de 1936, pág. 2; *Diario de Córdoba, industria, administración, noticias y avisos*, año LXXXVIII, nº 30.548 de 3 de octubre de 1936, pág. 1.

²⁴ *Diario de Córdoba de comercio, industria, administración, noticias y avisos*, año LXXXVIII, nº 30.548 de 3 de octubre de 1936.

²⁵ NOURRY: *Francisco Franco...*, cit., pág. 394.

Defensa Nacional no participaron en la nueva Junta Técnica del Estado. Contrariamente a lo que Franco había prometido en su toma de posesión, aquélla dejó de desempeñar papel alguno. Aunque se reunió el 2 de octubre y se le transmitió el mensaje de que seguiría funcionando bajo un nuevo nombre, Consejo Nacional de España, lo cierto es que esa fue su última reunión. Sus miembros jamás volvieron a ser convocados. A partir de entonces, quedaron alejados de cualquier influencia política y debieron contentarse con ocupar puestos de prestigio dentro del Ejército. Tal fue el caso de Mola, a quien se adjudicó el mando del Ejército del Norte. Queipo de Llano asumió el del Sur, que operaba en Andalucía, Badajoz y Marruecos. Finalmente, Cabanellas sufrió la represalia de Franco por todas sus reticencias, al recibir solamente el cargo simbólico de inspector del Ejército²⁶.

En lo atinente al tema que nos ocupa, hemos de plantear cómo se cubrió el vacío dejado por la Junta de Defensa Nacional en el ejercicio de la suprema jurisdicción militar. Situación de incertidumbre que perduró durante escasamente tres semanas, en la medida que Franco promulgó un decreto el 24 de octubre por el que se constituía el llamado Alto Tribunal de Justicia Militar y que funcionó hasta su sustitución por el Consejo Supremo de Justicia Militar, meses después de finalizada la guerra civil²⁷.

2. COMPOSICIÓN²⁸

Uno de los rasgos fundamentales en este aspecto fue que el tribunal no estuvo integrado exclusivamente por jueces de carrera, sino que se trató de un órgano mixto en el que actuaron los mandos militares junto a miembros pertenecientes a los cuerpos jurídicos del Ejército o de la Armada, con lo que, al menos en este aspecto, sí existía cierta similitud con lo que sucedió en la Sala de Justicia Militar del Tribunal Supremo para la zona republicana, tras la reforma acometida en julio de 1935 y a la que líneas atrás hacíamos mención.

²⁶ PRESTON: *Franco...*, cit., pág. 237.

²⁷ Eusebio GONZALEZ PADILLA: «La justicia militar en el primer franquismo», en *Actas de las jornadas Sociedad y política almeriense durante el régimen de Franco, celebradas en la UNED durante los días 8 al 12 de abril de 2002 y coordinadas por Manuel Gutiérrez Navas y José Rivera Menéndez*, 2003, pág. 156. Por orden de 27 de mayo de 1939 (BOE de 30 de mayo de 1939) se ordenó, una vez finalizada la guerra civil, que el tribunal trasladara su sede desde Valladolid hasta la capital de España. Al mismo también alude MONZÓN Y DE ARAGÓN: *Ayer y hoy de la jurisdicción militar...*, cit., pág. 117.

²⁸ Art. 2 del Decreto nº 42 de 24 de octubre de 1936 (BOE Nº 18 de 1 de noviembre de 1936).

Otro dato sobre el que debemos hacer hincapié es que en los pocos juristas del Alto Tribunal, dado su origen, siempre prevaleció su formación militar y la rígida disciplina sobre el principio de independencia que en teoría ha de caracterizar al juez profesional, en cuanto eran sumisos servidores de los jefes de quienes dependían²⁹. Por esto, se ha llegado a sostener que el Alto Tribunal de Justicia Militar no merece, como ya sucedió con el Consejo Supremo de Guerra y Marina, la calificación de verdadero tribunal de justicia, en cuanto fue creado por el poder Ejecutivo, esto es, la máxima instancia de los sublevados contra la República.

A ello debe agregarse el dato nada irrelevante de que el número de juristas dentro del tribunal era muy inferior al de los militares, que se reservaron siempre la mayoría absoluta de los puestos y la presidencia del órgano³⁰.

Protagonismo del elemento castrense que no fue algo exclusivo de la jurisdicción militar superior. De hecho, el Ejército intervino activamente en la gestación del nuevo Estado franquista, al menos durante los primeros años. Circunstancia que viene explicada por el papel que desplegó en la función represiva, lo que para los sublevados se presentó como una de sus metas prioritarias. Por todo, la jurisdicción militar se transformó en la auténtica jurisdicción ordinaria³¹.

Centrándonos en el objeto de nuestro estudio, hemos de indicar que el Alto Tribunal de Justicia Militar estuvo integrado por un presidente de la categoría de teniente general o general de división³² y cuatro vocales, dos

²⁹ Sobre este asunto hemos de señalar que el personal del Cuerpo Jurídico Militar era seleccionado por oposición entre los licenciados en Derecho, contando con siete categorías: teniente auditor de 3ª, de 2ª y de 1ª, auditor de brigada, de división y general, y consejero togado, asimiladas a los empleos de teniente a general de división. Mediante una ley de 12 de septiembre de 1932 se eliminó a los integrantes del cuerpo la consideración de militares, pero la misma fue devuelta con la ley de 17 de julio de 1935.

³⁰ ALCALA-ZAMORA: «Justicia penal...», cit., pág. 278.

³¹ Ignacio ARENILLAS DE CHAVES: *El proceso de Besteiro*, Madrid, 1976, pág. 300; Juan Antonio ALEJANDRE: «La justicia penal», en *Historia 16*, nº 14, Madrid, 1984, pág. 90.

³² El primer presidente fue Francisco Gómez-Jordana Souza, teniente general del Ejército en situación de reserva (Decreto nº 43 de 24 de octubre de 1936 (BOE Nº 18 de 1 de noviembre de 1936). Su biografía puede conocerse por Carlos de ARCE: *Los generales de Franco. Los hombres que hicieron posible la España de Franco*, Barcelona, 1984, págs. 269 a 271. En el mes de junio, mediante decreto nº 295 del día 5 (BOE Nº 230 de 7 de junio), fue sustituido interinamente por Nicolás Rodríguez Arias y Carbajo, general de división en situación de reserva. Este último contó como ayudante de campo al teniente coronel de Estado Mayor Luciano Centeno Negrete (BOE Nº 240 de 17 de junio de 1937). Le sucedió, mediante decreto nº 361 de 23 de septiembre de 1937 (BOE nº 342 de 27 de septiembre), Emilio Barrera Luyando, teniente general del Ejército, en situación de reserva. Este permaneció en el cargo hasta el 5 de enero de 1939 (BOE de 8 de enero de 1939).

oficiales generales del Ejército, uno de la Marina de Guerra y un vocal auditor³³ de los cuerpos jurídico militar o de la Armada³⁴, dependiendo de la jurisdicción de donde procediesen los autos, actuando como secretario-relator un teniente auditor de primera³⁵. Por tanto, sólo uno de los cinco miembros que lo integraban tenía que ser jurista, por lo que dudosamente podían acometer con eficacia el ejercicio del cúmulo de competencias propias del ámbito del Derecho que a continuación pasamos a indicar³⁶.

Transcurridos algunos días desde su constitución, se procedió a designar al personal auxiliar, que estaría integrado por un oficial de cualquier Arma o Cuerpo del Ejército o de la Armada, un teniente auditor de tercera clase del Cuerpo Jurídico Militar, un oficial del Cuerpo de Oficinas Militares y tres mecanógrafos de tropa o del cuerpo auxiliar subalterno. Los tres oficiales se designaban por la Secretaría de Guerra, a propuesta del presidente del Alto Tribunal, mientras que los mecanógrafos estaban adscritos a la séptima división³⁷.

³³ ALCALÁ-ZAMORA: «Justicia penal...», cit., pág. 288, nota 100: «El auditor era el jefe administrativo de los servicios de justicia militar de cada región, departamento, plaza o unidad autónoma militar y, al mismo tiempo, el asesor jurídico de la autoridad militar titular de la jurisdicción castrense. El decreto de 11 de mayo de 1931 separó la jurisdicción del mando y el auditor se convirtió en la autoridad judicial militar, pero con la guerra civil, se le ha asignado de nuevo el papel más borroso que antes desempeñaba».

³⁴ Los primeros vocales fueron: Luciano Conde Pumpido, coronel auditor del Cuerpo Jurídico de la Armada; Nicolás Rodríguez Arias y Carbajo, general de división en situación de reserva; José María Gómez y Fossi, vicealmirante de la Armada; Luis Cortés Echanove, auditor de división y Francisco Feroso Blanco, general de brigada (Decretos 44 a 48 de 24 de octubre de 1936. BOE Nº 18 de 1 de noviembre de 1936). Este último cesó en el cargo, que hasta entonces vino desempeñando de Gobernador General, por decreto nº 59 de 4 de noviembre de 1936 (BOE Nº 22 de 8 de noviembre de 1936). Mediante decreto nº 79 de 17 de noviembre de 1936 (BOE Nº 36 de 21 de noviembre de 1936) se nombró vocal suplente al auditor de la Séptima División Orgánica, José Bermejo Sanz, quien podía sustituir en casos de incompatibilidad procesal a Luis Cortés Echanove. Más adelante, mediante decreto nº 363 de 23 de septiembre de 1937 (BOE Nº 342 de 27 de septiembre de 1937) fue nombrado vocal Francisco Ruiz del Portal y Martínez, general de División en situación de reserva. Por su parte, el 24 de noviembre de 1938 también desempeñó este cargo Emilio de la Cerda y López Mollinedo, auditor general (BOE nº 152 de 29 de noviembre de 1938). A ellos se sumó Carlos Guerra Zagala, general de brigada en situación de reserva (Decreto de 10 de julio de 1939. BOE de 12 de julio de 1939).

³⁵ Se nombró como secretario-relator al auditor de brigada del Cuerpo Jurídico Militar Luis de Cuenca y Fernández de Toro (Orden de 5 de noviembre de 1936. BOE Nº 24 de 7 de noviembre de 1936).

³⁶ PEDRAZ PENALVA: «Jurisdicciones ordinaria...», cit., pág. 362; Ignacio DÍAZ DE AGUILAR Y ELÍZAGA: «Justicia militar en la España nacional. Instituciones», en *Justicia en guerra...*, cit., pág. 398.

³⁷ Orden de 10 de noviembre de 1936 (BOE Nº 27 de 11 de noviembre de 1936). En cumplimiento de esta orden, se procedió a nombrar al siguiente personal a partir del 24 de noviembre de 1936 (BOE Nº 40 de 25 de noviembre de 1936): Fausto Santa Olalla Murciaño (capitán de infantería retirado), José Luis Santaló y Rodríguez de Viguri (teniente audi-

3. COMPETENCIAS

Conforme a lo establecido en el decreto de creación, al Alto Tribunal de Justicia Militar correspondía resolver los siguientes asuntos³⁸:

– Decidir las competencias de jurisdicción que se suscitasen entre los tribunales de Guerra y Marina³⁹.

– Conocer de las causas falladas por los Consejos de Guerra en los casos en que hubiere disenso entre las autoridades militares y sus auditores⁴⁰. Conviene recordar que éstos eran competentes para emitir juicio en todos los casos de interpretación o aplicación de las leyes. Asimismo, podían proponer la resolución que estimasen más oportuna en todos los procedimientos judiciales que se instruyesen en el Ejército o distrito donde estuviesen destinados⁴¹.

– Informar sobre las conmutaciones de pena que pudieran someterseles⁴².

– Resolver los recursos que se promoviesen contra los acuerdos judiciales en los casos en que éstos se adoptasen con infracción de ley o quebrantamiento de forma e implicasen privación de las garantías concedidas a los recurrentes.

Por medio de una circular⁴³, el presidente del tribunal aclaró que la admisión de estos recursos quedaba condicionada al cumplimiento de una se-

tor de 3ª del Cuerpo Jurídico Militar) y Pedro Barranco Sánchez (oficial de 3ª de oficinas militares). Mediante orden de 22 de diciembre de 1937 (BOE nº 430 de 24 de diciembre de 1937) pasó a prestar sus servicios en el Alto Tribunal de Justicia Militar el capitán de ingenieros Joaquín Prieto Arozarena, del batallón de zapadores de Marruecos.

³⁸ Art. 1 del Decreto nº 42 de 24 de octubre de 1936 (BOE nº 18 de 1 de noviembre de 1936); FERNÁNDEZ SEGADO: «La jurisdicción militar...», cit., pág. 54.

³⁹ Así quedaba también recogido en los arts. 23 y 87.2 del Código de Justicia Militar de 1890 para el Consejo Supremo de Guerra y Marina.

⁴⁰ En relación a los Consejos de Guerra debe verse el art. 41 y ss. del Código de Justicia Militar de 1890. En los mismos se abordan los tipos de estos Consejos: ordinario (dividido, a su vez, en de plaza y de cuerpo) y de oficiales generales, sus atribuciones y las reglas para su celebración. Por su parte, en lo que atañe a los auditores, el art. 38 del Código de Justicia Militar señalaba que «en las capitanías generales de distrito, Ejércitos, en campaña, prevenidos o de ocupación, Cuerpos del Ejército, divisiones o brigadas, plazas de guerra y Gobiernos militares, habrá auditores y demás funcionarios del Cuerpo Jurídico Militar que exijan las atenciones del servicio».

⁴¹ Art. 39 del Código de Justicia Militar de 1890.

⁴² El art. 87.3 del Código de Justicia Militar de 1890 no sólo se refería a las peticiones de conmutación de pena, sino también consideraba competente al Consejo Supremo de Guerra y Marina para «aplicar las amnistías e indultos generales e informar sobre las peticiones de indulto respecto de las personas contra quienes hubiera dictado sentencia condenatoria».

⁴³ Circular de 21 de noviembre de 1936 (BOE nº 38 de 23 de noviembre de 1936).

rie de requisitos. En este sentido, sólo era viable en los procedimientos que no tuviesen el carácter de sumarísimos. En el comentario que realizó a esta disposición Alcalá-Zamora y Castillo mostró su más contundente crítica al afirmar que «el criterio del Alto Tribunal es insostenible: en el momento en que el juicio sumarísimo funciona con una frecuencia extraordinaria, el Alto Tribunal declara inatacables, sin excepción alguna, los fallos dados en un procedimiento tan grave. El error evidente, la prevaricación del Consejo de Guerra, los falsos testimonios, etc., nada le importa al órgano supremo de la justicia nacionalista; y, sin embargo, el resultado de los juicios sumarísimos ha sido con mucha frecuencia una condena a muerte inmediatamente ejecutada, cuyos efectos no pueden ser anulados por la exigencia ulterior de responsabilidad a los culpables de la injusticia cometida»⁴⁴.

Es preciso indicar en este punto que con los juicios sumarísimos se lograba el objetivo, tan importante para los sublevados en esos momentos de guerra, del rápido y ejemplar castigo de los delitos por ellos imputados a sus enemigos, al tiempo que quedaban derogadas todas las reformas acometidas por la República en el marco de la jurisdicción militar desde 1931. Por esa razón, se explica que muchos de los plazos fuesen abreviados. Así, se recordaba siempre en los bandos militares, donde, tras afirmar la competencia de la justicia militar para un sinnúmero de supuestos, se ordenaba que las actuaciones se ajustasen al procedimiento sumarísimo, poniendo fin a las reglas orgánicas y procesales vigentes hasta entonces⁴⁵.

Para el caso de los procedimientos ordinarios, la admisión del recurso sólo era aceptada cuando, durante la tramitación de la causa y antes de recaer en ella sentencia firme, hubieren los recurrentes reclamado por creerse privados de cualesquiera de las garantías procesales que el Código de Justicia Militar les concedía y hubiera sido desestimada su reclamación por un acuerdo judicial. Contra éste, podían recurrir ante el Alto Tribunal de Justicia Militar, mediante escrito presentado a la autoridad judicial militar respectiva, la cual lo elevaba al mismo con su informe, acompañado de las actuaciones⁴⁶.

⁴⁴ ALCALÁ-ZAMORA: «Justicia penal...», cit., pág. 279, nota 69.

⁴⁵ ALCALÁ-ZAMORA: «Justicia penal...», cit., pág. 276; ALEJANDRE: «La justicia penal...», cit., pág. 90; PEDRAZ PENALVA: «Jurisdicciones ordinaria...», cit., pág. 365. Más recientemente, Carlos JIMÉNEZ VILLAREJO: «La destrucción del orden republicano», en *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, nº 7 (2007), pág. 18.

⁴⁶ El recorte que se introdujo en las expectativas de los condenados era indudable. Basta con cotejar el contenido de esta norma con lo que se recogía en el art. 678 del Código de Justicia Militar relativo al recurso de revisión. En éste se indicaba que «habrá lugar el recurso de revisión contra las sentencias firmes en los casos siguientes: cuando estén sufriendo condena dos o más personas, en virtud de sentencias contradictorias, por un mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una sola; cuando esté sufriendo condena alguno como responsable de homicidio de una persona, cuya existencia se acredite después

Conviene aclarar que la disconformidad del encausado sólo podía circunscribirse a cuestiones estrictamente procesales. Nunca podía esgrimir razones jurídico-materiales o de fondo contra las resoluciones de los Consejos de Guerra. Además, su defensor únicamente tenía que ser militar, no jurista, por lo que difícilmente albergaría esperanzas de que su recurso prosperase porque no es imaginable que su defensor conociera las normas aplicables con la suficiente solvencia para manifestar las infracciones procesales en que se hubiese incurrido, sin olvidar que, dada su condición, se atreviese a contrariar el parecer de sus superiores⁴⁷.

– Por último, también se le consideraba competente para declarar la nulidad de todo o parte de lo actuado en las causas de que conociese⁴⁸.

Cuatro meses después de la promulgación de la citada circular, se reconoció la necesidad de incrementar las atribuciones del Alto Tribunal de Justicia Militar no sólo para lograr una mayor eficacia en su cometido, sino en atención a la confusión que se derivaba de la aplicación de un número importante de normas procesales insertas en el Código de Justicia Militar. Se pensó que con el aumento de funciones se mejorarían las garantías de enjuiciamiento, al tiempo que se reforzaría la autoridad del tribunal en asuntos sobre competencias y disentimientos⁴⁹. A partir de entonces, quedaron concretadas hasta su desaparición las siguientes atribuciones del tribunal, aunque muchas de ellas ya las venía ejerciendo desde un principio:

– Decidir las cuestiones de competencia que se suscitasen entre las jurisdicciones de Guerra y Marina o entre autoridades judiciales dentro de

de la condena; cuando se esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia cuyo fundamento haya sido un documento o testimonio declarados después falsos...o por confesión del reo arrancada por violencia...; cuando sobre un mismo delito hayan recaído dos sentencias firmes...» Además, en el Código se contemplaba que no sólo estaba autorizado a introducir el recurso el condenado, sino también «su cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos, acudiendo al Ministerio de la Guerra con solicitud motivada. Dicho Ministerio remitirá la solicitud al Consejo Supremo de Guerra y Marina».

⁴⁷ De esta forma se continuó con la exigencia ya contemplada en el art. 146 del Código de Justicia Militar, donde se indicaba que «para el nombramiento de defensor se observarán las siguientes reglas: las personas que deban ser juzgadas por el Consejo Supremo de Guerra y Marina podrán elegirlo entre los generales, jefes y oficiales y sus asimilados residentes en el distrito de Castilla la Nueva...; las personas que deban ser juzgadas por los Consejos de Guerra de oficiales generales, podrán elegirlo entre los generales, jefes y oficiales y sus asimilados residentes en la localidad en que la causa se siga o pertenecientes al mismo Ejército o distrito y las personas que deban ser juzgadas por el Consejo de Guerra ordinario, lo elegirán entre los oficiales y sus asimilados de la plaza o de la brigada en su caso». A este asunto se refiere PEDRAZ PENALVA: «Jurisdicciones ordinaria...», cit., pág. 367.

⁴⁸ DÍAZ DE AGUILAR Y ELÍZAGA: «Justicia militar...», cit., pág. 398.

⁴⁹ Como apunta ALCALÁ-ZAMORA: «Justicia penal...», cit., pág. 279, nota 71: «Estas reglas no tienen nada de originales, pues proceden, entre otras, de los arts. 23, 28, 92, 162-8, 400 y 533 del Código de Justicia Militar».

cada una de dichas jurisdicciones. Si la contienda era con la Administración, correspondía resolver mediante decreto⁵⁰.

– Conocer de las causas falladas por los Consejos de Guerra en los casos que disintieran de ellos las autoridades judiciales o bien entre sí la autoridad militar y su auditor. Ello se debió a que las sentencias de los Consejos Guerra, para ser ejecutorias, necesitaban contar con la aprobación de la autoridad militar, previo informe del auditor⁵¹. Si no se había producido la coincidencia entre el Consejo de Guerra, el auditor y la autoridad militar, la causa era remitida al Alto Tribunal para proceder a su examen⁵². En realidad, no se trataba de un verdadero recurso, en la medida que las sentencias de los Consejos de Guerra no eran atacables por el fiscal ni por el defensor. Estos únicamente podían expresar sus discrepancias y, con ello, forzar el disenso de la autoridad militar y/o del auditor⁵³.

– Informar sobre las conmutaciones de pena que se le sometiesen.

– Resolver los recursos de queja que en las causas que no tuviesen carácter sumarísimo se interpusieran, con sujeción a las normas fijadas en la circular antes mencionada.

– Declarar la nulidad de todo o parte de lo actuado y la reposición a sumario de las causas de que conociese, con el objetivo de que se practicasen las diligencias que fuesen necesarias. El Código de Justicia Militar limitaba la declaración de nulidad de todo o parte de un procedimiento cuando se hubiese visto afectado lo sustancial del mismo o por haberse omitido la indagatoria, la comparecencia del procesado en el acto de lectura de cargos contra él, el requerimiento del nombramiento de defensa o algunas de las diligencias fundamentales en el periodo de prueba⁵⁴.

– Decretar la formación de causas, cuando en los asuntos de que conociese encontrase razones suficientes para ello⁵⁵.

⁵⁰ Art. 23 del Código de Justicia Militar de 1890.

⁵¹ Art. 596 del Código de Justicia Militar de 1890: «La sentencia que el Consejo de guerra pronuncie no se hará pública, pero se notificará por el instructor, dentro de las veinticuatro horas siguientes a los procesados, al fiscal y a los defensores, haciendo constar que no es firme hasta que reciba la aprobación de la autoridad judicial».

⁵² Solución que ya llevaba años practicándose. Así, art. 597 del Código de Justicia Militar de 1890: «El juez instructor remitirá la causa a la autoridad judicial, y ésta la pasará a su auditor para que emita dictamen, proponiendo la aprobación de la sentencia si fuere de las que pueden ser ejecutorias, mediante dicha aprobación o la remisión de los autos al Consejo en otro caso, o en el de no considerarla arreglada a la ley».

⁵³ ALCALA-ZAMORA: «Justicia penal...», cit., pág. 284, nota 85; Antonio AGÚN-DEZ FERNÁNDEZ: «El Poder Judicial y los jueces en la guerra civil de 1936-1939. Aproximación histórica», en *Justicia en guerra...*, cit., pág. 418.

⁵⁴ Art. 603 del Código de Justicia Militar de 1890.

⁵⁵ Ya se estableció esta competencia para la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Guerra y Marina, conforme se contempló en el art. 92.4 del Código de Justicia Militar de 1890.

– Exigir la responsabilidad judicial que correspondiese en las causas cuyos fallos hubiesen sido ejecutoriados por aprobación de las autoridades competentes⁵⁶.

– Reclamar y examinar, cuando lo creía necesario, las causas en que hubiese recaído sentencia firme, acordando lo que correspondiese⁵⁷, cuando, por ejemplo, hubiese intervenido en él alguna de las personas a quienes legalmente se consideraba incompatibles, no siendo recusables⁵⁸.

– Ejercer la jurisdicción disciplinaria. Debemos señalar que la misma tenía por objeto la corrección de faltas que se cometiesen en el desempeño de las funciones judiciales, en el cumplimiento de los deberes relativos a las mismas o con ocasión de ellas. No se aplicaban correcciones disciplinarias a los hechos u omisiones constitutivos de delito, ni las faltas que no se refieren al ejercicio de la jurisdicción de Guerra o que no se cometieran con ocasión del mismo. Asimismo, no se podían imponer correcciones disciplinarias por la libre apreciación de la prueba⁵⁹.

Los sujetos sometidos a la jurisdicción disciplinaria eran los presidentes y vocales de los Consejos de Guerra, los jueces instructores, los fiscales, los secretarios de causas, los defensores militares y abogados, los individuos del Cuerpo Jurídico Militar, los peritos, los testigos y cuantos interviniesen en los procedimientos militares o asistiesen como público a los Consejos de Guerra⁶⁰.

La jurisdicción disciplinaria correspondía a las autoridades que en los Ejércitos y distritos ejercían la de Guerra, al fiscal togado del Alto Tribunal de Justicia y al Gobierno. Este último supuesto se ejercía solamente sobre las autoridades judiciales de guerra⁶¹.

En lo que atañe a las correcciones, que en vía disciplinaria ejercía el Alto Tribunal, eran las siguientes: a los peritos, testigos y demás personas extrañas al Ejército que hubiesen intervenido en el procedimiento (advertencia, apercibimiento, privación total o parcial de honorarios o indemnizaciones), a los abogados defensores (advertencia, apercibimiento, suspensión del ejercicio de la abogacía en los tribunales militares hasta seis

⁵⁶ Al igual que el supuesto anterior, ésta había sido una de las competencias de la Sala de Justicia del Consejo. Así lo mencionaba el art. 92.5 del Código.

⁵⁷ Art. 92.7 del Código de Justicia Militar de 1890.

⁵⁸ El art. 150 del Código de Justicia Militar de 1890 recogía hasta doce causas de incompatibilidad. Por su parte, los arts. 157 y 158 aludían a las causas de recusación.

⁵⁹ Art. 162 del Código de Justicia Militar de 1890.

⁶⁰ Art. 163 del Código de Justicia Militar de 1890. Ninguna disposición del Código preveía el correctivo que podía imponerse a quienes asistiesen como público a los Consejos. Sólo el art. 573 autorizaba al presidente del Tribunal a ordenar la expulsión de los que perturbasen el orden, o su detención, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.

⁶¹ Art. 164 del Código de Justicia Militar de 1890.

meses), a los presidentes y vocales de los Consejos de Guerra, jueces instructores, fiscales, secretarios de causas, defensores militares, individuos del Cuerpo Jurídico Militar y de la Armada (advertencia, apercibimiento, suspensión de empleo hasta dos meses y arresto por igual tiempo). Las autoridades que ejercían la jurisdicción de Guerra no podían ser corregidas directamente en vía disciplinaria⁶². Contra las correcciones disciplinarias impuestas por el Alto Tribunal de Justicia Militar sólo procedía el recurso de súplica ante el mismo⁶³.

– Recibir y examinar, para los efectos oportunos, testimonio del resumen hecho por el juez instructor, del informe o acusación fiscal, defensa o defensas, sentencia, escritos posteriores del fiscal y defensa, dictamen del auditor y decreto en las causas cuyo fallo aprobase y testimonio también del decreto que dictase y de los dictámenes en que se fundara acerca de los sobreseimientos e inhibiciones acordados⁶⁴.

– También debía recibir y examinar la información que le remitiera la autoridad judicial del Ejército de todas las causas que mandase formar y de las que tuviese principio dentro de los límites de su jurisdicción⁶⁵.

Ese significativo incremento en el número de competencias debió provocar bastante confusión. Quizá por ello, el 5 de julio de 1937 se promulgó un decreto-ley en el que especificaban una serie de órdenes que habían de ser acatadas por los miembros del tribunal⁶⁶. A su vez, el mismo órgano acordó lo siguiente para el mejor desenvolvimiento de lo que se le había encomendado y que, básicamente, concernía a la incoación de procedimientos contra militares provenientes de la zona enemiga. En este sentido, el Alto Tribunal de Justicia Militar dispuso que:

– Todo el personal perteneciente a las Armas, Cuerpos y servicios del Ejército y la Armada procedentes de la zona republicana tenían obligación de presentarse ante la autoridad militar en el plazo de veinticuatro horas desde que se produjo este hecho, a fin de que dejase constancia en

⁶² Art. 166 del Código de Justicia Militar de 1890.

⁶³ Art. 168 del Código de Justicia Militar de 1890.

⁶⁴ Art. 28, n° 12 del Código de Justicia Militar de 1890.

⁶⁵ Art. 3 del Decreto n° 219 de 17 de febrero de 1937 (BOE N° 122 de 19 de febrero de 1937). Art. 400 del Código de Justicia Militar. A este asunto también se refiere el art. 71 de la Ley de Enjuiciamiento Militar de la Marina.

⁶⁶ Art. 6 del Decreto-ley de 5 de julio de 1937 (BOE n° 261 de 8 de julio de 1937): «Por el Alto Tribunal de Justicia Militar se dictarán las normas oportunas para el desenvolvimiento de lo preceptuado en este Decreto, que alcanzará a cuantos habiéndose pasado a nuestra zona se encontrasen todavía pendiente de resolución definitiva; y teniendo presente que al final de la campaña se habrá de proceder, por aquel alto organismo, a una revisión general de cuantas informaciones, expedientes y causas se hayan instruido a los presentados, a fin de lograr la más exacta y precisa unidad de criterio».

un impreso de los servicios que hubiese prestado desde el momento del comienzo de la guerra civil, así como todas aquellas circunstancias que estimara de interés para el conocimiento de la autoridad nacional, nombre de testigos que confirmasen su declaración, así como el medio a través del cual consiguió adentrarse en la zona nacional. Se aclaró que la obligación recaía exclusivamente sobre los generales, jefes, oficiales o quienes tuviesen asimilación a alguna de dichas categorías⁶⁷.

– En cada Ejército debía constituirse un Consejo de Guerra especial de oficiales generales permanente, al cual habían de someterse todos los procedimientos sumarísimos instruidos en aquél contra generales, jefes y oficiales del Ejército y de la Marina que, a pesar de haber desempeñado algunos cometidos a las órdenes de los mandos republicanos, hubiesen logrado importantes logros para los intereses nacionales o quienes se pasaron a la zona nacional bien por evacuación o por entrega voluntaria⁶⁸.

– Cada Consejo de Guerra de oficiales generales debía estar compuesto por un presidente y seis vocales: dos oficiales generales del Ejército, otros dos oficiales generales de la Armada, otro auditor de división del cuerpo jurídico militar y otro coronel auditor de la Armada, pudiendo en defecto de alguno de estos dos últimos ser sustituido por otro del empleo inmediato inferior del respectivo cuerpo jurídico. Como suplente se debía designar para cada tribunal un oficial general o coronel del Ejército o de la Armada. El Consejo de Guerra debía estar presidido por el oficial general de mayor prestigio de los designados. Debía actuar como ponente el vocal auditor del Ejército o de la Armada, según perteneciera el procesado a uno u otra⁶⁹.

⁶⁷ Art. 1 del Decreto-ley de 5 de julio de 1937.

⁶⁸ Art. 3 del Decreto-ley de 5 de julio de 1937, apartados b) y c). Previamente, según el art. 53 del Código de Justicia Militar, el Consejo de Guerra de oficiales generales conocía de las causas no reservadas al Consejo Supremo de Guerra y Marina que hubiesen sido instruidas «contra los oficiales del Ejército y sus asimilados, contra los retirados de estas clases que no hubiesen sido separados del servicio por virtud de procedimiento judicial o gubernativo, contra los individuos de las clases de tropa que tuviesen grado de oficial o la Cruz de San Fernando y contra senadores y diputados a Cortes, funcionarios del orden judicial y Ministerio fiscal, así de la jurisdicción ordinaria como de las especiales y demás funcionarios administrativos que ejercieran autoridad».

⁶⁹ En este aspecto de la composición de los Consejos de Guerra de oficiales generales también se introdujeron cambios respecto a lo contemplado en el Código de Justicia Militar de 1890. Concretamente, en el art. 50 de éste se indicaba que el Consejo «se compondrá de un presidente, cinco vocales (uno y otros oficiales generales), un vocal ponente del Cuerpo Jurídico Militar, asimilado a coronel y, en su defecto, a teniente coronel, haciéndose el nombramiento de este vocal por la autoridad judicial, a propuesta del auditor. Presidirá el Consejo el oficial general más caracterizado y más antiguo de los llamados a formarlo en cada caso».

Hemos de indicar que se encomendó a la Secretaría de Guerra el nombramiento de quienes habían de componer en cada Ejército el correspondiente Consejo de Guerra especial de oficiales generales. No en vano, es preciso tener en consideración que tal Secretaría surgió para responder a las necesidades orgánicas y administrativas de las fuerzas armadas. Se dividió en tres secciones, haciéndose coincidir con la fuerzas de tierra, mar y aire. Junto a las mismas, se constituyó un Negociado de Justicia. El elegido como secretario de Guerra fue el general Gil Yuste, quien ya acumulaba la experiencia de haber formado parte de la Junta de Defensa Nacional⁷⁰. Era competente para conceder premios de efectividad, ascensos, habilitaciones, resolvía los pases a situación de retirados, pensiones para las viudas, ordenaba la separación del servicio, aprobaba los cambios de destinos de los militares, etc.⁷¹.

– La autoridad militar debía recabar cuantos medios de prueba creyese necesarios, bajo la condición de que en su tramitación no invirtiese un tiempo superior a quince días⁷².

– Hecha por la Secretaría de Guerra la clasificación de presentados, éstos quedaban sujetos a procedimiento judicial, para lo cual debía remitir las actuaciones a la auditoría que radicase en la misma plaza donde se hubiese establecido el Consejo de Guerra correspondiente al Ejército, en cuyo territorio hubiera tenido lugar la presentación.

– Los cogidos prisioneros en combate o a consecuencia de él sin ánimo de presentarse a las autoridades nacionales eran inmediatamente privados de libertad y sujetos a la jurisdicción de los Consejos de Guerra permanentes⁷³.

⁷⁰ Así se recogió en *El Diario palentino: defensor de los intereses de la capital y la provincia. El más antiguo y de mayor circulación*, año LV, n° 15.878 de 5 de octubre de 1936, pág. 1; *El avisador numantino*, época 2ª, año LVIII, n° 5392 de 7 de octubre de 1936; RUANO DE LA FUENTE: *La Administración española...*, cit., pág. 118. Este autor recuerda en pág. 146, nota 4, que «las Secciones de Tierra y Mar estaban compuestas por tres Negociados, de los que el primero entendía en los asuntos de reclutamiento y personal, el segundo en los de material y el tercero se ocupaba de los servicios; la tercera sección tenía como únicas competencias las de personal y material, quedando lo demás afecto a la Jefatura del Aire».

⁷¹ Por ejemplo, órdenes de 24 y 29 de noviembre de 1936 (B.O.E. n° 41 de 26 de noviembre de 1936 y B.O.E. n° 73 de 1 de enero de 1937).

⁷² Art. 2 del Decreto-ley de 5 de julio de 1937. Las diligencias de prueba que podían practicarse en los procedimientos militares aparecían en el art. 552 del Código de Justicia Militar de 1890 y eran las siguientes: «presentación de documentos públicos y privados y reconocimiento de ellos, reconocimiento o inspección ocular de lugares y objetos, informes periciales, declaraciones de testigos, careos, así como cuantas otras diligencias estime el juez pertinentes y útiles para esclarecer los hechos, como presentación de pruebas fotográficas, reconstrucción del acto criminoso y examen de toda clase de antecedentes».

⁷³ Decreto n° 55 de 1 de noviembre de 1936 (BOE n° 22).

– Recibidas por los auditores las actuaciones, nombraban juez instructor y secretario, con sujeción a lo previsto en el Código de Justicia Militar⁷⁴, a fin de que se continuase el esclarecimiento de la conducta de los presentados por el procedimiento judicial sumarísimo que el mismo Código recogía.

Conforme a ello, el procedimiento sumarísimo había sido de aplicación hasta entonces sólo a los reos acusados de cometer flagrante delito militar castigado con pena de muerte o perpetua⁷⁵. Además de este supuesto, también podían ser sometidos a este tipo de procedimientos otros delitos que afectaban a la moral y disciplina de las tropas o a la seguridad de las plazas y de cosas y personas, según el criterio señalado por las autoridades en los bandos que publicasen⁷⁶.

– Cuando el juez instructor consideraba finalizado el procedimiento, resumía en un breve escrito su resultado y elevaba los autos al auditor, el cual podía acordar que se ampliara aquél con nuevas diligencias, pero si estimaba completas las actuaciones, las sometía al Consejo de Guerra especial a que estas normas se refería.

– El Consejo de Guerra aplicaba el Código de Justicia Militar a los encartados que pertenecieran al Ejército, el Código Penal de la Marina de Guerra, a quienes formasen parte de ésta y las leyes penales comunes a unos y otros, cuando procediesen, sin que pudiesen someterse en un solo procedimiento al Consejo de Guerra individuos pertenecientes al Ejército y a la Armada.

– Si el Consejo de Guerra apreciaba que de la conducta del presentado en la zona nacional no se derivaba responsabilidad alguna y pudiese ser empleado en destino activo, lo consignaba así en un pronunciamiento que el presidente del Consejo de Guerra comunicaba telegráficamente a la Secretaría de Guerra a los efectos oportunos, sin perjuicio de elevarse después a ellas testimonio literal del mismo pronunciado.

⁷⁴ Ante esta remisión, debemos tener en consideración el art. 133 y ss. del Código de Justicia Militar de 1890. Así, el propio art. 133 señala que «el juez instructor es el encargado de la formación de las actuaciones judiciales». Por su parte, el art. 134 agregaba que «el nombramiento de juez instructor se hará para cada causa por la autoridad militar que ejerza la jurisdicción o por las autoridades o jefes militares que den la orden de proceder o de prevenir la formación del procedimiento, según sus atribuciones respectivas, y recaerá siempre en general, jefe u oficial que dependa de la autoridad o jefe que lo nombre». En lo concerniente al secretario, el art. 141 recordaba que era el encargado de extender y autorizar las actuaciones judiciales y el art. 142 apuntaba que «será nombrado por la misma autoridad o jefe militar, en la propia forma y bajo iguales reglas que el juez instructor».

⁷⁵ Art. 649 del Código de Justicia Militar de 1890. El art. 650 define que se entendía por flagrante delito.

⁷⁶ Art. 651 del Código de Justicia Militar de 1890.

– Para mejor proveer, podía el Consejo de Guerra acordar que se ampliaran las actuaciones con el esclarecimiento de determinados extremos, mediante diligencias practicadas en la zona controlada por las tropas nacionales y que habían de precisarse en la correspondiente providencia.

– El tiempo máximo a invertir en la tramitación de las actuaciones, desde su envío por el negociado de justicia de la Secretaría de Guerra hasta la vista de las mismas en Consejo, era de veintiún días, salvo el caso en que por el tribunal se solicitaran nuevas pruebas, en cuya hipótesis se ampliaba ocho días más, no pudiendo nunca exceder de treinta días desde que se calificó provisionalmente la conducta del encartado hasta la resolución que ponía fin a los autos. A este objeto, los instructores libraban telegráficamente los interrogatorios de preguntas a los testigos ausentes, que eran evacuados por el mismo medio, sin perjuicio de su inmediata ratificación por certificado de los generales, por oficio de los jefes y por comparecencia personal ante el Consejo de los oficiales. El juez debía ceñirse a incorporar a los autos las pruebas documentales existentes, las declaraciones de los residentes en la plaza donde se siguiese el procedimiento, los despachos telegráficos, los certificados y oficios y cuantas otras diligencias fuesen precisas en el tiempo señalado.

– En el caso de que de la conducta del encartado se originasen responsabilidades penales a juicio del Consejo de Guerra, el pronunciamiento en que se hiciese esta declaración había de someterse a la aprobación del auditor que dirigió el procedimiento y del general en jefe del Ejército respectivo, si es que éste no hubiese delegado su jurisdicción en el general del Cuerpo del Ejército del cual dependía dicho auditor. En caso de disenso, era resuelto éste por el Alto Tribunal de Justicia Militar⁷⁷.

– Los pronunciamientos se consignaban en forma de sentencia, con relación concreta y clara de los hechos que el Consejo de Guerra declaraba probados y los fundamentos legales.

– La posible revisión a que se refería el art. 5 del decreto-ley⁷⁸ se efectuaba cuando cualquier general, jefe u oficial denunciaba actos realizados

⁷⁷ ALCALÁ-ZAMORA: «Justicia penal de guerra civil», pág. 288: «El auditor, sin haber recibido las pruebas y sin haber seguido los debates, posee, sin embargo, la clave del proceso en sus manos, sea para cerrarlo definitivamente mediante su aprobación, sea para mediante su disenso, abrir la puerta a un nuevo examen ante el Alto Tribunal de Justicia Militar».

⁷⁸ Art. 5 del Decreto-ley de 5 de julio de 1937 (BOE nº 261): «Dada la rapidez de las actuaciones y la ausencia de testimonios en algunos casos o el aplazamiento en cuanto a la aportación de datos y pruebas supeditadas a la ocupación de determinadas poblaciones o a la supervivencia de ciertas personas, las resoluciones que recaigan en el actuado que se instruya a los comprendidos en los grupos a), b) y c) tendrán el carácter de pronunciados, sin que los mismos puedan alegarse como excepción de cosa juzgada y siendo revisables,

por un militar y de los cuales no hubiera habido constancia al tiempo de recaer respecto del mismo el pronunciamiento determinativo de su reingreso en el Ejército. La denuncia, que había de recibir el superior inmediato de quien dependía el reingresado, se elevaba por conducto reglamentario con las pruebas que se hubieran aportado a la Secretaría de Guerra si el denunciado estuviera prestando servicio activo y, en vista de la denuncia, del expediente relativo al denunciado y de la conducta militar observada por mismo en la zona nacional, procedía a una nueva clasificación.

– La denuncia había de cursarse al general jefe del Ejército en el cual se celebró el Consejo de Guerra correspondiente. Dicha autoridad militar, con el auditor que dirigió el procedimiento en vista de la denuncia, de las pruebas en ella presentadas o que se ofrecieran, de las respectivas actuaciones archivadas y de la conducta militar que en su caso hubiera observado en la zona nacional el denunciado, resolvía, sin ulterior recurso, si era o no pertinente la apertura de procedimiento. En todo caso, la denuncia, las pruebas y resoluciones se unían a los autos.

– Las informaciones y procedimientos judiciales respecto de los cuales hubiere recaído resolución hasta la fecha de publicarse estas normas, sólo podían ser abiertos de nuevo en virtud de denuncia concreta, aceptada por la Secretaría de Guerra o por el auditor correspondiente, sin que mientras tanto se modificase la resolución recaída ni la situación del interesado⁷⁹.

4. FUNCIONAMIENTO

Una vez que nos hemos referido sucintamente a este interesante asunto de la tramitación de los procedimientos seguidos contra los militares provenientes de la zona republicana, conforme a las instrucciones dadas por el Alto Tribunal de Justicia Militar, es preciso que nos interroguemos cómo actuaba el mismo en los asuntos sometidos a su conocimiento y resolución.

En este sentido, podemos comenzar señalando que en el decreto de constitución se indicó textualmente que el Tribunal debía desenvolver «su

en sentido favorable o adverso, si por consecuencia de la obtención de ulteriores datos o extremos hubiere lugar a su cambio. A tal efecto, cualquier jefe u oficial que tuviere conocimiento de los actos realizados por un militar, y de los cuales no hubiera constancia al recaer el pronunciamiento, estará obligado de ponerlos en conocimiento del superior inmediato de quien dependa el reingresado, adjuntando o poniendo a la disposición de aquél las pruebas que tuviere, con el fin de que conocidos tales extremos por la autoridad judicial del distrito donde estuvieren archivadas las actuaciones de proceda a la apertura de las mismas, si fuera pertinente».

⁷⁹ Circular de 11 de agosto de 1937 (BOE N° 296 de 12 de agosto de 1937).

cometido con la más absoluta independencia», algo realmente complicado de acometer, por las razones que llevamos apuntando de falta de preparación jurídica de la inmensa mayoría de sus integrantes y por la primacía de los principios de disciplina y obediencia sobre el espíritu de libertad que ha de orientar el quehacer de los jueces⁸⁰.

Al margen de las dudas que la citada expresión generan, lo que sí parece claro es que todos los documentos que se elevaban para conocimiento del Alto Tribunal de Justicia Militar se dirigían, con oficio de remisión, a su presidente, quien por medio del secretario acusaba recibo o, en caso de declarar la nulidad de todo o parte de lo actuado, se ordenaba su devolución a las divisiones orgánicas de procedencia por conducto del general en jefe del Ejército. Este mismo requisito era observado para la tramitación de sumarios o causas y cumplimiento de las sentencias recaídas⁸¹.

Los documentos que sí permanecían en el Alto Tribunal pasaban a renglón seguido al relator, quien anotaba en el libro de registro la fecha de su recepción⁸². El secretario debía formar expediente separado de cada una de las actuaciones que se siguieran, dando información al fiscal y a la defensa para que alegasen lo que estimasen oportuno⁸³.

A veces, en atención a la importancia de la cuestión o por otras razones, podía nombrarse de entre sus miembros a un ponente para el examen de los documentos y la redacción de la sentencia, conforme a lo acordado por los miembros⁸⁴.

El Alto Tribunal de Justicia Militar se reunía periódicamente, decidiendo sus resoluciones por mayoría de votos. La votación comenzaba por el miembro más moderno y concluía con el presidente, salvo que se hubiese designado ponente, en cuyo caso, se principiaba por él⁸⁵.

Al igual que ya se estableció en el Código de Justicia Militar para el Consejo Supremo de Guerra y Marina, las sentencias debían ser dictadas en el término de ocho días, contados a partir del siguiente al que hubiesen

⁸⁰ Art.2 del Decreto nº 42 de 24 de octubre de 1936; ALCALÁ-ZAMORA: «Justicia penal...», cit., pág. 279: «aparte de la gran dificultad psicológica de conciliar la idea de independencia, esencial a la Justicia, con la de obediencia, fundamento del Ejército, en las deliberaciones de un tribunal jerarquizado, la ausencia de garantías de inamovilidad de sus jueces frente al Ejecutivo no hace sentir escepticismo en cuanto a la observancia de la promesa tan solemnemente hecha».

⁸¹ Art. 3 del Decreto nº 42 de 24 de octubre de 1936 (BOE Nº 18 de 1 de noviembre de 1936). Este artículo coincide, en líneas generales, con el art. 599 del Código de Justicia Militar de 1890.

⁸² Art. 600 del Código de Justicia Militar de 1890.

⁸³ Art. 601 del Código de Justicia Militar de 1890.

⁸⁴ Art. 605 del Código de Justicia Militar de 1890.

⁸⁵ Art. 607 del Código de Justicia Militar de 1890.

tenido entrada los asuntos en el registro del órgano, reduciéndose a tan sólo uno las resoluciones relativas a competencias de jurisdicción⁸⁶. Dictada la sentencia o la correspondiente resolución, entregaba el presidente los autos al secretario para que se cursase a la autoridad que debía ejecutarla⁸⁷.

Más adelante, se agregó que también se debía reunir el Alto Tribunal de Justicia Militar cuando el presidente lo estimara discrecionalmente necesario en atención a la urgencia del asunto, eliminando la obligatoriedad de que fuese resuelto dentro de los mencionados ocho días. Simplemente se indicó que se acordaría lo procedente con toda la celeridad que permita el debido estudio de los temas a él sometidos⁸⁸.

En los casos de incompatibilidad, ausencia, enfermedad o vacante y cuando la acumulación de trabajo lo exigía, podía el presidente disponer que en el estudio, conocimiento y resolución de los asuntos se sustituyesen entre sí los vocales auditores de Guerra y de Marina. Asimismo, cuando el presidente lo estimaba oportuno, para el correcto funcionamiento del tribunal, podían utilizarse los servicios de un auditor de división del Ejército o de un coronel auditor de la Armada, con destino en la plaza donde se encontraba el tribunal, que actuaba como suplente⁸⁹.

5. DESAPARICIÓN DEL ALTO TRIBUNAL DE JUSTICIA MILITAR

El Alto Tribunal de Justicia Militar tuvo una vida efímera. Poco antes de que se cumpliera su tercer aniversario, se decidió sustituirlo por el Consejo Supremo de Justicia Militar, que quedó adscrito al Ministerio del Ejército⁹⁰, asumiendo las mismas facultades que había tenido el anterior

⁸⁶ Art. 4 del Decreto n° 42 de 24 de octubre de 1936 (BOE N° 18 de 1 de noviembre de 1936) y art. 609 del Código de Justicia Militar de 1890..

⁸⁷ Art. 610 del Código de Justicia Militar de 1890.

⁸⁸ Art. 4 del Decreto n° 219 de 17 de febrero de 1937 (BOE N° 122 de 19 de febrero de 1937). El art. 104.5 del Código de Justicia Militar ya había establecido la competencia del presidente del Consejo Supremo de Guerra y Marina para convocarlo extraordinariamente.

⁸⁹ Art. 5 del Decreto n° 219 de 17 de febrero de 1937 (BOE N° 122 de 19 de febrero de 1937).

⁹⁰ Sobre este asunto, podemos mencionar que el 30 de enero de 1938, coincidiendo con el octavo aniversario del final de la dictadura de Primo de Rivera y en plena batalla de Teruel, se optó por la promulgación de una ley en cuya exposición de motivos se reconoció la insuficiencia en su forma de funcionar de la Junta Técnica del Estado, incapaz de ofrecer una adecuada respuesta al creciente volumen y complejidad de las tareas de gobierno. Por todo ello, se adoptó la decisión de reorganizar los servicios centrales. Desde entonces, la Administración Central del Estado se organizó en departamentos ministeriales, divididos, a su vez, en secciones y negociados. En el aspecto que aquí nos interesa, hemos de indicar que el primer ministro de Defensa Nacional fue Fidel Dávila (nombrado mediante decreto

Consejo de Guerra y Marina y ejerciendo la superior jurisdicción sobre los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire⁹¹.

Como primer dato resalta la diferencia del Consejo Supremo con el Alto Tribunal de Justicia en lo que concierne a su amplia composición. El flamante órgano contó con un presidente, diez consejeros, dos fiscales, dos tenientes fiscales y un secretario, aparte de los auxiliares que se considerasen precisos. Quizá, la razón que explicó este incremento debamos encontrarla en el desbordamiento de trabajo que debieron padecer los cinco miembros del Alto Tribunal, tras las sucesivas atribuciones que asumieron a raíz de las diversas reformas normativas que en esos años le afectaron.

Lo que no varió fue el predominio de los mandos militares sobre los juristas. Así, el cargo de presidente fue asumido por un oficial general del Ejército, de la categoría de teniente general o general de división. De los diez vocales, cuatro habían de ser generales de división o de brigada; dos, vicealmirantes o contralmirantes y los restantes tenían que ser desempeñados por asimilados a oficiales generales de los cuerpos jurídicos militares de la Armada, correspondiendo tres al primero y uno al último. Uno de los fiscales debía ser oficial general del Ejército y el otro perteneciente al Cuerpo Jurídico Militar, asimilado a oficial general. Los tenientes fiscales habían de tener la categoría de coroneles, formando parte uno de ellos del Cuerpo Jurídico de la Armada y el otro a cualquier Arma del Ejército. Por último, el puesto de secretario había de ocuparlo un general de brigada⁹².

Las funciones del Alto Tribunal de Justicia pasaron a añadirse al Consejo Supremo de Justicia Militar, lo mismo que el personal que en aquél había desempeñado su trabajo, hasta la designación del nuevo que se estimara conveniente⁹³.

Pero, sin duda, la principal razón que justificó la creación de este Consejo Supremo fue la urgente necesidad de elaborar un nuevo Código de Justicia Militar, acorde con el contexto que se abrió en España tras la finalización de la Guerra Civil, que sirviera para actualizar la obsoleta normativa castrense, vigente, en muchos aspectos, desde 1890. Por ello, se

nº 444 de la Jefatura del Estado, BOE nº 468 de 1 de febrero de 1938), pero su misión quedó ceñida a lo que era estrictamente la gestión del Departamento, en la medida que Franco, como Jefe del Estado, siguió ostentando el mando supremo de los Ejércitos.

⁹¹ Art. 1 de la ley de 5 de septiembre de 1939 (BOE Nº 250 de 7 de septiembre de 1939). Conforme al art. 65 del Código de Justicia Militar, el Consejo Supremo de Guerra y Marina tenía atribuido el ejercicio de la suprema jurisdicción en el Ejército y la Armada. Por su parte, el art. 66 lo hizo depender del Ministerio de la Guerra; MONZÓN Y DE ARAGÓN: *Ayer y hoy de la jurisdicción militar...*, cit., pág. 120.

⁹² Art. 2 de la ley de 5 de septiembre de 1939 (BOE Nº 250 de 7 de septiembre de 1939).

⁹³ Art. 4 de la ley de 5 de septiembre de 1939 (BOE Nº 250 de 5 de septiembre de 1939).

encomendó al Consejo el nombramiento de una Comisión para el estudio y redacción de un proyecto de Código que unificase el ejercicio de la justicia en los tres Ejércitos. La citada comisión podía recabar, solicitándolo al Ministro de la Guerra, por conducto del presidente del Consejo, las colaboraciones de personas de reconocida competencia en la materia, con la condición de que no formasen parte del propio Consejo⁹⁴.

Como es obvio, no nos compete en esta sede entrar en el estudio de la compleja tramitación de este asunto. Simplemente, queremos recordar que el resultado fue la aprobación por ley de 17 de julio del Código de Justicia Militar de 1945, que estuvo vigente durante las tres décadas que restaba de la dictadura franquista y parte de la transición democrática⁹⁵.

⁹⁴ Art. 5 de la ley de 5 de septiembre de 1939 (BOE N° 250 de 5 de septiembre de 1939).

⁹⁵ Jesús VALENCIANO ALMOYNA: «La reforma de la justicia militar en España durante la transición», en *Reis*, n° 36 (1986), págs. 141-152. Más recientemente, se ha ocupado del proceso formativo del Código de Justicia Militar de 1945 MONZÓN Y DE ARAGÓN: *Ayer y hoy de la jurisdicción militar...*, cit., pág. 131 y ss.

LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

María del Valle López Alfranca
Capitán Auditor

1. INTRODUCCIÓN

Las intervenciones de las comunicaciones telefónicas es un medio de prueba fundamental en el proceso penal y que incide de un modo directo en un derecho fundamental que es el secreto de las comunicaciones. A pesar de su importancia, inicialmente carecía de regulación en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim.) hasta 1988, en que sí aparece expresamente regulado, pero insuficientemente. Esta carencia e insuficiente previsión de la legalidad ordinaria ha tenido que ser perfilada sobre todo por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (en adelante TS), siguiendo, los postulados elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (en adelante TEDH).

2. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

A) CONCEPTO, CONTENIDO Y TITULARIDAD

El denominado en nuestro constitucionalismo histórico como *secreto de la correspondencia* se regula en la Constitución actual (en adelante CE) en el número 3 de su artículo 18 cuando declara que «*se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas*

y telefónicas, salvo resolución judicial». Las dos proposiciones que recoge el precitado artículo (garantía del secreto y previsión de levantamiento por una resolución judicial) también aparecían en las Constituciones de 1869, 1876 y 1931.

Hoy en día, encontramos un gran número de preceptos tanto a nivel internacional¹ como nacional² que hacen referencia al citado derecho.

La Constitución garantiza el secreto de «las comunicaciones», por lo que es necesario aludir a la noción de «comunicación», y así puede definirse tal como hace JAVIER JIMÉNEZ CAMPO³ como *todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas y a través de cualquier medio técnico*.

Aunque de la citada definición se desprende que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones se inicia cuando comienza la comunicación, hay que decir que la norma constitucional presupone que, lo que podría denominarse «libertad para la comunicación personal», existe y por tanto, no requiere de garantía expresa. Sin embargo, en situaciones de *sujeción especial*, esa libertad para establecer la comunicación puede no existir o estar limitada, y, en tal caso, esa libertad es objeto de examen a la luz del derecho fundamental que estamos contemplando, y por ello en la situación del *detenido o preso* los actos de la Administración penitenciaria que apliquen arbitrariamente las normas reguladoras del régimen de comunicaciones podrán considerarse lesivos del derecho reconocido en el artículo 18.⁴

Por otra parte, el concepto de «secreto de las comunicaciones» según el Tribunal Constitucional (TC) «tiene un carácter “formal”, en el

¹ Podemos destacar el artículo 12 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, el artículo 17 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) de 19 de diciembre de 1966, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 o el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en el mes de diciembre de 2000 disposiciones todas aplicables en nuestro país de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 de la CE

² Disposiciones varias recogen o desarrollan dicho precepto constitucional, pudiéndose citar, entre otras muchas, artículos 198 a 201, 535 y 536 del Código Penal; artículos 579 y siguientes de la LECrim; así como otras normas de carácter administrativo, laboral o civil, artículos 4.2.e), 8.3.a) 4 y 18 del Estatuto de los Trabajadores, artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de Protección del derecho al honor, entre otros.)

³ Revista Española de Derecho Constitucional Año 7. Núm. 20. Mayo-Agosto 1987

⁴ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 21 de febrero de 1975 (caso Golder): «Un obstáculo en la posibilidad misma de iniciar correspondencia representa la forma más radical de “interferencia” (art. 8.2 de la Convención) en el ejercicio del “derecho al respeto de la correspondencia”. No es admisible considerar que tal obstáculo esté fuera del campo de aplicación del artículo 8 cuando no se discute que un simple control entra de lleno en dicho campo.»

sentido de que se predica de lo comunicado sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado.» (Sentencia 114/1984) Así el secreto que afirma el artículo 18.3 *se predica de la comunicación y no*, con independencia de ésta, *de lo comunicado*, lo que sirve para dar respuesta al problema que puede presentarse en el supuesto en el que sea uno de los partícipes en la comunicación quien revele a tercero el contenido de la misma⁵.

Además, dado que, como ya hemos dicho, lo protegido por el secreto es la comunicación, *aquellos aspectos del proceso de comunicación que, por las características del medio empleado, no sean notorios a terceros quedan también incluidos en el ámbito del derecho subjetivo*, constituyendo lesión del mismo su eventual desvelamiento. Ocurre así con las operaciones tendentes a identificar la personalidad del destinatario de la llamada efectuada desde un determinado aparato telefónico a través de un instrumento (comptage, pen register) que, conectado a una línea telefónica, registra todos los números marcados sobre el aparato así intervenido. En la citada Sentencia 114/1984, el TC, haciendo suya la doctrina expuesta en el caso Malone por el TEDH, declaró que *«el concepto de “secreto” que aparece en el artículo 18.3 no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales»*.

Hay que tener también en cuenta, que el secreto de la comunicación puede coexistir con *otros tipos de secreto jurídicamente garantizados*, supuesto éste en el que la resolución judicial prevista en el artículo 18.3 puede no bastar para acceder al conocimiento de una comunicación. Así *el secreto profesional de los abogados* y las comunicaciones con éstos de sus clientes no podrá resultar afectado por dicha resolución judicial ya que este tipo de secreto profesional está al servicio del derecho a la defensa (art. 24.2 de la Constitución).

La Ley Orgánica. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante LGP) establece en su art. 51 como regla general la libertad de comunicación de los internos, y aunque las comunicaciones pueden ser suspendidas ó intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, esto no es de aplicación a las comunicaciones con

⁵ STC 114/1984 *«quien graba una conversación de otros, atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado»*,

el abogado defensor o con el procurador del interno, excepto en el «supuesto de terrorismo»⁶. Aunque la decisión por la que se adopta la interceptación de la comunicación se realiza por autoridad distinta de la judicial, lo que evidencia que estamos fuera del contenido normal del derecho del 18.3, ello no habrá de impedir, como ya se ha apuntado, que se consideren infracciones del citado derecho fundamental, las medidas que menoscaban ilegítimamente, el régimen de comunicaciones de los internos, pues, así ha de entenderse la ya reiterada jurisprudencia del TEDH (caso Campbell y Fell, sentencia de 28 de junio de 1984), de acuerdo con la cual el régimen excepcional de los internados en establecimientos penitenciarios no permite descartar la confrontación judicial de las medidas que afecten a sus comunicaciones con el parámetro del artículo 8 del Convenio⁷.

El Reglamento Penitenciario regula el régimen de las comunicaciones telefónicas y con el abogado en los artículos 47 y 48 respectivamente, y el Real Decreto 1396/1992 de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares regula el régimen de las comunicaciones en el artículo 19⁸.

Por último, en relación con quienes son titulares del derecho fundamental que estamos analizando, la STS de 20 de febrero de 1995 *dice que*

⁶ En las *Líneas directrices sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo* adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de julio de 2002 en su artículo XI prescribe que: «Los imperativos de la lucha antiterrorista pueden exigir que el trato de una persona privada de libertad por actividades terroristas sea objeto de mayores restricciones que las que afectan a otros presos en lo referente concretamente a: (I) la reglamentación de las comunicaciones y la vigilancia de la correspondencia, incluso entre el abogado y su cliente;

⁷ La Sentencia del Tribunal Constitucional 193/2002, de 28 de octubre establece, las líneas básicas de nuestra doctrina acerca del derecho al secreto de las comunicaciones de los ciudadanos reclusos en un centro penitenciario y los requisitos que deben cumplir las medidas de intervención de aquéllas.

⁸ «Las comunicaciones orales, especiales, escritas y telefónicas, así como las que puedan mantener los *internos con abogados, procuradores, autoridades y profesionales y la recepción o envío de paquetes y encargos se regirán por lo establecido en el Reglamento Penitenciario Común. común, teniendo en cuenta las siguientes normas específicas y en los n.º 3 y 4 establece;*

3.ª Se autorizarán las llamadas telefónicas desde el exterior cuando procedan del cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad y familiares de primer grado, (como puede observarse no se incluye las que pueda hacerse al Abogado defensor) En los demás casos corresponderá discrecionalmente al Director la concesión de la autorización pertinente. El Director podrá señalar, asimismo, la duración y límites de las comunicaciones telefónicas.

4.ª Las comunicaciones con abogados, procuradores y otros profesionales podrán ser suspendidas o interrumpidas cuando lo exija una situación extraordinaria de seguridad del establecimiento.

son titulares las personas físicas y las jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad. En el caso de las personas jurídico-públicas el TC ha rechazado dicha titularidad.

B) LA SUSPENSIÓN DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

El artículo 55.1 CE. contempla la posibilidad de suspensión del derecho previsto por el artículo 18.3 CE en caso de que se declare el *estado de excepción o el de sitio*, regulados en la Ley 4/1981, de 1 de junio. Así, cuando la autorización del Congreso contemple la suspensión del secreto de las comunicaciones *se permitirá a la Autoridad gubernativa la interceptación de toda clase de comunicaciones*, ya sean postales, telegráficas o telefónicas: *cuando resulte necesario para el esclarecimiento de los hechos delictivos o el mantenimiento del orden público; y debiendo ser comunicada inmediatamente y por escrito motivado al juez competente.*

Además el artículo 55. CE en su apartado segundo dispone que *«Una ley orgánica determinará la manera y los casos en que, de forma individual y con necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, entre otros derechos fundamentales reconocidos en los artículos...y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas»*⁹.

Aprobada la CE se dictó la LO 11/1980, de 1 diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, la LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, hasta que las Leyes Orgánicas 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal y 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal derogan la legislación especial antiterrorista, integrándola en los Códigos ordinarios¹⁰.

⁹ En un primer momento, tras la CE la observación de las comunicaciones podía ordenarse por el Ministro del Interior por un plazo de tres meses, prorrogables por iguales períodos, sin condiciones, dando cuenta inmediata al juez. Posteriormente, se exigió el requisito de la urgencia y podía ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente. (Art. 5 LO 11/1980 y 17 LO 9/1984).

¹⁰ La LO 4/1988, es la que desarrolla en la actualidad el Art. 55.2 CE (Disposición Adicional)

El número 4 del artículo 579 establece que «*en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes*¹¹ *la medida prevista en el número 3 de este artículo [la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos] podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado*¹², *comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quién, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación*» (art. 579.4 *Ley de Enjuiciamiento Criminal*)^{13,14}.

¹¹ La STC 199/187 dice: «El concepto de “bandas armadas” ha de ser interpretado así restrictivamente.» En esta misma línea la jurisprudencia penal hace referencia no sólo a la nota de permanencia y estabilidad del grupo, y a su carácter armado sino también a su entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, que suponga así también un ataque al conjunto de la sociedad democrática.

¹² Actualmente el Secretario de Estado de Seguridad, de acuerdo con el Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

¹³ La sentencia del Tribunal Constitucional 199/187, de 16 de diciembre (Ponente: D. MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER) fue dictada en relación con los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Parlamento de Cataluña y el Parlamento del País Vasco frente a la LO 9/1984, de 26-12-1984, entiende la constitucionalidad del artículo 579,4 LECrim. dado que la L.O. 4/1988, es heredera de la L.O. 9/1984. Se defendía la inconstitucionalidad de los arts. 16 y 17.2 de la Ley Orgánica 9/1984 por violación del art. 55.2 de la Constitución, pues una interpretación sistemática de este artículo llevaba a la conclusión de que el control judicial del ejercicio por parte de la autoridad gubernativa de las potestades que la Ley recurrida le atribuía habría de ser previo y preventivo, y no meramente reparador, no bastando por ello el mero conocimiento a posteriori. En el F.J. 8 se dice «. Nos encontramos en un supuesto característico de aplicación del llamado «principio de concordancia práctica» que impone tratar de hacer compatible la suspensión de los derechos y la intervención judicial. Quiere ello decir que el respeto a la fuerza normativa de la Constitución exigirá mantener toda la eficacia posible de la intervención judicial que fuera compatible con la voluntad, también de la Constitución, de posibilitar una suspensión singular de estos derechos, teniendo en cuenta, además, que la finalidad del precepto es hacer posible esa suspensión, imponiendo, complementariamente y como garantía de esa suspensión, una intervención judicial que ha de hacerse en todo caso compatible con aquélla. Ello supone que en último extremo, pero sólo en último extremo, la «necesaria intervención judicial», debe modalizarse para asegurar la posibilidad de la suspensión».

¹⁴ VIRGALA PORURIA, E. «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español» pag 112:» En este sentido, parece más correcta la expresión «*inmediatamente*» del art. 579.4 LECr actual que la de «*puntualmente* «del art. 17.3 de la LO 9/1984».

Hay ciertos autores (RODRÍGUEZ DEVESA o SERRANO, entre otros) que consideran el citado precepto «*letra muerta*»^{15,16}.

3. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

Una primera cuestión a tratar es que la LECrim en el apartado segundo, se refiere a «interceptación de las comunicaciones telefónicas», mientras que en el tercero utiliza la expresión «observación de las comunicaciones telefónicas», por lo que se plantea la cuestión si la LECrim. se está refiriendo a lo mismo o a cuestiones distintas. El devenir de la jurisprudencia ha sido confuso, porque, si bien algunas admiten la distinción entre intervención y observación en el sentido de diferenciar que no toda injerencia en el secreto de las comunicaciones, significa siempre tener conocimiento de la conversación y grabarla, otras, utilizan planteamientos puramente gramaticales, esto es, que con dicha distinción el legislador pretendía de evitar antitéticas repeticiones.

En lo que se refiere a la definición de intervención telefónica, para GIMENO SENDRÁ¹⁷ es *todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones*¹⁸, por el que el juez de

¹⁵ RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ: «Derecho Penal. Parte Especial», Madrid, 1995, págs. 802 y 803, estiman que «El referido precepto de la LECrim hay que considerarlo letra muerta, por ir en contra de lo dispuesto en el art. 18.3 CE, pese a los establecido en el art. 55.2 del texto constitucional. La intervención de las autoridades gubernativas, en caso de urgencia, ordenando la observación telefónica, presupone una valoración previa legal del contenido de la ley sobre actuación de bandas armadas y elementos terroristas.» También ASENCIO MELLADO en «Prueba prohibida prueba preconstituida»,

¹⁶ En España, tras la desarticulación de la cédula islamista que pretendía atentar contra la Audiencia Nacional, el Ministerio de Interior activó el Plan especial de seguridad para combatir el terrorismo de origen islámico. En ese plan en aplicación del artículo 75 del Reglamento Penitenciario, se ha decidido imponerles el régimen de aislamiento, la restricción de sus movimientos, el control de sus comunicaciones y la prohibición de mantener el contacto con otros reclusos. Las medidas son el resultado de la constatación de que el atentado previsto por un grupo islamista contra la Audiencia Nacional se gestó a partir de los contactos entre varios de sus componentes en las cárceles españolas, en especial en la de Topas (Salamanca).

¹⁷ GIMENO SENDRA, V.: «Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Supremo». La Ley. Madrid, 1996-2, pág. 1618.

¹⁸ STS 8 de febrero de 1999: «El ámbito de protección de este medio de comunicación no tiene limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse. No sólo la primitiva telefonía por hilos, sino también las modernas formas de interconexión por satélite o cualquier otra señal de comunicación a través de las ondas –escáner u otro artificio técnico adecuado– se encuentra bajo la tutela judicial».

instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal, decide, mediante auto especialmente motivado, que, por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y dilucidar la participación del autor.

En la evolución normativa y jurisprudencial de las escuchas telefónicas vamos a distinguir, en orden a la exposición, tres momentos: en primer lugar, hasta la reforma de la LECrim. de 1988, en que la práctica de las intervenciones telefónicas se producían sin base legal alguna. Tras la reforma de la Ley Orgánica 4/1988 en que las intervenciones si tienen cobertura legal Finalmente, la situación actual, en que se practican intervenciones telefónicas con base legal y, sobre todo, jurisprudencial.

3.1. LA SITUACIÓN ANTERIOR A 1988

La posibilidad de que se practicaran intervenciones telefónicas estaba prevista en artículo 55.2 CE sin embargo la LECrim. carecía de norma alguna que regulase las mismas. No obstante este tipo de interceptaciones se venían practicando, al ser uno de los recursos más frecuentes para aportar medios probatorios.

En relación con esta cuestión hay que decir que la CE contiene dos tipos de preceptos: los que podrían llamarse *completos o autosuficientes*, que no requieren operaciones de concreción normativa por parte de los poderes públicos y los que podrían denominarse *incompletos o dependientes*, que necesitan una operación de concreción normativa posterior. La aplicabilidad directa de los derechos y libertades fundamentales ha estado presente entre nuestros autores y en la jurisprudencia constitucional «*lo que supone que para la efectividad de los mismos no existe la necesidad de mediación del legislador ordinario*» (80/1982, FJ 1). Sin embargo el artículo 18,3 CE no era por si sólo suficiente para conferir al juez el poder de autorizar el levantamiento de las comunicaciones, ya que, en palabras de GONZÁLEZ GUITIÁN, «*la exigencia de autorización judicial no puede considerarse salvaguarda suficiente de la intimidad mientras suponga, como supone hoy, un mero trámite burocrático o en todo caso, un cheque en blanco*»¹⁹.

¹⁹ GONZÁLEZ GUITIÁN «Las escuchas clandestinas realizadas por funcionarios públicos», Comentarios a la Legislación penal, EDESA, 1986, tomo VII, pag. 131

Ante la falta de norma expresa, la doctrina, se encontraba dividido entre los partidarios del razonamiento analógico y del argumento contrario²⁰, planteándose así un dilema que no es una novedad en referencia a otras experiencias extranjeras²¹. La posibilidad de interpretación analógica se planteaba en relación por un lado con la previsión en la Ley procesal de la detención de apertura de la correspondencia²² y, por otra, de los artículos 192 bis (tipificaba la interceptación de las comunicaciones telefónicas sin autorización judicial) y 497 bis (del descubrimiento y revelación de secretos) del antiguo Código Penal de 1973²³.

El TS en STS de 5 de febrero de 1988 entendió que los artículos 192 bis y 497 bis y la Ley 9/1984 de 26 de diciembre, relativa a bandas armadas y elementos terroristas, eran suficientes para establecer unos cauces procedimentales a los que poder atenerse el juez a la hora de decretar la interceptación de las comunicaciones telefónicas²⁴. Sin embargo tanto, el

²⁰ El antiguo artículo 579 dedicado a la «Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas» disponía: «*Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere, y su apertura y examen si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.*»

²¹ Así, mientras que en ordenamientos, como el italiano, el alemán o el norteamericano, en donde las interceptaciones telefónicas estaban expresamente reguladas, tampoco en el Derecho francés existía una disciplina específica en ese punto y el debate doctrinal y jurisprudencial hubo de centrarse en el alcance a dar a la disposición procesal (art. 81.1 del Código de Procedimiento Penal) que habilitaba al instructor para adoptar «*todos los actos de información que considere útiles, para la obtención de la verdad.*»

²² En contra del recurso a la integración analógica y afirmando, la falta de cobertura legal para la «escucha» telefónica en nuestro país, entre otros, JOSÉ A. DE VEGA RUIZ, «La escucha telefónica en España», en *La Ley*, núm. 881, pp. 1-2 (1984); una opinión semejante se recoge, como «*estudio doctrinal*», en la Memoria elevada al Gobierno de S. M. en la solemne apertura de los Tribunales por el Fiscal General del Estado, Madrid, 1984, pp. 326 y ss. A favor de una asimilación al régimen legal de la detención y apertura de la correspondencia de la interceptación de la comunicación telefónica, Luis M. FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1983, p. 206 así como JAVIER BARCELONA LLOP, en «Escuchas telefónicas y acción de policía de seguridad», en *Revista de Administración Pública*, 112, 1987, p. 97.

²³ NARVAEZ RODRIGUEZ, Antonio, «Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal» en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 1, 1995, Pág. 135. «*los artículos del Código Penal introducidos por la Ley de 1984, únicamente tipifican determinadas y el requisito de la autorización judicial no es más que un presupuesto del tipo de uno de ellos, pero no establecen, como era de prever, le existencia de una regulación del procedimiento que habilite los supuestos en que puede concederse esa autorización judicial y las condiciones para su concesión.*»

²⁴ «*Las relaciones de medios probatorios de las leyes de procedimiento no tienen el carácter de exhaustivas, en cuanto configuran una ordenación acorde con el momento en que se promulgan. Las innovaciones tecnológicas (...) pueden y deben incorporarse al acervo jurídico procesal en la medida en que son expresiones de una realidad social que el derecho no puede desconocer.*»

TEDH en el *Caso Valenzuela Contreras contra España* como el TC en sentencia 49/1999, consideran que el art. 18,3 CE sin posterior desarrollo es insuficiente para decretar intervenciones telefónicas.

Caso Valenzuela Contreras contra España

Los hechos, en los que trae su causa esta sentencia, se remontan a 1985. Cosme Valenzuela Contreras al que se condena por un delito de amenazas e injurias graves con base en unas intervenciones telefónicas, tras agotar los recursos internos interpone una demanda ante el Comité Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El TEDH para determinar si estamos en presencia de una injerencia prevista por la Ley, estimaba que hay que referirse no sólo a la existencia de una legislación estatal, sino también a que ésta sea de suficiente calidad. La *calidad de la Ley* supone que el Derecho interno debe ofrecer cierta protección contra los eventuales atentados arbitrarios de los poderes públicos contra los derechos del Convenio²⁵. De ahí que la Ley deba ser accesible y previsible: la *accesibilidad de la ley* se concreta en la posibilidad de que la persona pueda prever las eventuales consecuencias que de ella pueden deducirse²⁶ y «*la exigencia de previsibilidad implica que el Derecho interno debe usar términos bastante claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones permite a los poderes públicos adoptar tales medidas*»^{27,28,29}.

Estas ideas, aplicadas al secreto de las comunicaciones, se concretan en algunos contenidos que son necesarios en toda legislación estatal, para

²⁵ STEDH caso Malone, de 2 de agosto de 1984.

²⁶ Sentencias Kruslin, de 24 de abril de 1990 y Kopp, de 25 de marzo de 1998.

²⁷ Recuerda lo señalado en las Sentencias Malone; Kruslin; Halford, 25 de junio de 1997, Kopp: *la exigencia de reglas claras y detalladas en la materia parece indispensable porque los procesos técnicos no cesan de perfeccionarse*.

²⁸ De lo anterior se deduce que no sería imprescindible modificar la la LECrim para respetar el derecho al respeto de las comunicaciones recogido en el artículo 8 CEDH, ya que el TEDH maneja una noción laxa de Ley, en la que puede incluirse también la doctrina jurisprudencial existente en una materia dada, y desde esta perspectiva es claro que a partir del Auto del TS dictado en el caso Naseiro, las exigencias de la jurisdicción europea son respetadas por el Derecho español. Pero el TEDH se pronuncia así porque en los ordenamientos jurídicos pertenecientes al common law, la jurisprudencia es fuente de derecho, y en países como el Reino Unido la injerencia es lícita si la doctrina jurisprudencial lo prevé.

²⁹ El artículo 1,1 del Código Civil establece como fuentes del ordenamiento jurídico español la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. mientras que el nº 6 dice que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico

conjurar posibles abusos por parte de las autoridades públicas como son: *la definición de las categorías de las personas susceptibles de ser sometidas a una intervención judicial de sus comunicaciones; la naturaleza de las infracciones que puedan dar lugar a ello; la fijación de un límite temporal para la ejecución de la diligencia; las condiciones del establecimiento de procesos verbales de síntesis que consignen las conversaciones intervenidas; las precauciones exigibles para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas, para su posible inspección por el Juez y por la defensa, y las circunstancias en las que puede o debe operarse el borrado o la destrucción de las citadas grabaciones, especialmente después de que la acusación ha sido retirada o se ha absuelto al acusado.*

El Tribunal de Estrasburgo estimaba que, a pesar de que hay en España una base legal en materia del secreto de las comunicaciones que es accesible, *no respeta el principio de previsibilidad de la Ley*. Esto suponía que la legislación española no presentaba, en esta materia, una mínima calidad, al obviar casi todos los contenidos a los que se acaba de hacer referencia.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1999, de 9 de abril

Esta sentencia tiene su origen en una serie de recursos de amparo que cuestionan la legitimidad constitucional de un conjunto de actuaciones policiales y procesales por la presunta vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

La argumentación del TC que presenta mayor interés en relación con la cuestión que estamos analizando, es el que se refiere a la *posición del legislador en relación con los derechos fundamentales*, concretamente, si el legislador puede vulnerar un derecho fundamental. En este sentido dice que *«La reserva de ley no es una mera forma; sino que implica exigencias respecto al contenido de la Ley»*. Aunque las mismas pueden variar en función del concreto ámbito material que regulan, puede afirmarse, ya en relación con la intimidad, que solamente puede verse judicialmente afectada con apoyo en una inexcusable previsión legislativa, que debe expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención. Valiéndose de estas afirmaciones, y también de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo al amparo del artículo 10.2 CE³⁰, el TC reconoce que el ordenamiento jurídico no respeta el artículo 18.3 CE.

³⁰ El TC entiende que el artículo 18.3 debe interpretarse conforme a la doctrina del TEDH porque *«remite a los mismos fundamentos» que el estudio del Derecho constitucional español en la materia»*.

Sin embargo, mientras que el TEDH, una vez que considera vulnerado el derecho al respeto de las comunicaciones porque la ley interna no era previsible, no examina las restantes alegaciones del recurrente, el TC, afirma, que, si bien es cierto que la insuficiencia de la ley provoca una vulneración del artículo 18.3 CE, autónoma e independiente de cualquier otra, *«no implica por sí misma, necesariamente, la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales que autorizaron la intervención»*³¹.

3.2. SITUACIÓN TRAS LA REFORMA DE LA L.O. 4/1988, DE 25 DE MARZO

Esta Ley Orgánica fue que la que dotó a las intervenciones telefónicas de cobertura legal y así en el artículo 579 wstablece: *«1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. 4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por*

³¹ *«Si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas».*

escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación»³².

Sobre este artículo también se pronunció el TEDH en la STEDH de 18 de febrero de 2003:

Caso Prado Bugallo contra España

En el marco de una investigación judicial por tráfico de estupefacientes, el Juez ordenó, entre septiembre de 1990 y enero de 1991, de conformidad con el artículo 579.3 de la LECrim, se intervinieron las líneas telefónicas pertenecientes a varias personas sospechosas de pertenecer a una organización de tráfico de cocaína. Tras ser rechazados los recursos internos³³, José Ramón Prado Bugallo interpuso una demanda individual ante el TEDH, el cual por unanimidad, determina que se violó el artículo 8 CEDH.

³² En lo que se refiere a la Ley Procesal Militar el **Artículo 188**. «*Podrá el Juez Togado acordar, mediante auto y previa audiencia del Fiscal Jurídico Militar, la intervención de las comunicaciones telefónicas o radiofónicas del procesado y la grabación de sus actividades, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. El auto determinará con precisión la modalidad o la forma de la intervención. Para la práctica de estas diligencias se dirigirá mandamiento a quien haya de efectuarlas y, con el fin de garantizar la autenticidad y el secreto de la grabación o filmación, se adoptarán las medidas procedentes para su revelado y constancia, cumpliéndose para su conservación lo dispuesto para la correspondencia en lo que sea aplicable*» y el **Artículo 189** «*Las grabaciones o filmaciones serán entregadas inmediatamente al Juez que hubiere acordado la intervención, quien para la audición o visión estará a lo dispuesto para la lectura de la correspondencia*».

³³ LÓPEZ GARRIDO, «Comentarios a la STEDH de 18 de febrero de 2003. Caso Prado Bugallo contra España». Actualidad jurídica. Aranzadi. Año XII, nº 55: «*Las escuchas en el caso Prado Bugallo estaban regidas ya por la nueva versión de la LECrim pero todavía no se había producido la más relevante y minuciosa interpretación complementaria que llevaría a cabo el TS. Ni la Audiencia Nacional, ni la Sala de lo Penal del TS al resolver en casación, ocultarían sus reticencias en relación con la regulación vigente, aunque darían por buena la ejecución de las escuchas y, obviamente, el resultado del proceso*». En la casación se había alegado el atentado contra el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), pero también, desde la óptica del artículo 24, se argüía la infracción de la presunción de inocencia así como de la utilización de los medios de prueba. Argumentos todos ellos que fueron rechazados. Destacar que las tres sentencias –de la Audiencia Nacional, del TS y del TC–, por mas que las dos primeras albergaran ciertas reticencias para con la regulación, se cuidan de destacar que las escuchas se hicieron con las debidas garantías y precauciones: supervisión judicial permanente, motivación, indicación del número de los teléfonos y de los titulares, precisión de los delitos imputables, etc., en una descripción bastante minuciosa (pp. 20, 22 y 23).»

El TEDH concluye que, no obstante los notables progresos aportados por la ley de 1988, persisten importantes lagunas en el momento en que se realizan las intervenciones telefónicas. El artículo 579 de la LECrim. tan sólo delimita: la forma que debe adoptar la resolución de intervenir las líneas; el plazo y los motivos de la prórroga de la intervención; el objeto de la medida: descubrimiento o verificación de un hecho o circunstancia importante para el asunto y las las personas susceptibles de intervención. *A sensu contrario* la ley no establece: la naturaleza de las infracciones que pueden dar a las escuchas; un límite a la duración de la medida; las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones intervenidas, las precauciones que hay que tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas para su control eventual por el Juez y la defensa.

El TEDH consideró que se ha producido la violación del artículo 8 CEDH³⁴, porque a pesar de que la jurisprudencia nacional puede llenar los requisitos de exigidos por la necesidad de una ley formal, no ocurre lo mismo con respecto de los que se derivan del contenido material de la ley, es decir, de lo que el Tribunal ha denominado «*calidad de la ley*».

3.3. LA SITUACIÓN ACTUAL

La STC 184/2003, de 23 de octubre establece que, aun admitiendo que el artículo 579 LECrim no recoge todas las previsiones que exige el TEDH para considerar la medida conforme al art. 18,3 CE y 8 CEDH³⁵, sin embar-

³⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, ob. cit. «*El problema estriba en que las mencionadas innovaciones-aclaraciones son posteriores a los hechos, con el resultado indudable de que no podían orientar la conducta de los ciudadanos, tal y como dice la sentencia: «Como el Delegado de la Comisión, el Tribunal constata a pesar de todo que esta evolución ha tenido lugar más tarde que el auto decretando la intervención de las escuchas en la línea telefónica del demandante»En efecto, en aquel momento, aparte del importante art. 18.2 CE, que no puede ir más allá de donde llega, solo cabía echar mano de los preceptos de la vieja LECrim referentes, como se recordó, a la «detención de la correspondencia postal y telegráfica», los artículos 579 y siguientes. ¿Era esto suficiente? Los dos órganos de Estrasburgo que intervinieron en el asunto, tanto la Comisión como el Tribunal, fueron del parecer inequívoco de que España no estuvo a la altura de las circunstancias e incumplió sus obligaciones derivadas del Convenio (la Comisión por once votos contra seis y el Tribunal por unanimidad).»*

³⁵ «*Hemos reconocido las insuficiencias de que adolece la regulación contenida en el art. 579 LECrim a la luz de las exigencias del art. 18.3 CE, interpretado conforme al art. 8 CEDH y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (..)sin embargo, no se resolvería adecuadamente a través del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre el art.579LECrin(..)en la medida en que la reparación de la eventual inconstitucionalidad solo podría alcanzarse supliendo las insuficiencias de las*

go opina que el problema no se resolvería con una cuestión de inconstitucionalidad. Concluye que hasta que el legislador regule la materia que nos ocupa, son los tribunales los que deben unificar y consolidar su doctrina en materia de intervenciones telefónicas³⁶. En el mismo sentido se pronuncia el T.S en STS 864/2005, de 2005 *«este Tribunal considera que la actual regulación junto con la práctica judicial de las intervenciones telefónicas en España colma las exigencias del Convenio y la doctrina del TEDH, al menos en lo relativo a las circunstancias que concurren en el presente caso. Así pues, es admisible que la Ley regule el contenido esencial y el resto sea complementado, siempre con carácter garantizador, por la Jurisprudencia(..) el sistema debe enjuiciarse en su conjunto. (..). Cuando el sistema en su conjunto (Ley esencial + jurisprudencia exigente y garantizadora) cumple con los parámetros del Convenio y la doctrina del TEDH, no cabe afirmar que una escucha que cumple con dichos parámetros no sea válida (..) cuando el Juez además de la regulación legal ha tenido en cuenta y cumplido el resto de las exigencias que la Jurisprudencia impone, entonces la injerencia judicial será lícita y válida, pues, cumple con los referidos parámetros establecidos en el CEDH»*.

De lo anterior se desprende, que el art. 579 y la jurisprudencia son la fuente habilitadora de las escuchas telefónicas hasta que se reforme la LECrim³⁷. *«Esta Sala (..) ha reclamado una completa regulación legal de la*

que trae causa y no mediante la declaración de inconstitucionalidad y, en su caso, nulidad de un precepto que no es contrario a la Constitución por lo que dice, sino por lo que deja de decir(..)El ejercicio por este Tribunal de su tarea depuradora de normas contrarias a la Constitución culminaría, en su caso, con una declaración de inconstitucionalidad por defecto de la disposición legal –art. 579 LECrim– que agravaría el defecto mismo –la falta de certeza y seguridad jurídicas al producir un vacío mayor»

³⁶ NICOLÁS GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *«La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas parciales»* dice lo siguiente: *«Pese a la condena a España por parte del TEDH y a la constatación por el TC de la evidencia de que el artículo 579 no respeta las exigencias derivadas del principio de legalidad, el Alto Tribunal ha decidido no plantearse su inconstitucionalidad(..) Es lamentable que la desidia del legislador en relación con la relevante cuestión de por qué, cuándo, cómo, y para qué pueden interceptarse las comunicaciones de todo tipo de los ciudadanos haya propiciado la elaboración por el TC de un discurso práctico que convierte en absolutamente irrelevante una garantía esencial del Estado de Derecho:: la legalidad. Lo más grave es que el TC ha ignorado que se trata de un presupuesto necesario que no cabe obviar so pretexto de la proporcionalidad de la intromisión en el caso concreto, salvo que se adjudique a este último principio una función pervertida, inversa a la que le corresponde como instrumento de protección de los derechos fundamentales, y constitutiva de caldo de cultivo para el surgimiento de todo tipo de arbitrariedades. En definitiva, nos encontramos una evolución de la jurisprudencia constitucional relativa al papel del principio de proporcionalidad poco garantista.»*

³⁷ *«Ahora bien, una vez que la Ley ha regulado las cuestiones que constituyen la esencia de la medida, es posible que el resto sea elaborado jurisprudencialmente siempre y cuando este complemento sea claramente de carácter garantizador»*.

injerencia telefónica, al tiempo que destaca que la insuficiencia legal del art. 579 de la Ley procesal requiere una complementación jurisprudencial para acomodar el contenido de la injerencia a las exigencias del CEDH a la jurisprudencia del TDEH y al contenido esencial del derecho constitucional. (...), el sistema español de las escuchas telefónicas, considerado en su conjunto –esto es, Ley más las exigencias jurisprudenciales– cumple sin duda con los parámetros del CEDH y con la doctrina del TEDH.»

Esta postura es razonable dado que, como ya se ha analizado, el TEDH ni exige que sea una ley la que regula la injerencia en el secreto de las comunicaciones telefónicas, ni ha excluido a la jurisprudencia a efectos de cumplir el requisito de calidad de la ley³⁸. En relación con esta cuestión, el TEDH en el caso Valenzuela encuentra en el ordenamiento español una regla precisa a la que en su opinión deben sujetarse los operadores españoles y que es el Auto del TS de 18-6-1992 (caso Naseiro). Los parámetros que el citado ATS proscribía son: no exteriorización de indicios y falta de motivación efectiva; ausencia y periodicidad de control, del control; la disociación entre autorización e investigación; entregas de copias, no de originales; constatación de la proporcionalidad, determinación de la medida y sus límites entregas de copias, no de originales, constatación de la proporcionalidad, y determinación de la medida y sus límites.

4. EL *MODUS OPERANDI* DE LAS INTERVENCIONES EN EL PROCESO PENAL

De lo aportado por la doctrina jurisprudencial del TS³⁹, y del TEDH⁴⁰ podemos determinar cuales son los *principios que deben regir la observación de las comunicaciones telefónicas*.

³⁸ Vease nota 28

³⁹ La doctrina legal esencial puede ceñirse, entre otras, a las siguientes resoluciones (aunque algunas deben ser examinadas muy de cerca en relación con el caso concreto). Así, resultan del mayor interés, las SSTC 85/1994 –ff. jj. 2, 3 y 4–, 86/1995 –f j 3–, 49 –f j 3– y 54/1996 –f j 8–, 299/2000 –f j 4–; SSTS 5-2-1988, 7-6-2002 y el fundamental, como ya se ha señalado, ATS 18-6-1992 –Caso Naseiro–, 25-6-1993, 25-3, 18-4, 9, 20-5, 12-9 y 23-12-1994, 10-1 y 3-6 y 7-7-1995, 10-1, 22-7 y 20-12-1996, 18-4 y 7-11-1997 –subasteros de Madrid–, 19 y 20 y 22-1-1998.

⁴⁰ Podemos destacar casos Malone, Kruslin y Huvig, Masson y van Zon (STEDH 28-9-1995), Leutscher (STEDH 26-3-1996), Halford (STEDH 25-6-1997), COP. Valenzuela, Coban (ATEDH 25-9-2006).

1. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

En nuestro ordenamiento la intervención en el secreto de las comunicaciones ha de responder siempre, y sin más excepción, que el artículo 55 CE, a una decisión judicial.

1.1. Necesidad de motivación

En nuestro Derecho constitucional histórico (Constituciones de 1869, 1876 y 1931) las normas protectoras de la «*inviolabilidad de la correspondencia*» reclamaron, como condición para su afectación, el que la resolución del juez fuese motivada, exigencia esta ausente hoy en el artículo 18.3. En el curso de la elaboración y discusión de la actual Constitución no faltaron enmiendas tendentes a introducir en el texto esta específica cautela⁴¹. En relación con esta cuestión la jurisprudencia del TC es inequívoca: «*toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado*» (Sentencia 62/1982, de 15 de octubre)⁴².

En nuestro vigente Derecho procesal penal se ha de realizar la interceptación mediante *auto*, que es una resolución motivada (art. 141 de la LECrim). Según la STS de 12 de abril de 1997, el *contenido de la decisión judicial que autoriza la invasión del secreto de las comunicaciones* es el siguiente: «a) una resolución judicial autorizando la interceptación de las conversaciones telefónicas; b) que la resolución judicial, que adoptará la forma de auto, esté suficientemente motivada en atención a las circunstancias del caso concreto; c) que se señale el tiempo por el que se autoriza la intervención; d) que se designen los funcionarios de la Policía Judicial a los que se encomienda la práctica de las escuchas⁴³; e) que se señale un plazo

⁴¹ Enmiendas al anteproyecto de Constitución números 116 (Minoría Catalana), 339 (Grupo Socialista), 470 (Grupo Mixto) y 695 (Grupo Comunista), presentadas todas ellas ante la Comisión del Congreso de los Diputados

⁴² En el mismo sentido el Tribunal Supremo así la STS 13 de abril de 2005 «*Es decir, ni la solicitud de autorización de un control de conversaciones telefónicas ni, obviamente, el auto judicial que decidiera establecerlo pueden operar mediante una argumentación tautológica o circular; o lo que es lo mismo, teniendo por todo apoyo la afirmación insuficientemente fundada de la supuesta existencia del delito que se trataría de investigar(..) el deber de motivación, particularmente intenso en supuestos de esta clase, desplaza la carga de la prueba de la corrección del modus operandi sobre el juez, como obligado a justificar y a justificarse.*»

⁴³ Véase la STS de 24 de enero de 2005

en el cual se deba dar cuenta de la marcha de las investigaciones realizadas a través de la línea telefónica; f) que las cintas originales, empleadas para la transcripción, se entreguen en el juzgado; g) que por el fedatario público se realice la transcripción literal, para lo que deberá convocar a las partes personadas por si quieren asistir la transcripción y hacer las observaciones pertinentes, y h) que las cintas originales se conserven a disposición de la Sala sentenciadora por si se requiere su audición en las sesiones del juicio oral».

Las sentencias del TC anteriormente citadas, añaden que en la parte dispositiva de la resolución judicial se han de observar los *requisitos subjetivos*, como el destinatario de la medida, y objetivos como el número de teléfono, el delito objeto de investigación y finalidad de la misma.

Por último la motivación de la resolución judicial, es imprescindible que refleje *el juicio de proporcionalidad*. El juez se sitúa en la posición de árbitro ante dos derechos fundamentales y constitucionalmente protegidos, realizando de forma individualizada, conforme a sus concretas y particulares circunstancias y, caso por caso, el necesario e imprescindible juicio de proporcionalidad, que el TEDH asienta en la satisfacción de una necesidad imperiosa y proporcionada a la finalidad legítima perseguida⁴⁴.

1.2. La notificación al interesado

Los actos del poder público que afecten a derechos subjetivos de los ciudadanos han de comunicarse a éstos produciéndose, de lo contrario, indefensión. Sin embargo, para el caso de la resolución judicial cuyo contenido consista en el levantamiento del secreto de las comunicaciones, el sentido mismo de la medida puede requerir el que tal notificación al afectado no sea inmediata, so pena de frustrar su finalidad propia, aunque sí habrá de serlo al término de la misma^{45,46}.

⁴⁴ Sentencias de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside; 26 de abril de 1979 caso The Sunday Times; 24 de marzo de 1988, caso Olsson, y 21 de junio de 1988 caso Berrehab, entre otras.

⁴⁵ El artículo 18.1 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, disponía que «*las resoluciones en que se decreten las suspensiones de derechos contenidos en los artículos precedentes serán notificadas inmediatamente a los interesados, salvo cuando con ello se comprometa el resultado de las investigaciones*». En la República Federal de Alemania, la polémica sobre la interceptación, con fines de investigación penal, de las comunicaciones giró en buena medida sobre este punto de la notificación al afectado de la interceptación acordada y de la garantía jurisdiccional frente a los posibles vicios de la misma.

⁴⁶ La STS de 19 de enero de 2004 «*Tampoco podemos acoger la postura opuesta que considera implícita la declaración de secreto cuando se acuerda una intervención tele-*

1.3. La notificación al Ministerio Fiscal

El artículo 124,1 CE atribuye al Ministerio Fiscal la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley⁴⁷ por otra parte el artículo 306 de la LECrim., prevé que el Fiscal esté permanentemente constituido en el proceso penal, ejerciendo la inspección de la causa junto al Juez de Instrucción⁴⁸.

La doctrina emanada del TC(STC de 16 de mayo de 2000, la de 11 de noviembre de 2002, 29 de junio y la de 24 de octubre ambas de 2005 y la de 8 de mayo de 2006 entre otras sostiene que la falta de notificación del auto que acuerda la intervención de las comunicaciones telefónicas *vulnerará el artículo 18,3 CE cuando no es notificado al Ministerio Fiscal*, puesto que ello impide el control inicial de la medida en sustitución del interesado dado que al estar declarado el secreto de las actuaciones por el Juez de Instrucción, es el Fiscal el único que puede llevar un control externo de dicha medida⁴⁹.

fónica, so pena de entender esta declaración inútil y absurda, pues la Ley procesal está para cumplirse y el adecuado juego de los arts. 118 y 302 de la LECrim, que acabamos de explicar, no deja otra opción que la obligatoriedad de su cumplimiento: no cabe excluir la comunicación de la existencia del procedimiento penal a los imputados, ordenada por el art. 118, si no se adopta al mismo tiempo la medida de secreto (...).Ciertamente, si el Juez, que tenía facultades y justificación para acordar el secreto de la instrucción, no lo hizo, por olvido o por creer que no era necesario (una vez más hemos de poner de manifiesto la escasa regulación que sobre las intervenciones telefónicas nos ofrece el art. 579 de la LECrim) o por cualquier otra razón, en nada perjudicó las mencionadas posibilidades de defensa. No obstante, la solución que hemos de adoptar para decidir sobre estos motivos primeros de los recursos de los condenados en este proceso ha de ser la siguiente: existió vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la presunción de inocencia de los arts. 18.3 y 24.2 CE.»

Sin embargo en la STS de 24 de abril de 2002 sostenía «. El mantenimiento del procedimiento en secreto, sin haber acordado formalmente esa medida, mientras se mantiene la intervención telefónica, constituye una infracción procesal, una práctica rechazable, pero no supone una vulneración de derechos fundamentales que determine la nulidad de lo actuado, siempre que en fase de instrucción los imputados hayan podido conocer las diligencias practicadas y solicitar la práctica de las que fueran de interés a sus derechos con anterioridad a la clausura de dicha fase»

⁴⁷ La Consulta 1/1999 de la Fiscalía General del Estado está dedicada al «Tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones».

⁴⁸ El artículo 4,1 del Estatuto del Ministerio Fiscal en la redacción dada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre establece que el Fiscal podrá «*interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información del estado de los procedimientos de cualquier clase*»

⁴⁹ En relación con la Sentencia de 24 de octubre de 2005 el Magistrado don Javier Delgado Barrio formuló voto particular al que se adhiere el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez: «*entiendo que esa exigencia de notificación al*

Sin embargo la posición del Tribunal Supremo sobre el efecto que produce la falta de notificación al Ministerio Fiscal de la resolución que habilita a la intervención de las comunicaciones, y que a mi modo de ver es la más correcta, es radicalmente diferente y sostiene *que no produce* la nulidad de la misma y ni de toda prueba que pueda, directa o indirectamente, derivarse de la resolución nula. Se basa en que ni la Constitución ni otra norma de inferior rango atribuyen al Ministerio Fiscal el control de la resolución judicial que acuerda la limitación del secreto de las comunicaciones, sino que es la propia resolución motivada la que lleva a cabo el control de la razonabilidad de la decisión, siendo el Juez instructor, desde su deber de imparcialidad, sometido a la legalidad el que tiene esa misión.

La STS de 4 de junio de 2007 mantiene que con ello no se causa indefensión al interesado o persona que está siendo objeto de investigación porque él mismo, una vez alzado el secreto del sumario o de las actuaciones penales de la clase que sean, puede impugnar el auto que autorizaba la intromisión en el derecho fundamental,

2. SUJETOS

En relación con la delimitación de las personas que, pueden quedar sujetos al levantamiento del secreto de sus comunicaciones aunque la LECrim. se refiere sólo al procesado (art. 579), la mayoría de la doctrina⁵⁰ entiende que dicho término no debe interpretarse en el sentido de la persona contra la que se ha dictado auto de procesamiento del art. 384 LECrim, sino a la que en la causa penal, ostenta la cualidad de *inculpada*,

Fiscal y la conclusión de que la ausencia de tal notificación vulnera por sí misma el art. 18.3 CE carece de fundamento constitucional o legal. (..). Una resolución judicial a la que hemos exigido un conjunto de requisitos desde el punto de vista de su motivación para afirmar la legitimidad constitucional de la medida (..) destacando también la necesidad de control judicial de la ejecución de aquélla, todo ello para garantizar su corrección y proporcionalidad, lo que integra el contenido esencial del art. 18.3 CE (STC 49/199, de 5 de abril F. 11). Así configurada, la garantía judicial aparece como un mecanismo preventivo destinado a proteger el derecho, a través del control de la actuación policial por el órgano al que la Constitución otorga la función de garante de los derechos fundamentales, y en concreto del derecho al secreto de las comunicaciones: el Juez. Ni el art. 18.3 CE atribuye tal función de control al Ministerio Fiscal, ni de la interpretación sistemática de este precepto con el 124.1 CE se desprende dicha exigencia, ni siquiera contemplada en la regulación legal.»

⁵⁰ Entre otros, VEGAS TORRES, «Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal» LA Ley, Madrid, 1993.

encartada, etc, pues de lo contrario quedarían excluidos la mayoría de los delitos, ya que la L.O. 7/1988, ha convertido el sumario en algo quasi excepcional⁵¹.

3. EXISTENCIA PREVIA DEL PROCEDIMIENTO

Otro requisito es la necesidad de la previa existencia del procedimiento penal, mediante la incoación de las diligencias instructoras. No obstante, la mayoría de las ocasiones en que se adopta, coincide en el momento la apertura de las diligencias judiciales de investigación y con la adopción de la intervención telefónica con base en las pesquisas policiales que sirven de solicitud de esta medida. Así en estos casos, la resolución judicial paralelamente autorizará esta medida y decretará el inicio del correspondiente proceso penal⁵².

El TC, en Sentencia de 5 de abril de 1999, afirma que la intervención telefónica ha de ser dictada en un proceso, y en consecuencia, otorga validez a las diligencias indeterminadas, cuando se «unen», sin solución de continuidad, al proceso judicial incoado en averiguación del delito, por satisfacer así, las exigencias de control.

4. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

4.1. Indicios del delito

Como recuerda la STS de 8 de enero de 2004, es requisito fundamental para decretar la intervención telefónica que, exista con carácter previo, *indicios de la comisión del delito, y no meras sospechas o conjeturas*, de tal modo que se cuente con noticia racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia, así como de llegar por medio de las intervenciones al conocimiento de los autores

⁵¹ ASENCIO MELLADO, ob. Cit., pág 108: «no cabe defender una interpretación literal del término *procesado* del art. 579 LECrim., más bien parece que el legislador, por fuerza de la costumbre, ha seguido manteniendo la original redacción del artículo 579, la cual corresponde a un momento histórico en que el auto de procesamiento era una medida común par todo tipo de delito, situación esta que ya se vió modificada en 1967 y con mayor profundidad en 1988.»

⁵² Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en afirmar la posibilidad de proceder de esta forma, pero nunca puede autorizarse previamente al inicio e incoación del procedimiento penal (STS de 25 de marzo de 1994

del ilícito, pudiendo ser esos indicios los que facilite la policía (STS de 26 de febrero de 1998).

4.2. Existencia previa del delito

La adopción judicial de la intervención sólo cabrá cuando *exista ya el hecho delictivo, lo que equivale a que nunca se acordará la intervención con el fin de descubrir de forma indiscriminada o general cualquier conducta delictiva, exigiéndose concretar el fin del objeto de la intervención y que éste no sea rebasado, porque supondría conceder autorizaciones en blanco* (STS 6 abril de 1998).

La experiencia demuestra, en ocasiones, *bien por novación del origen tipo penal. que la inicial investigación se transforma, bien por adición o suma de otras características penales*. En el primer supuesto, no se vulnera la especialidad, y sólo en el caso de que el objeto de la intervención se nove en otro distinto del inicialmente previsto y al que se dirigía en un principio la investigación, se exige que el Juez adopte una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente, porque como afirma nuestra jurisprudencia, siguiendo las sentencias del TEDH (caso Malone y caso Kruslin y Huvig), no puede renunciarse a investigar la noticia criminis incidentalmente descubierta. Es lo que denominamos los «*hallazgos casuales*».

Los hallazgos casuales, se producen cuando el Juez instructor concede autorización para un determinado delito, y en el curso de la investigación aparece otro distinto, al del objeto de la medida. Fue el repetido auto de 18 de junio de 1992 el que sentó que si el delito que aparece en las intervenciones telefónicas es distinto para el que se acordó judicialmente la medida, la policía dará inmediatamente cuenta al juez a fin de que adopte la resolución que proceda.

5. LA PROPORCIONALIDAD DE LA INTERVENCIÓN

5.1. Excepcionalidad de la medida

La medida procesal que estamos estudiando, como limitativa o restrictiva del derecho al secreto a las comunicaciones, sólo se adoptará cuando no exista otro medio de investigación del delito menos gravoso. Por ello, si es posible acudir a otros medios probatorios o de investigación más leves y, que no afecten a derechos fundamentales del individuo habrá que recurrir a ellos.

5.2. Gravedad del delito

Otra manifestación del *principio de proporcionalidad* (así, STC 54/1996)⁵³ consiste que *no todos los delitos* y, en cualquier caso, nunca las faltas *son susceptibles de ser investigados con vulneración de este esencial derecho*, ya que se requiere la gravedad del delito.

En el artículo 579 de la LECrim, no se especifica qué delitos pueden ser susceptibles de la intervención, a diferencia de otros ordenamientos como los de Alemania, Grecia, Bélgica, Estados Unidos en los que sí existen catálogos cerrados de infracciones penales susceptibles de ser investigados por esta medida.

Dado esa falta de especificación, y siguiendo al auto de 18 de junio de 1992 y la doctrina del TEDH en el caso *Krusling y Huvig*, se desprende que esta medida, se reservará sólo para aquellas conductas susceptibles de subsumirse, *en delitos tipificados como muy graves*. De acuerdo al sistema actual tripartito de delitos, se podría entender que los *delitos graves y dentro de éstos, los que tienen mayor pena*, es decir, *como mínimo superiores a tres años de privación de libertad* (art. 33. 1 CP), pueden ser objeto de investigación mediante sacrificio constitucionalmente aceptable del derecho al secreto de las comunicaciones^{54,55}.

6. CONTROL JUDICIAL DE LA INTERVENCIÓN

El tan citado artículo 579 LECrim ha venido a sancionar la exclusividad jurisdiccional en materia de limitación del derecho al secreto de las comunicaciones. Así la medida en su origen, adopción y fiscalización exclusivamente puede ser sometida al órgano judicial instructor encargado de la investigación de los hechos. *«Control judicial riguroso, en grado sumo, de la intervención telefónica, no sólo de su iniciación, sino también del desarrollo y cesación de la medida, rigor especial teniendo en cuenta el desconocimiento en que ha de estar el vigilado, por razones obvias, de la*

⁵³ Véase STC 123/1997, y, STS 2-2-1998.

⁵⁴ Otro criterio que se podría tener en cuenta es que, la Decisión _marco sobre la orden de detención y entrega entre Estados de la Unión europea para evitar el control de la doble incriminación (DOCE 190 de 17 de junio de 2002) que recibió en España su desarrollo legislativo por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, establecen que la citada orden se podrá dictar para delitos para los que se prevea una pena o medida de seguridad cuya duración máxima sea de al menos tres años.

⁵⁵ A este respecto, resulta del mayor interés la STS 4-2-1997.

*vigilancia a que es sometido»*⁵⁶. También es exigible el dicho control respecto a las *prórrogas* (STS de 17 de abril de 1997).

6.1. Exclusividad judicial de la selección de lo intervenido para su incorporación a la causa

A la Policía Judicial no le es dado seleccionar lo que entienda relevante de lo que resulte insignificante a los efectos de la investigación interesada, de ello se deriva, además de la necesaria entrega al Juez de la integridad de los originales (masters) en que consten la totalidad de las grabaciones, que por aquél y el Secretario judicial se proceda a las transcripciones y a la incorporación a la causa de los pasajes de interés para la misma⁵⁷.

El respeto a la intimidad que las comunicaciones incorporan impone como única la solución la entrega íntegra, al final de la diligencia, del original de las cintas magnetofónicas donde aquélla se ha plasmado⁵⁸. Si el art. 7.1 LO 4/1997 Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, establece la entrega íntegra y por original de los soportes de audio y vídeo al Juez competente, con las imágenes o sonidos obtenidos así, si para lo menos (la seguridad ciudadana) existe un protocolo legal, para lo más (injerencia en la intimidad en un proceso penal) habrá de seguirse idéntico protocolo⁵⁹.

⁵⁶ Entre otras: STC 85/94 de 14 de marzo.; SSTS de 23 de mayo de 1996 y 21 de abril de 1997.

⁵⁷ Entre otras, SSTS 5-2 y 27-6-1988, 25-6-1990, 7-7-1993.

⁵⁸ QUERALT, J. J. «Las escuchas de las comunicaciones telefónicas en la instrucción penal. Especial referencia a las acaecidas entre letrado y cliente». Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García COLEX, Madrid, 2006. «*El no hacerlo así se considera un defecto formal que puede ser salvado o bien mediante otras pruebas o bien, dándole carácter a las transcripciones parciales, que pueden ser averdadas en el juicio oral por, entre otras SSTS 11, 17, 25-10-1994, 19-11-1995, 14-4-1996, 17-2, 7-4-1997. Ello supone que quien ha hecho mal una actuación, la puede sanar sin más a costa del derecho lesionado. Solo es admisible la condena si los hechos probados se derivan de otros datos, legítimamente obtenidos y regularmente acreditados en el juicio oral, que nada tengan que ver con tan irregulares observaciones telefónicas. Otro sector jurisprudencial, si bien considera que tal transpiración parcial policial de las escuchas y subsiguientes grabaciones como prueba, no impide seguirles atribuyendo carácter de diligencia de investigación (así, STS 28-3-1996, a la que sigue STS 7-4-1997). Al menos que no constituyan prueba de cargo es ya una garantía, pero lo que no resulta admisible es que, pese a su ilegalidad, se permita seguir la indagación. La teoría del fruto del árbol envenenado se hace aquí de necesaria aplicación.*»

⁵⁹ En Bélgica y Francia la transcripción la hace la Policía Judicial, sin perjuicio de que las transcripciones sean posteriormente examinadas por el juez, para determinar

Lo decisivo es, como señala la STS 4-11-1994, «*que el Juez autorizante no se desentienda de la medida que autoriza y la controle en la medida de lo posible*».

6.2. La limitación temporal y el secreto de las actuaciones

El 302 de la Ley procesal establece que el juez tendrá que decretar el secreto de las actuaciones por un plazo máximo de un mes, como excepción al principio de publicidad que rige nuestro proceso penal, por el contrario el artículo 579.3 de la Ley procesal, fija la limitación temporal de la intervención telefónica, en tres meses, prorrogables. Así habrá de determinarse cuál de los dos plazos rige como límite temporal en la práctica de observación telefónica y, si la intervención durante el tiempo que dure debe ir acompañada del secreto sumarial.

Las opiniones doctrinales al respecto, demuestran que no es una solución pacífica. Por una parte, los artículos 118 y 788.1 de la LECrim obligan a jueces y Tribunales a instruir del derecho de defensa a toda persona que se le impute un acto punible, y a comunicarle inmediatamente la existencia del procedimiento. Por otro lado, el derecho de defensa entra en conflicto con el éxito de la investigación penal de carácter excepcional de hechos especialmente graves. MONTÓN REDONDO⁶⁰, se inclina por la postura sentada por el TEDH, en los casos Axen de 22 de febrero de 1984 y Pretto de 8 de diciembre de 1983, afirmando que es constitucional y compatible la prórroga del secreto sumarial por encima de los límites legales con los derechos fundamentales que pudieran afectarse con esa prórroga, puesto que debe primar el «interés de la justicia».

Otro sector doctrinal, como GIMENO SENDRA Y RODRÍGUEZ RAMOS⁶¹, sostienen la postura contraria, así este último afirma que la duración de la medida será como máximo de un mes prorrogable, pues al tener que declararse secreto el procedimiento al amparo del artículo 302, este plazo, más favorable para los derechos del imputado, será el aplicable.

cuales son los pertinentes para la instrucción, y que las partes puedan solicitar que se consulten las conversaciones no transcritas, así como la transcripción de conversaciones adicionales.

⁶⁰ MONTÓN REDONDO, *ob. cit.* pág. 1049 y 1050. Vid. ESTRELLA RUÍZ, M.: «Entrada y Registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc». En Cuadernos de Derecho Judicial: Medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Edit. CGPJ. 12/1996 en el mismo sentido.

⁶¹ RODRÍGUEZ RAMOS, L., en VV.AA.: *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado, concordancias y comentarios*. 9.ª Ed. Colex, Madrid, 1997. pág. 406.

La jurisprudencia y la práctica forense admiten que las escuchas se amplíen o prorroguen por encima del plazo del mes que determina el artículo 302 de la Ley. La medida, afirman las SSTS 9 de mayo de 1994 y 12 de enero de 1995, no puede prorrogarse de manera indefinida o excesivamente larga porque ello la convertiría inexorablemente en desproporcionada e ilegal, fuese cual fuese la naturaleza y gravedad del delito investigado⁶².

5. LA PRUEBA NULA

El artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985 dispone que *«En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.»* de esto se desprende que, tanto la interceptación practicada como mera vía de hecho, como aquella que aun judicialmente acordada, sea más tarde declarada nula carecerá de todo efecto, sin que pueda reconocerse valor probatorio alguno a los datos que a su través hayan podido obtenerse.

Esta regla legislativa posee en nuestro Derecho origen jurisprudencial, siendo la ya mencionada STC 114/1984 la primera resolución judicial que la enunció explícitamente, haciéndola derivar *«de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE)»*⁶³.

El TEDH decidió en el *asunto Schenk* que, aunque el artículo 6 CEDH garantiza el derecho a un proceso justo, *«no regula por ello la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que, por tanto, corresponde ante todo al Derecho interno»* y se deja al arbitrio de las autoridades nacionales la admisión de pruebas directamente obtenidas de forma ilícita⁶⁴.

⁶² En Francia la duración de la medida es de 4 meses y en Italia es de 15 días y también establecen un sistema ilimitado de prórrogas. En Alemania la duración de la medida es de tres meses prorrogable sólo una vez más por igual periodo.

⁶³ QUERALT, J.J., ob. cit. *«No se produce el supuesto al que se refiere el citado artículo 11.1 cuando, en el curso de una interceptación regular de las comunicaciones de determinada persona, se adquiere el conocimiento de datos que puedan resultar inculpatarios para otra que con ella se relacione. En tal caso, el material probatorio así aprehendido podría ser hecho valer procesalmente, y ello pese a que se trata de una hipótesis en la que el afectado no fue aquel frente a quien la intervención se acordó por la autoridad judicial. Con todo, si la ley procesal estableciera una relación tasada de delitos para cuya persecución pueda emplearse la interceptación de las comunicaciones, la prueba de este modo lograda contra tercero no debiera ser admisible sino en el caso de que el comportamiento presuntamente ilícito que evidencie se corresponda con la conducta típica de alguno de los delitos así designados por la ley.»*

⁶⁴ La doctrina Schenk ha sido confirmada en las Sentencias Kostovski (de 20 de noviembre de 1989) Miaillhe (de 26 de septiembre de 1996), Mantovanelli (de 18 de marzo de 1997), García Ruiz (de 21 de enero de 1999,) y Pelissier (de 25 de marzo de 1999).

El T.C. ha señalado que admitir la procedencia de tal tipo de prueba pondría en cuestión, además del derecho fundamental directamente afectado⁶⁵, el derecho a la presunción de inocencia^{66,67}, la interdicción de la indefensión⁶⁸ o las garantías propias del proceso⁶⁹, generando una inaceptable quiebra en el principio de igualdad entre las partes en el juicio⁷⁰ y cuestionando, en definitiva, el derecho a un proceso justo⁷¹.

De ahí que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales deba considerarse no pertinente y no pueda ser entonces valorada por el órgano judicial.⁷², sin embargo, es posible que la presunción de inocencia del procesado pueda ser legítimamente desvirtuada si se cuenta con otras pruebas de cargo, distintas de la ilícita⁷³.

En relación con la *prueba refleja*, que puede definirse como aquélla prueba que, aunque perfectamente lícita, trae causa directa de otra que vulneró derechos fundamentales, la jurisprudencia del T.C. ha experimentado cierta evolución. En las primeras resoluciones en esta materia, por ejemplo en la Sentencia 49/1996, se afirma que la ineficacia de la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental (en concreto, el secreto de las comunicaciones) «arrastra también a las pruebas logradas a partir de las pruebas prohibidas», siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios.

⁶⁵ Con esta jurisprudencia el T.C. se ha desentendido de otro problema, que es el referido a la existencia de pruebas obtenidas con vulneración de normas infraconstitucionales (como muestra, por ejemplo, el ATC 775/1987/2, de 24 de junio). En tales supuestos ha mantenido que abordar su análisis superaría los márgenes del amparo constitucional (que no es otro, como es sabido, que prestar una protección reforzada a determinados derechos fundamentales) y que la admisión de las pruebas que han sido logradas generando irregularidades procesales es una tarea que compete, exclusivamente, a la jurisdicción ordinaria (vid. SSTC 52/1989/2, de 22 de febrero y 64/1994/2, de 28 de febrero).

⁶⁶ JIMÉNEZ CAMPO, ob. cit. «*En efecto, si el derecho de defensa impone que toda la actividad probatoria se ajuste a Derecho, parece claro que cualquier desviación en este punto puede ser, en su caso, revisada por el Tribunal Constitucional. Si se mantiene, por el contrario, que los derechos de defensa no ofrecen tal garantía, solamente actuará el Tribunal Constitucional cuando se haya comprometido un derecho fundamental sustantivo (necesariamente de los contenidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 CE), porque solamente a este fin sirve el recurso de amparo.*»

⁶⁷ SSTC 64/1986 de 21 de mayo, 86/1995, y 127/1996 de 9 de julio. Las exigencias constitucionales que impone la presunción de inocencia han sido detalladamente descritas en la STC 34/1996, de 11 de marzo.

⁶⁸ STC 64/1986, de 21 de mayo.

⁶⁹ SSTC 107/1985, de 7 de octubre o 81/1998, de 2 de abril entre otras muchas.

⁷⁰ SSTC 49/1996, de 26 de marzo y 54/1996, de la misma fecha

⁷¹ STC 81/1998, de 2 de abril.

⁷² Sobre los medios de prueba pertinentes. SSTC 49/1996, de 26 de marzo y 54/1996, de la misma fecha

⁷³ Vid. SSTC 85/1994, de 14 de marzo y 151/1998, de 13 de julio.

Sin embargo la doctrina más reciente en esta materia, y que se expresa con todo detalle en la STC 151/1998, sigue señalando, como regla general, que «*todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se halla incluso en la prohibición de valoración ex artículo 24.2 CE*». Sin embargo, el Tribunal admite que, en *supuestos excepcionales*, y, pese a que las pruebas de cargo se hallan naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, son jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, pueden ser reconocidas como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia.

Por su parte, el TS *distingue entre el ámbito constitucional y el de legalidad ordinaria*. El primero se verá afectado si la intervención telefónica se práctica con vulneración del art. 18.3 CE (porque no hay mandamiento judicial, hay un exceso de cualquier tipo respecto de la autorización concedida, se tergiversan los términos de la autorización o porque sigue la intervención fuera del plazo judicialmente concedido). El segundo, es infringido cuando se vulnera *únicamente la ley procedimental* (por incumplimiento de las normas procesales reguladoras de la forma con que la diligencia ha de llevarse a efecto, porque la transcripción de la grabación no fue realizada bajo fe judicial, no se haya acreditado la identificación y autoría de la voz grabada, etc.).

Cuando la ilicitud trae su causa en que es contraria a la CE, tal ilicitud por un lado, se comunica a los futuros actos que del inicial traen causa, y por otro, no puede ser convalidada por diligencias posteriores. En cambio, cuando el acto es irregular, al desenvolverse dentro de la legalidad ordinaria, sólo se origina la ineficacia del acto en sí y de lo que del mismo causalmente se derive, pero no impide la posibilidad de acreditar los mismos hechos por otros medios, incluso se podría sanar aquel efecto negativo con la práctica de otras pruebas en la instrucción o en el plenario (STS 27 de octubre de 1998).

Advierte MARTÍN PALLÍN⁷⁴, que esta postura, que se aferra a los descubrimientos inevitables como origen de pruebas autónomas y desligadas del efecto contaminador de la prueba inconstitucional (escucha telefónica) debe adoptarse con extraordinaria cautela, pues pudiera propiciar inconscientemente la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, mediante el procedimiento de seleccionar policialmente el contenido de las escuchas, eliminando aquello que pudiera revelar la conexidad

⁷⁴ MARTÍN PALLÍN, J.A.: «Escuchas Telefónicas», en AA.VV. Homenaje a Enrique Ruiz Vellido. Colex, Madrid, 1999, pág. 397.

de las pruebas y presentándolo ante el Juez Instructor y el órgano juzgador, como el fruto de una investigación que para nada se ha apoyado en la trascendental medida de la interceptación de las comunicaciones telefónicas.

MATÍA PORTILLA⁷⁵ sostiene que no puede excluirse la aplicación en nuestro país de la jurisprudencia norteamericana relacionada con los límites de la teoría la prueba ilícita y refleja no puede aceptarse fácilmente la concurrencia de tales circunstancias en el caso en especie. En primer lugar, porque la vulneración del derecho fundamental se ha producido en todas las fases de su aplicación y no puede por ello mismo presentarse como un error puntual. Por otra parte, es cierto que la intencionalidad de los poderes públicos puede quizás tener relevancia a efectos de determinar la existencia de una eventual responsabilidad penal en que hayan podido incurrir pero no sirve para cuestionar la concurrencia de la lesión constitucional.

6. EL DERECHO EXTRAPENAL

LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES EN LA LEY ORGÁNICA 2/2002, DE 6 DE MAYO, REGULADORA DEL CONTROL JUDICIAL PREVIO DEL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA

La Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, y la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladoras respectivamente, del Control Judicial Previo y del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), regulan un control judicial que se encuentra restringido a los derechos comprendidos en el artículo 18 apartados 2 y 3 CE (la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones).

La precitada Ley Orgánica 2/2002 establece: «*Artículo Único. Control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia*»

1. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente⁷⁶, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorización para la adopción

⁷⁵ MATIA PORTILLA, F.J. «Legislador, Derechos Fundamentales y proceso» (Comentarios a la STC 49/1999, de 5 de abril), Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, nº 58, enero-abril 2000).

⁷⁶ Art. 127 LOPJ. «*Será competencia del Pleno del Consejo General del Poder Judicial: «4.- La propuesta de nombramiento del Magistrado de la Sala Segunda de lo Penal o Tercera de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución, así como la propuesta de nombramiento del Magistrado de dichas Salas del Tribunal Supremo que lo sustituya en caso de vacancia, ausencia o imposibilidad*»

de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro.

La solicitud de autorización se formulará mediante escrito que contendrá los siguientes extremos:

a) Especificación de las medidas que se solicitan.

b) Hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas.

c) Identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas, y designación del lugar donde hayan de practicarse.

d) Duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de afección a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, ambos plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad.

3. El Magistrado acordará, mediante resolución motivada en el plazo improrrogable de setenta y dos horas, la concesión o no de la autorización solicitada. Dicho plazo se reducirá a veinticuatro horas, por motivos de urgencia debidamente justificados en la solicitud de autorización del Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia que, en todo caso, contendrá los extremos especificados en el apartado anterior de este artículo.

El Magistrado dispondrá lo procedente para salvaguardar la reserva de sus actuaciones, que tendrán la clasificación de secreto.

4. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia ordenará la inmediata destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante la autorización prevista en este artículo, no guarden relación con el objeto o fines de la misma».

Según el TS (STS de 27 de septiembre de 2006) se da preferencia al derecho al secreto de las comunicaciones y la intimidad personal, frente a las actuaciones de los Servicios de Inteligencia, salvo que exista una resolución judicial autorizante de tan excepcional medida.

Siguiendo a PEREZ VILLALOBOS⁷⁷, entre los puntos más discutibles de esta regulación podemos destacar los siguientes:

En primer lugar este precepto parece más preocupado por dotar una apariencia judicial a las intervenciones del CNI que en consolidar el contenido de lo que debe ser una auténtica garantía judicial.

⁷⁷ PEREZ VILLALOBOS, M. «Derechos Fundamentales y Servicios de Inteligencia» Grupo Editorial Universitario, Madrid 2003.

En segundo lugar, debería haberse previsto la creación de un órgano formado al menos por tres Magistrados⁷⁸.

En tercer lugar la ley establece la competencia del magistrado por un periodo de cinco años. El artículo 135 de la LOPJ dice que «*Corresponderá a la comisión de calificación, en todo caso, sobre los nombramientos de de la competencia del Pleno, excepto el nombramiento del Magistrado del Tribunal Supremo previsto en el artículo 127,4) de esta Ley*». Esta excepción no favorece la transparencia en el nombramiento del Magistrado ya que parece que el CNI tuviera «*su«Magistrado a la carta*»⁷⁹.

La solicitud de autorización debe contener los elementos fundamentales que afecten a la medida, pero el juez necesitaría tener un conocimiento más concreto, de otra forma podría darse caso que el Magistrado no pudiera ponderar suficientemente la proporcionalidad.

Por otra parte, en lo relativo a la duración de la medida, no se establece ni cuantas prórrogas pueden concederse, ni por cuanto tiempo cada una.

⁷⁸ En los debates parlamentarios se hizo una crítica en este sentido, y se llegó a pedir la competencia de la Sala Segunda en pleno (Vid BOCG, de 20 de diciembre de 2001, núm. 132).

⁷⁹ Como dice PASCUAL SARRÍA FL. «El control judicial a la interceptación de las comunicaciones: especial referencia al control judicial previo a las intervenciones del centro nacional de inteligencia»: «*Nos hallamos ante un control judicial, sin órgano judicial, ni potestad jurisdiccional. Y efectivamente, según tiene señalado artículo 117.3 de la CE, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan», y en igual sentido el artículo 2 de la LOPJ. Se trata, por lo tanto, de un nuevo «órgano jurisdiccional» unipersonal cuya actividad no se corresponde con la del resto de los magistrados del TS, no ejercitando sus funciones en uno de los órdenes jurisdiccionales del Estado, ni ejerciendo potestad jurisdiccional. Y ello porque resulta innegable que no puede ejercerse jurisdicción ni funciones jurisdiccionales, sin la existencia de un órgano jurisdiccional (Juzgado o Tribunal); pero sí que puede realizar «otras funciones» legalmente establecidas, que sin ser potestad jurisdiccional, forman parte del control realizado por el poder judicial en defensa de los derechos individuales. En el presente supuesto, el magistrado del TS, en nombrado con todas las garantías por el Pleno del CGPJ, y ejercita unas competencias que por ley y doctrina jurisprudencial, tan solo les corresponden a los jueces, el control judicial y autorización de las intervenciones telefónicas, si bien dentro de un ámbito tan especial como los Servicios de Inteligencia, y más concretamente del CNI.*

No nos encontramos tampoco ante un órgano político, toda vez que su nombramiento compete al CGPJ, y no al ejecutivo, con lo que forma parte del poder judicial, pero tampoco estamos ante un órgano jurisdiccional, sino ante un órgano unipersonal de naturaleza judicial limitada, que para mayor singularidad no goza de uno de los requisitos imprescindibles del ejercicio de la jurisdicción, la inamovilidad, la LOPJ (artículo 342 bis), limita su nombramiento a un período de cinco años, con lo que carece de una de las notas caracterizadoras de la independencia de jueces y magistrados; si bien cuando cese en sus funciones retomará sus competencia en la Sala de procedencia, aunque nada se establece en la norma acerca de la posibilidad de volver a ser nombrado.»

Finalmente, la ley atribuye al Director del CNI la destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante esta autorización, no guarden relación con el objeto o fines de la misma. Esta actividad no está supervisada por el Magistrado al que ni siquiera se le dan los instrumentos para comprobar que la autorización ha sido debidamente utilizada.

LAS TELECOMUNICACIONES

En el terreno de las telecomunicaciones el secreto de las comunicaciones es una cuestión del máximo relieve, que ha venido a ratificar la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, como ya hiciera su antecesora la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones.

Los arts. 3 c), 33 y 35 de la citada Ley 32/2003, *garantizan dicho secreto en los términos de los arts. 18.3, 55. 2 CE y 579 LECrim*, imponiendo, a los operadores el deber de proteger tal derecho técnicamente y a la Autoridad de Regulación su supervisión.

La ley establece que *los operadores están obligados a realizar las interceptaciones que se autoricen de acuerdo con lo establecido en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia, y en otras normas con rango de Ley Orgánica.*

El Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios dedica el Título V, Capítulo II a «La interceptación legal de las comunicaciones.»(Artículo 83 y siguientes), y establece que las únicas interceptaciones que estarán obligados a realizar los sujetos a los que se refiere el artículo 85 son las dispuestas en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, y en otras normas con rango de ley orgánica⁸⁰.

LA LEY 25/2007, DE 18 DE OCTUBRE, DE CONSERVACIÓN DE DATOS RELATIVOS A LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y A LAS REDES PÚBLICAS DE COMUNICACIONES

La aplicación de las nuevas tecnologías desarrolladas en el marco de la sociedad de la información ha supuesto la superación de las

⁸⁰ Este Capítulo II ha sido declarado conforme a Derecho por STS de 5 Febrero de. 2008.

formas tradicionales de comunicación, mediante una expansión de los contenidos transmitidos, que abarcan no sólo la voz, sino también datos en soportes y formatos diversos, En este sentido la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones establece que *se han de conservar los datos enumerados en el artículo 3⁸¹, que se hayan generado o tratado en el marco de una comunicación de telefonía fija o móvil, o realizada a través de una comunicación electrónica de acceso público o mediante una red pública de comunicaciones, con la finalidad de que, agentes facultados, puedan obtener los datos relativos a las comunicaciones que, relacionadas con una investigación, se hayan podido efectuar por medio de la telefonía fija o móvil, así como por Internet*^{82,83}.

En cuanto a los *agentes facultados* son los miembros de los Cuerpos Policiales en el marco de una investigación criminal; el personal del CNI para llevar a cabo una investigación de seguridad amparada en la Ley 11/2002 y en la L.O. 2/2002, y los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial.

⁸¹ El listado de datos se refieren a comunicaciones por telefonía fija, móvil o Internet. Estos datos, que, en ningún caso revelarán el contenido de la comunicación, son los necesarios para identificar el origen y destino de la comunicación, su hora, fecha y duración, el tipo de servicio utilizado y el equipo de comunicación de los usuarios utilizado. En aplicación de las previsiones contenidas en la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, quedan incluidas también en el ámbito de aplicación de la Ley las denominadas llamadas telefónicas infructuosas. Igualmente se incluye la obligación de conservar los elementos que sean suficientes para identificar el momento de activación de los teléfonos que funcionen bajo la modalidad de prepago.

⁸² La Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, *sobre la 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 por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio* establece la obligación de los operadores de telecomunicaciones de retener determinados datos generados o tratados por los mismos, con el fin de posibilitar que dispongan de ellos los agentes facultados.

⁸³ Decisión marco 2008/977/ del Consejo de 27 de noviembre de 2008 *relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal*, se aplica únicamente a los datos recogidos o tratados por las autoridades competentes para la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de infracciones penales y la ejecución de sanciones penales. El objetivo es garantizar un alto nivel de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y en particular su derecho a la intimidad en lo que respecta al tratamiento de datos personales en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, contemplada en el título VI del Tratado de la Unión Europea, garantizando al mismo tiempo un alto nivel de seguridad pública.

Los *fin*es que justifican la obligación de conservación, son la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el C.Penal o las leyes penales especiales^{84,85}.

La Ley establece dos *garantías*: en primer lugar, que los datos sobre los que se establece la obligación de conservación son datos exclusivamente vinculados a la comunicación, ya sea telefónica o efectuada a través de Internet, pero en ningún caso reveladores del contenido de ésta; y, en segundo lugar, que la cesión de tales datos que afecten a una comunicación o comunicaciones concretas, exigirá, siempre, la autorización judicial previa.

6. LA PRÁCTICA DE INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN EL MARCO DEL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

EL CONVENIO DE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

El creciente fenómeno de la delincuencia organizada de carácter transnacional, la progresiva eliminación de fronteras en Europa y que las personas se trasladen frecuentemente de un país a otro supone que ya no es excepcional que, en el marco de un proceso penal, sea preciso reclamar

⁸⁴ En relación con esta última precisión, cabe señalar que la citada Directiva se refiere, expresamente, a que los datos conservados deberán estar disponibles a los fines de detección o investigación por *delitos graves*, definidos éstos de acuerdo con la legislación interna de cada Estado miembro. En este sentido y teniendo en cuenta que en nuestro C.Penal no contempla una categoría especial de delitos calificados como graves, el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de marzo de 2007, emitido en relación con la Ley 25/2007, dice *que la gravedad del delito puede ser examinada en cada supuesto concreto*.

⁸⁵ En la doctrina López Barja de Quiroga distinguía entre observación e intervención, entendiéndolo por esta última una injerencia más intensa en el derecho del secreto e las comunicaciones que incluía el contenido de lo comunicado, razón por la que no podía decretarse para la investigación de delitos no graves. En cambio la observación supone una injerencia de menor intensidad porque consistía en lo que la doctrina denominaba recuento o *comptage*, es decir, el registro de los números marcados, la identidad de los interlocutores, hora y duración de la llamada, y recaía sobre delitos menos graves, y sobre personas distintas del procesado. Esta posición no era compartida por el resto de la doctrina, dado que en la legislación antiterrorista se empleaba el término observación y no era lógico que la observación de esa llamada se limitase al recuento. El devenir de la jurisprudencia en esta cuestión ha sido confuso, porque si bien algunas resoluciones como la del TSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de junio de 1991 admiten la distinción entre intervención y observación en el sentido de diferenciar que no toda injerencia en el secreto de las comunicaciones significa siempre tener conocimiento de la conversación y grabarla, otras, como la STS de 25 de junio de 1993, utilizan planteamientos puramente gramaticales señalando que ambas expresiones son equivalentes y que, el legislador tuvo la necesidad de eludir «*antitéticas repeticiones, al estar encaminada a conocer el contexto íntegro de conversaciones mantenidas por las personas investigadas*».

el auxilio de las autoridades judiciales extranjeras. La toma de conciencia de esta nueva realidad ha tenido como consecuencia que hayan evolucionado considerablemente las iniciativas normativas encaminadas a mejorar y simplificar los actuales mecanismos de cooperación judicial en materia penal, sobre todo en el marco de la Unión Europea.(UE)

En materia de cooperación judicial internacional, el texto normativo básico sigue siendo el *Convenio nº 30 del Consejo de Europa o Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal*, firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, completado con el Protocolo Adicional al Convenio de 17 de marzo de 1978^{86,87}.

El citado Convenio establecía que las comisiones rogatorias se ejecutarían conforme a la legislación del Estado requerido(aet.3,1). Esto presentaba el inconveniente, que cuando desde España se solicitaba la práctica de una diligencia de prueba a otro país, dicha diligencia podía no ser utilizable en España por no reunir los necesarios requisitos de validez, o por no haberse observado todas las garantías exigibles. Sin embargo eso podía solventarse si se hacían algunas indicaciones al Estado requerido sobre como practicar la correspondiente diligencia, o, en otros casos, para asegurar la validez de la prueba, se podía hacer uso de la facultad prevista en el Convenio (art. 4) de estar presentes las autoridades judiciales del Estado requirente y las partes procesales, durante la realización de la prueba en el extranjero.

Dado el progresivo incremento de las solicitudes entre los Estados de la UE en materia de cooperación judicial, y siguiendo el mandato formulado en el punto 46 de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (octubre de 1999)⁸⁸, se creó por la Decisión del Consejo de 14 de diciembre de 2000, una unidad provisional de cooperación judicial, la unidad *Eurojust*.

El 29 de mayo de 2000 fue firmado el *Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*⁸⁹ (Con-

⁸⁶ España ratificó este tratado el 18 de agosto de 1982, formulando una declaración según la cual *a los efectos del presente Convenio serán consideradas como autoridades judiciales (...) los miembros del Ministerio Fiscal*. A este respecto véase la Instrucción 3/2001, de 28 de junio, de la Fiscalía General del Estado, *sobre los actuales mecanismos y modalidades de asistencia judicial internacional en materia penal*.

⁸⁷ Las normas que, sobre cooperación judicial, contiene el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, o el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea expresamente se remiten a este Convenio cuyas disposiciones tratan de completar y de facilitar su aplicación.

⁸⁸ Se pretendía revisar y adaptar los planes de acción existentes, de manera que surge entonces el llamado «Programa de La Haya para la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea»

⁸⁹ Hoy día el Convenio se aplica en todos los Estados Miembros. Para más información consúltese <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33108.htm>.

venio de 2000)^{90,91,92}. Hay que destacar que invierte la norma general de práctica de las comisiones rogatorias, que deberán cumplimentarse conforme a las normas del *Estado requirente* para dotar así a la prueba practicada en el extranjero de plena eficacia en el proceso que se sigue ante las propias autoridades nacionales (art. 4.1).

Asimismo, prevé una extensa y detallada regulación de las solicitudes internacionales de intervención de telecomunicaciones y a esta cuestión está dedicado el Título III⁹³. El Convenio distingue dos tipos de intervenciones. En primer lugar, la intervención y transmisión inmediata de telecomunicaciones, que debe ser la regla general, de ahí que las disposiciones del convenio faciliten esta modalidad estableciendo un régimen menos exigente. En segundo lugar la intervención, grabación y ulterior transmisión de la grabación de la telecomunicación que debe ser la excepción.

DECISIÓN- MARCO 2008/978 DEL CONSEJO DE 18 DE DICIEMBRE DE 2008
RELATIVA AL EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS PARA RECABAR
OBJETOS, DOCUMENTOS Y DATOS DESTINADOS A PROCEDIMIENTOS EN MATERIA
PENAL

El exhorto que se regula en la decisión -marco es una resolución judicial emitida por una autoridad competente de un Estado miembro con objeto de recabar objetos, documentos y datos de otro Estado miembro. Se excluye en el art.4,2 de forma expresa, entre otras, la obtención de in-

⁹⁰ Para la mejor comprensión de este Convenio vid. el Informe explicativo aprobado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000 (publicado en el Diario Oficial C-379, de 29 de diciembre de 2000).

⁹¹ DO C 197,12 de julio de 2000.Su ratificación por el Reino de España fue publicada en el BOE num 247, de 15 de octubre de 2003.

⁹² Convenio de Prüm, relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza establece diversas medidas para mejorar la cooperación policial y judicial entre los Estados signatarios.Sin embargo, no es un Tratado comunitario, ni se ha integrado todavía en los mismos

⁹³ «Artículo 17. Las autoridades competentes para ordenar la intervención de telecomunicaciones son la autoridad judicial o, cuando las autoridades judiciales no posean competencias en el ámbito que abarcan dichos artículos, una autoridad competente equivalente y que actúe a efectos de una investigación penal». El artículo 18. regula las solicitudes de intervención de telecomunicaciones,;el artículo 19. la intervención de telecomunicaciones en el territorio nacional por medio de proveedores de servicios. el artículo 20. la intervención de telecomunicaciones sin la asistencia técnica de otro Estado miembro; y el artículo 21. Responsabilidad por los gastos de los operadores de telecomunicaciones. y el artículo 22. recoge la posibilidad de acuerdos entre los Estados miembros, destinados a facilitar la explotación de las posibilidades técnicas actuales y futuras en lo que respecta a la intervención legal de telecomunicaciones.

formación en tiempo real mediante intervención de comunicaciones, y la obtención de datos de comunicaciones retenidos por proveedores de un servicio de comunicaciones electrónicas accesible al público o de una red de comunicaciones pública.

No obstante, el exhorto podrá emitirse para obtener los indicados objetos, documentos o datos, cuando los mismos ya obren en poder de la autoridad de ejecución antes de la emisión del exhorto.

7. CONCLUSIONES

Desde el punto de vista del derecho interno, es sorprendente que se consiga promulgar una ley orgánica para regular las intervenciones telefónicas, y luego, quien está habilitado para ello, juzgue insuficiente dicha regulación. Asimismo, no deja de llamar la atención, teniendo en cuenta las consecuencias que han tenido el caso Valenzuela Contreras o el de Prado Bugallo, el que actuaciones individuales de demanda de garantías frente a la violación de algún derecho fundamental, lleven de la mano también la necesidad de ajustar las leyes, por el sencillo hecho de haber apreciado incorrecciones que los instrumentos del derecho interno no habían previsto.

Sin embargo, pese a la condena a España por parte del TEDH en dos ocasiones y por el mismo hecho, como es que nuestra legislación no es totalmente respetuosa con el artículo 8 CEDH, y a la constatación por nuestro T.C de que el artículo 579 no respeta las exigencias derivadas del principio de legalidad, no se ha modificado la regulación actual. Aunque, como ya hemos visto que el TEDH no exige que sea una ley la que regule la injerencia en el secreto de las comunicaciones, ni ha excluido a la jurisprudencia como fuente habilitadora de las escuchas telefónicas a fin de cumplir las exigencias de la calidad de la ley, ello no significa que –como ya he apuntado– no sea imprescindible una regulación legal y detallada de la intervención de las comunicaciones telefónicas, que garantice los derechos constitucionales, especialmente los de intimidad y defensa, y que además determine unas pautas legales a las que deba ajustarse esta diligencia. El TEDH no ha señalado que en ningún momento que el cuerpo jurisprudencial diseñado por Auto del Tribunal Supremo de 1992 colme las lagunas del art. 579 LECrim., además hay que tener en cuenta que las escuchas del caso Prado Bugallo son anteriores a dicho auto, y que el TEDH deja abierta esa posibilidad, aunque sin decantarse por una respuesta afirmativa.

Además, las mencionadas deficiencias (que llevan años destacándose por las jurisdicciones españolas) deben ser remediadas por el legislador

en el plazo más breve posible, tal y como ha señalado el T.C. en sentencia 183/2004, de 2 de octubre, al manifestar que «*Es al legislador a quien corresponde (...) remediar la situación completando el precepto legal*».

Si esta inactividad del poder legislativo se prolonga en el tiempo, es muy posible la proliferación de resoluciones por parte del TEDH que constaten el déficit garantístico de la actual regulación de las intervenciones telefónicas en nuestro ordenamiento, considerándolo contrario al art. 8 CEDH.

A la vista de lo anteriormente expuesto considero que la interceptación telefónica, o por otros medios de comunicación, requiere de previsiones específicas más completas que las actuales, dada que su injerencia en la intimidad de las personas es de gran intensidad. En primer lugar, con arreglo a las consideraciones expuestas a lo largo del presente trabajo, estimo que no sólo resulta conveniente, sino absolutamente necesario, que una disposición de ley determine cual debe de ser el contenido mínimo de la resolución judicial que autorice la intervención de las comunicaciones telefónicas. Se trata de que la interceptación haya de estar jurídicamente reglada, de otra forma la interceptación telefónica se hace, a mi modo de ver, imprevisible y oscura para quienes puedan sufrirla sin saber por qué, cómo o hasta cuándo.

Además, y tal como destacan la doctrina y la jurisprudencia, hay un «derecho al procedimiento», en el que se hayan implicados varios derechos fundamentales, motivo por el que resulta urgente colmar, a través de la ley, un vacío de regulación tan relacionado con algunos de los principios –seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad– enunciados en el artículo 9.3 C.E

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la globalización de la delincuencia es uno de los fenómenos del mundo de hoy, ya que la ausencia de barreras comerciales e incluso físicas a causa de las nuevas tecnologías, ha dado lugar a una actividad que mueve grandes cifras de negocio, y que se centra en el tráfico de drogas, de armas, prostitución, pornografía infantil o blanqueo de capitales. Como consecuencia de ello, resulta imprescindible la regulación de este medio de prueba que estamos tratando, ya que en muchas ocasiones es el único que puede permitir la incriminación de esos delincuentes, y en un procedimiento de tales características no se debería asumir el riesgo de que sea declarado nula una prueba, que puede ser la única o la más determinante, sólo porque una intervención telefónica no se ha realizado con las debidas garantías.

Por todo lo anterior, considero que es el poder legislativo y no el judicial el que debe colmar las lagunas del art. 579 de la LECrim., y ello porque la

jurisprudencia debe complementar el ordenamiento jurídico, pero no crear derecho y menos en ámbitos –como el que estamos tratando– que inciden de una forma tan intensa en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Finalmente, quiero resaltar la trascendencia y, desde mi punto de vista, el acierto que reviste la ratificación por España del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea. Creo que constituye un arma muy poderosa, avanzada y sofisticada en la lucha contra la delincuencia, especialmente la organizada. En la Unión Europea, los riesgos a que se enfrentan los derechos fundamentales cuando se instauran medidas para luchar contra la criminalidad transfronteriza, el terrorismo, las migraciones ilegales, la lucha contra la trata de seres humanos u otras amenazas a la seguridad, originan la necesidad de que se tengan que establecer controles democráticos y jurisdiccionales adecuados para que las necesidades de la seguridad no eliminen las garantías de la libertad. Los poderes públicos, en toda Europa, han de ser conscientes de que las medidas que se adopten, que indiscutiblemente deben ser eficaces, no pueden originar problemas de legitimidad democrática ni pueden derivar en violaciones de derechos fundamentales.

8. BIBLIOGRAFÍA

- JIMENEZ CAMPO «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones» Revista Española de Derecho Constitucional, año 7 num. 20. Mayo-Agosto 1987.
- PÉREZ FRANCESCH, J.L.»Cooperación policial y judicial en la Convención de Prüm «REDCE, nº 7, enero-junio de 2007.
- ALVAREZ CONDE, E. «El régimen político español». Editorial Tecnos S.A. 1986.
- FERNÁNDEZ SEGADO, J. «El sistema constitucional español», Editorial Dykinson, 1992.
- MARTÍN PALLÍN, J.A.: «Escuchas Telefónicas», en AA.VV. Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo. Colex, Madrid, 1999.
- ESTRELLA RUÍZ, M.: «Entrada y Registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc». En Cuadernos de Derecho Judicial: Medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Edit. CGPJ. 12/1996,
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., en VV.AA.: Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado, concordancias y comentarios. 9.ª Ed. Colex, Madrid, 1997.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L «La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».
- MORENO CATENA, V: «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal». En Revista del Poder Judicial: Justicia Penal. Núm. Especial II, marzo 1987.
- DÍAZ CABIALE, J. A.: VVAA.. «El Juicio Oral en el Proceso Penal,» Comares, Granada, 1995.
- PEREZ VILLALOBOS, M. «Derechos Fundamentales y Servicios de Inteligencia» Grupo Editorial Universitario, Madrid 2003.
- RUIZ MIGUEL, C. «Servicios de inteligencia y seguridad del Estado Constitucional». Editorial Tecnos 2002.
- FREIXES SANJUÁN, T. «Protección de datos y globalización. la Convención de Prüm». ReDCE, nº 7, Enero-Junio de 2007
- PAZ RUBIO, J.M. «La doctrina de la Sala Segunda sobre las intervenciones telefónicas». Revista General de Derecho Penal nº 1 (Mayo 2004)
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas parciales». En «La instrucción penal y el Secretario Judicial. Incidencia de la reforma». Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia.
- DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E en «El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal», en Revista del Poder Judicial, nº 3, septiembre de 1986.
- MARTÍNEZ GARAY, L. «El nuevo delito de pertenencia a «organizaciones y grupos criminales» (art. 385 bis) en el proyecto de reforma del Código Penal». Publicado en la Revista General de Derecho Penal nº 7 (Mayo 2007).
- WEYENBERGH, A Y DE BIOLLEY, S. «El Convenio de Asistencia Judicial del 2000 y la intervención de las telecomunicaciones», en «La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal», Thomson-Aranzadi, 2006.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M «La intervención de las comunicaciones telefónicas en España» en «La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal», Thomson-Aranzadi, 2006.
- LEON VILLALBA, F.J. Y RODRIGUEZ YAGUE, C. «Instrucción 4/2005: actualización de la Instrucción 24/96, de 16 de diciembre sobre comunicaciones y visitas» Revista General de Derecho Penal nº 4 (noviembre 2005).
- ELVIRA PERALES, A. «El derecho al secreto de las comunicaciones» (consultado en IUSTEL el 19-02-2008 a las 11,18)

- FERNÁNDEZ DELPECH, H. «Nueva Directiva de la Unión Europea sobre Conservación de Datos de Tráfico» (consultado en Internet el 3-04-2008, a las 22,32).
- VEGAS TORRES, F. «Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal» La Ley, Madrid, 1993.
- ASENCIO MELLADO, A. «Prueba prohibida y prueba preconstituida», Madrid 1989.
- NARVAEZ RODRIGUEZ, A. «Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal», Revista del Ministerio Fiscal, 1995, nº 1.
- GONZÁLEZ GÜITAN, M. «Escuchas clandestinas realizadas por funcionarios públicos», comentarios a la Legislación Penal, EDERSA, 1986.
- LÓPEZ GARCÍA, E. «Comentario a la STEDH de 18 de febrero de 2003, Caso Prado Bugallo c. España», Actualidad Jurídica Aranzadi, año XIII, nº 594.»
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. «Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida» «Akal/Iure, 1989.
- MATIA PORTILLA, F.J. «Legislador, Derechos Fundamentales y proceso» (Comentarios a la STC 49/1999, de 5 de abril), Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, nº 58, enero-abril 2000).
- QUERALT, J. J. «Las escuchas de las comunicaciones telefónicas en la instrucción penal. Especial referencia a las acaecidas entre letrado y cliente». Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García COLEX, Madrid, 2006.
- GÓMEZ MONTORO, A. «La titularidad de los derechos fundamentales».
- CACHO SANCHEZ, Y. «La lucha antiterrorista y sus límites en el marco de CEDH: nuevo pronunciamiento del TEDH sobre el aislamiento carcelario. Comentario a la STEDH, Ramírez Sánchez (alias Carlos) c. Francia, de 27 de enero de 2005.» Revista General de Derecho Europeo, nº 7, mayo 2005).
- FERNÁNDEZ DELPECH, H. «Nueva Directiva de la Unión Europea sobre Conservación de Datos de Tráfico» (consultado en Internet el 3-04-2008, a las 22,32).
- PASCUAL SARRÍA F.L.»El control judicial a la interceptación de las comunicaciones: especial referencia al control judicial previo a las intervenciones del centro nacional de inteligencia».
- CABEZUDO RODRIGUEZ, N. «Actos de investigación (v): la intervención de las comunicaciones personales»(consultado en IUSTEL el 17-02-2008 a las 09,20).

- GARCÍA LUENGO, J «Crónica de jurisprudencia alemana reciente» Publicado en la Revista General de Derecho Administrativo n.º6 (Septiembre 2004).
- JAÉN VALLEJO, M.»Jurisprudencia española seleccionada. Tribunal Supremo: Sala de lo Penal «. *RGDPR*, n.º 12, mayo 2007.
- MARTÍN -RETORTILLO BAQUER, L.«La recepción por Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» Revista de Administración Pública, nº 37, mayo-agosto 1995.
- JIMENA QUESADA, L.» El impacto del Derecho Europeo en la legislación española. Breve balance de veinte años de integración europea». Cuadernos de Integración Europea 4 - Marzo 2006. <http://www.cuadernosie.info>
- DEL CERRO ESTEBAN, J.A, «El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada».
- GIMENO SENDRA, V. «La reforma de la LECrim. y la seguridad pública» Conferencia intitulada «Seguridad pública y política criminal: aspectos procesales», impartida en la UNED el 20.5.2003 a los mandos de la Guardia Civil en el seminario «Duque de Ahumada».
- ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L. «Relaciones del interno con el mundo exterior: salidas, comunicaciones, visitas, paquetes y otros» (consultado en IUSTEL el 23-02-2008 a las 21,25).
- VÍRGALA FORURIA, E,»La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español»Revista Española de Derecho Constitucional Año 14. Núm. 40. Enero-Abril 1994
- DÍAZ REVOIRO, J. «Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional Español». www.unam.es
- BARCELONA LLOP, J. «Escuchas telefónicas y acción de policís y seguridad» Revista de Derecho Administrativo, nª 112, enero-abril 1987.
- CUADERNOS DE DERECHO PENITENCIARIO Número 1 y 9
- INTERVENCIONES TELEFÓNICAS. Revista Sepín. Nº 35 junio 2007.
- RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ: «Derecho Penal. Parte Especial», Madrid, 1995,
- GIMENO SENDRA, V.: «Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Supremo». La Ley. Madrid, 1996-2.

TEXTOS

LEGISLACIÓN

LEGISLACION

María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera
Documentalista

JEFATURA DEL ESTADO

LEY ORGÁNICA 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. (BOE nº 184, de 31 de julio de 2008).

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

REAL DECRETO 1126/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica bási-

ca del Ministerio de Defensa. (BOE nº 166, de 10 de julio de 2008).

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

REAL DECRETO 1662/2008, de 17 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 432/2008, de 12 de abril, por el que se reestructuran los Departamentos Ministeriales. (BOE nº 252, de 18 de octubre de 2008).

MINISTERIO DE DEFENSA

REAL DECRETO 1723/2008, de 24 de octubre, por la que se crea el sistema de centros universita-

rios de la defensa. (BOE nº 277, de 17 de noviembre de 2008).

MINISTERIO DEL INTERIOR

REAL DECRETO 1963/2008, de 28 de noviembre, por el que se desarrolla el Régimen Electoral

del Consejo de la Guardia Civil. (BOE 288, de 29 de noviembre de 2008).

ORDEN INT/3191/2008, de 4 de noviembre de creación del Consejo Social Penitenciario y de los Consejos Sociales Penitenciarios Locales. (BOE nº 270, de 8 de noviembre de 2008).

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Luis B. Álvarez Roldán
General Auditor

Es preciso recordar las ayudas a esta sección de la REDEM que viene prestando la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Aire y, en particular, al Sargento Primero Luciano Delgado Vázquez.

En el año 2008 sigue «lo militar» casi ausente de ser considerado por el Tribunal Constitucional, lo que patentiza un año más la adecuación de la actividad administrativa de los Ejércitos a las exigencias y garantías constitucionales. Lo mismo ocurre en la Jurisdicción Militar.

La identidad de sus hechos y fundamentos de derecho obligan, por razones de economía de papel, a refundir todos ellos en una sola común a ellas.

Tribunal Constitucional (Sala Primera)

- **Sentencia núm. 121/2008 de 15 octubre**
- **Sentencia núm. 130/2008 de 27 de octubre**
- **Sentencia núm. 131/2008 de 27 de octubre**
- **Sentencia núm. 132/2008 de 27 de octubre**
- **Sentencia núm. 133/2008 de 27 de octubre**
- **Sentencia núm. 138/2008 de 27 de octubre**

DERECHO FUNDAMENTAL A ACCEDER EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LAS FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS: Cargo público no representativo: función pública profesional: proceso selectivo de acceso al Centro de Formación de la Guardia Civil: declaración de no apto del recurrente en amparo: aquietamiento ante esta decisión administrativa que deviene firme y consentida: posterior corrección de otra calificación semejante mediante Sentencia contencioso-administrativa favorable a otro de los aspirantes en la misma situación: la Administración, al no extender el fallo, no hace una aplicación discriminatoria de las bases de la convocatoria, sino que se limita a nombrar alumno al otro aspirante en ejecución de dicha Sentencia: vulneración inexistente.

Recursos de Amparo núms. 8080/2006, 8483/2005, 8487/2005, 4492/2006, 4785/2006, 2357/2007.

Ponentes: Doña María Emilia Casas Baamonde.
Doña Elisa Pérez Vera.
Don Guillermo Jiménez Sánchez
Don Ramón Rodríguez Arribas
Doña Elisa Pérez Vera
Doña Elisa Pérez Vera

Recurso de amparo contra la Sentencia de 13-01-2006, la providencia de 05-05-2006 y el Auto de 10-07-2006 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (Sección Cuarta), recaídos en recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Subsecretaría de Defensa de 15-02-2002 dictada en proceso de selección. Vulneración del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos: inexistencia: denegación de amparo.

I. ANTECEDENTES DE HECHO (RESUMEN)

...

Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

...

a) El demandante, Suboficial de la Guardia Civil, tomó parte por el turno restringido en el concurso-oposición convocado por Resolución del

Subsecretario de Defensa núm. 111/1997, de 4 de junio, para el ingreso, por promoción interna, de 290 suboficiales en el Centro de Formación de la Guardia Civil al objeto de acceder a la escala ejecutiva de dicho cuerpo. De las 290 plazas, 145 se reservaban para el personal comprendido en la disposición transitoria novena del Real Decreto 1951/1995, de 1 de diciembre, entonces vigente, que permitía que hasta el 19 de enero de 1999 pudieran concurrir a estas pruebas suboficiales que no cumplían determinadas condiciones de edad o empleo estipuladas con carácter general, a los cuales, además no se les exigía la titulación académica requerida a los restantes aspirantes. El demandante concurrió a las plazas reservadas a este personal y en la fase de concurso obtuvo la sexagésima cuarta mejor puntuación. Sin embargo, en la fase de oposición prevista por aquella Resolución resultó «no apto», sin impugnar el resultado del proceso selectivo.

...

b) Otro de los participantes en el proceso selectivo, que, como el demandante de amparo, había superado la fase de concurso y no la de oposición del proceso selectivo restringido, interpuso en diferentes momentos sendos recursos ordinarios contra la convocatoria y luego contra resolución por la que se le declaraba «no apto» y se le impedía la prosecución de las pruebas selectivas. Contra la resolución que inadmitió el recurso ordinario contra la convocatoria y contra la que desestimó el dirigido contra la que le impedía la prosecución del proceso selectivo promovió dicho aspirante sendos recursos Contencioso-Administrativos ante la Sala de ese orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, registrados con los números 2645-1997 y 425-1998, que fueron acumulados. En Sentencia de 14 de diciembre de 2000 el mencionado Tribunal entiende que el sistema selectivo previsto para el turno restringido no se ajustaba al establecido en la disposición transitoria novena del Real Decreto 1951/1995, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso y promoción en las Fuerzas Armadas y Guardia Civil, pues, mientras ésta preveía al efecto un concurso restringido, la convocatoria del Subsecretario de Defensa establecía un sistema de concurso-oposición (F. 3), por lo que las bases aplicadas en dicho turno eran nulas. La Sentencia, en su fundamento jurídico 5, razona «no es posible efectuar una declaración de invalidez parcial de las bases en cuanto aplican la fase de oposición subsiguiente a la inicial del concurso en la base 5.2 y siguientes, conservando los actos aplicativos del concurso, pues el sistema selectivo aplicado, siempre respecto al personal a que se refiere la base 1.1 tiene una unidad de conjunto, siendo indisociables cada uno de sus componentes, de forma tal que no cabe escindir los actos de aplicación de la fase de concurso, ya que las ba-

ses tienen una conexión y unidad, y es en dicha consideración global como se ha producido la selección de los aspirantes que superaron las pruebas». La Sentencia estimó los recursos acumulados y declaró la nulidad de las bases de la convocatoria en lo relativo estrictamente al personal afectado por la disposición transitoria 9ª del Real Decreto 1951/1995, «nulidad que acarrea la del acuerdo también impugnado del mismo Subsecretario de 29 de diciembre de 1997 (de Defensa) por el que se desestimaba el recurso ordinario interpuesto frente a la resolución por la que se le declara (al Suboficial recurrente) no apto en la prueba de inglés por ser un acto aplicativo del anterior, anulando dichos acuerdos por no ser ajustados a Derecho». Tal Sentencia quedó firme una vez que el Tribunal Supremo declaró desierto el recurso de casación que la Administración general del Estado había preparado contra ella. Pese a que el fallo no contenía de modo explícito el reconocimiento de situación jurídica individualizada alguna, la Administración, en ejecución de la citada Sentencia, dio acceso al Centro de Formación de la Guardia Civil al Suboficial que había promovido el recurso, en atención a que la puntuación obtenida en la fase de concurso le colocaba dentro de los aspirantes llamados a cubrir las 145 plazas correspondientes al turno restringido.

...

c) El demandante de amparo, en escrito de 21 de diciembre de 2001, solicitó del Subsecretario de Defensa que se reconociera su derecho a acceder al Centro de Formación de la Guardia Civil que capacita para ingresar en la escala ejecutiva con fundamento no en el art. 110 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), sino en nuestra STC 85/1998, de 20 de abril, y con invocación del derecho a la igualdad. En resolución de 15 de febrero de 2002 el Subsecretario de Defensa desestimó la solicitud.

...

d) Don J. O. G. interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. En su demanda razonó que no reclamaba la extensión de los efectos de la Sentencia dictada el 14 de diciembre de 2000 por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el recurso núm. 2645-1997 sino, partiendo de la identidad de su situación con la del aspirante que promovió dicho recurso, a quien, en virtud de un entendimiento distinto de las bases aplicables provocado por aquella Sentencia, la Administración le había dado acceso al centro de formación, en que se hiciera para con él la misma interpretación de las bases y, en consecuencia, que se le diera también acceso a dicho centro; al no haberse hecho así se incurrió en trato desigual, por

aplicación de las bases de un mismo concurso de un modo a un aspirante y de otro modo a otro, lo que justificó con abundantes referencias y citas de la STC 10/1998, de 13 de enero. Terminó pidiendo que se reconociera su derecho a ser declarado apto para ingresar en el Centro de Formación de la Guardia Civil para el ingreso en la escala ejecutiva y, tras la superación del curso, a ser promovido al empleo correspondiente con la misma antigüedad y efectividad que fue reconocida a quienes accedieron a dicha escala en virtud de la referida convocatoria, con todos los derechos económicos y profesionales inherentes.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (RESUMEN)

...

En relación con la denunciada vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE), que en el recurso se apoya en la doctrina sentada por este Tribunal en su STC 10/1998, de 13 de enero, basta aquí con recordar que en la Sentencia a la que ahora nos remitimos (STC 87/2008) expusimos que el demandante «recibió de la Administración el mismo trato que el aspirante que impugnó ante el Tribunal Superior de Justicia la resolución que puso fin al proceso selectivo, pues a ambos exigió aquélla la realización de las dos fases que preveía la convocatoria y a los dos declaró no aptos en función del desarrollo de la de oposición. Si aquel aspirante resultó finalmente nombrado alumno del Centro de Formación de la Guardia Civil no fue porque la Administración hiciese una aplicación discriminatoria de las bases de la convocatoria, sino en ejecución de una Sentencia favorable a sus intereses dictada como consecuencia de los recursos Contencioso-Administrativos que promovió. En cambio, el demandante no ha obtenido pronunciamiento judicial alguno en su favor que obligara a la Administración a nombrarle alumno del citado Centro de Formación, sin que del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE) derive como consecuencia necesaria que la estimación del recurso contencioso-administrativo de un aspirante exija que la Administración altere el acto resolutorio del proceso selectivo para los aspirantes que lo consintieron» (F. 2).

...

Respecto a la invocada la doctrina de la STC 10/1998, de 13 de enero, añade la Sentencia a la que ahora nos remitimos que «[p]oca relación tiene el caso resuelto en nuestra STC 10/1998, de 13 de enero, con el que tenemos

ante nosotros. En éste la Administración dio originariamente el mismo trato al demandante de amparo y al aspirante con el que se compara; en aquél la Administración aplicó diferentes criterios de corrección en uno de los ejercicios de la oposición a unos y otros aspirantes; en éste el demandante de amparo consintió la resolución final del proceso selectivo, que le declaraba no apto y que era, al tiempo, un acto declarativo de derechos para los aspirantes que habían superado las pruebas; en aquél la recurrente impugnó la resolución final del proceso selectivo precisamente porque se fundaba en una aplicación discriminatoria de las bases de la convocatoria, mostrando su disconformidad con que el órgano de selección utilizara dos medidas diferentes en el seno mismo del procedimiento administrativo» (F. 4).

...

Por su parte, en relación con la queja sobre la quiebra alegada del principio de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) afirmamos en la Sentencia a la que nos remitimos que tal derecho «no se vulnera cuando ante una determinada controversia un órgano judicial da respuesta diferente a la de otro (STC 189/1993, de 14 de junio, F. 4, entre otras muchas). Hemos dicho con reiteración que la independencia judicial (art. 117 CE) permite que los órganos inferiores discrepen del criterio sostenido por el Tribunal Supremo, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la Ley (STC 165/1999, de 27 de septiembre, F. 6), lo que, con mayor razón excluye la vulneración constitucional denunciada en este caso, en el que la discrepancia se produjo entre órganos de la misma jerarquía» (F. 5).

...

En cuanto a la pretendida incongruencia omisiva, la STC 87/2008 estableció que la Sentencia en cuestión –de contenido igual en lo esencial a la ahora recurrida– «expresa una razón para no aplicar al demandante la nulidad de las bases declarada en la previa Sentencia del Tribunal de Navarra: el demandante, que «persigue que se le apliquen los efectos que entiende se derivan de la misma», ... «no fue parte» en los recursos Contencioso-Administrativos en ella resueltos. La Sentencia impugnada suministra también la razón por la que la Administración no estaba obligada a volver sobre el acto resolutorio del proceso selectivo: «el actor, a diferencia del recurrente en Navarra, no impugnó la declaración de no haber superado las correspondientes pruebas, acto que por lo tanto quedó firme y consentido»» (F. 5).

...

En suma, por los razonamientos expuestos en la citada STC 87/2008, ha de concluirse que la Resolución del Subsecretario de Defensa de 15 de

febrero de 2002 no lesionó el derecho del recurrente de acceder en condiciones de igualdad a cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE) y que las resoluciones judiciales del Tribunal Superior de Justicia de Madrid aquí impugnadas no vulneraron ni el principio de igualdad en la aplicación de la Ley ni el derecho a la tutela judicial efectiva por haber incurrido en incongruencia omisiva, por lo que, como en aquel caso, procede la entera desestimación del recurso de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don ...

COMENTARIO

Parece claro la no impugnación de la declaración de no haber superado la fase de «oposición», tras superar la previa de «curso», lo cual hizo consentida y firme tal exclusión. La igualdad alegada no existe al basarla en otra convocatoria distinta convocada en diferente resolución administrativa.

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 112/2008 de 29 septiembre

DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES: Error judicial: de relevancia constitucional: requisitos: a) ha de ser determinante de la decisión adoptada; b) debe ser atribuible al órgano que lo cometió, no a la negligencia o mala fe de la parte; c) ha de producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano; Jurisdicción y proceso contencioso-administrativo: expediente sobre declaración de inutilidad física: denegación de reapertura por faltar el dic-

tamen emitido por el órgano competente: error patente en la determinación del material fáctico en que se asienta la decisión judicial, que reúne todos los requisitos para tener relevancia constitucional: vulneración existente.

Recurso de Amparo núm. 2484/2006

Ponente: Don Manuel Aragón Reyes

I. ANTECEDENTES DE HECHO (RESUMEN)

Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El recurrente en amparo, guardia civil, sufrió estando de servicio un accidente de circulación el 17 de mayo de 1988 que le produjo varias lesiones, principalmente en su pierna derecha, y por el que pasó el 15 de julio de 1991 reconocimiento médico ante el Tribunal Médico Militar Regional de las Palmas, que dictaminó en el acta núm. 479-1991 su utilidad para el servicio de armas, al no estar las secuelas postraumáticas que presenta el recurrente incluidas en el cuadro médico de exclusiones, siendo confirmado este dictamen por el Tribunal Médico Central del Ejército, que consideró que las secuelas efectivamente no están incluidas en el cuadro médico de exclusiones, pero podían ser determinantes del pase del recurrente a la situación de reserva por pérdida de aptitudes psicofísicas. De conformidad con dicho dictamen el Ministro de Defensa acordó por Orden de 13 de noviembre de 1995 el pase del recurrente a la situación de retiro por insuficiencia de condiciones psicofísicas. El recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente contra esta orden, en el que solicitaba que se declarase su inutilidad física ocurrida en acto de servicio, fue desestimado por Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 1998. Asimismo, por Sentencia de 4 de febrero de 1999 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias inadmitió el recurso contencioso-administrativo que el recurrente había interpuesto contra el acta del Tribunal Médico Central del Ejército en que se fundamenta la citada Orden de retiro por pérdida de aptitudes psicofísicas.

b) Mientras se sustanciaba el anterior procedimiento administrativo, el recurrente sufrió el 27 de noviembre de 1992 un segundo accidente, que le produjo nuevas lesiones en su pierna derecha, por las que fue reconocido el 5 de julio de 1993, el 15 de noviembre de 1993 y el 5 de abril de 1994 por

el Tribunal Médico Militar Regional de las Palmas, que dictaminó finalmente en el acta núm. 106-1994, de 5 de abril, que las secuelas postraumáticas que presenta el recurrente en su tobillo derecho y que tienen relación con el servicio le incapacitan laboralmente para aquellas profesiones que precisen de bipedestación o marchas prolongadas, estando incluidas en el cuadro médico de exclusiones, proponiéndose por el Tribunal Médico su exclusión total para el servicio de armas.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (RESUMEN)

...

El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de 15 de octubre de 2004 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y contra el Auto de 19 de enero de 2006 que desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a aquélla, alegando el recurrente la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que entiende vulnerado porque la Sentencia desestimó su recurso contencioso-administrativo incurriendo en incongruencia omisiva y en error patente, vicios que no reparó el órgano judicial al resolver el incidente de nulidad, pese a reconocer que la Sentencia es notoriamente deficiente y está plagada de errores.

...

Además del vicio de incongruencia omisiva, el recurrente imputa a la Sentencia impugnada haber incurrido en error patente, pues fundamenta su fallo en un hecho erróneo, cual es la inexistencia del preceptivo dictamen médico, dimanante de órgano competente de la Sanidad Militar, sobre la calificación de las lesiones y secuelas derivadas del segundo accidente, cuando lo cierto es que obraba en las actuaciones el acta núm. 106-1994, de 5 de abril, del Tribunal Médico Militar Regional de Las Palmas, documento fundamental para el reconocimiento de lo que se solicitaba por el recurrente, que no era otra cosa que la reapertura de su expediente de declaración de inutilidad física en relación con las lesiones y secuelas derivadas del segundo accidente, sufrido el 27 de noviembre de 1992, y ello con fundamento precisamente en el dictamen contenido en la referida acta núm. 106-1994 del Tribunal Médico Militar Regional de Las Palmas.

...

pues, a pesar de que el propio órgano judicial reconoce en el Auto que desestima el incidente de nulidad que la Sentencia «es notoriamente deficiente y está plagada de errores», lo cierto es que, como en el mismo Auto

se señala, la Sentencia resuelve la pretensión planteada, de suerte que en el presente caso no ha quedado imprejuizada o sin respuesta ninguna pretensión ni alegación sustancial sometida a la consideración del órgano judicial en momento procesal oportuno, lo que determina que deba descartarse la pretendida incongruencia omisiva que alega el recurrente.

...

Resta por examinar si la Sentencia impugnada incurrió en error patente con relevancia constitucional, vulnerando así el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, como sostienen éste y el Ministerio Fiscal.

...

Este Tribunal tiene reiteradamente declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva requiere respuestas judiciales fundadas en Derecho, como garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, pues, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, F. 3; 25/2000, de 31 de enero, F. 2; 87/2000, de 27 de marzo, F. 3; 82/2001, de 26 de marzo, F. 2; 221/2001, de 31 de octubre, F. 6; 55/2003, de 24 de marzo, F. 6; y 223/2005, de 12 de septiembre, F. 3, entre otras muchas).

...

Ahora bien, para que un error, en tanto que manifestación del Juzgador no ajustada a la realidad, pueda afectar al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es necesario que concurren en él ciertas características, pues no toda inexactitud o equivocación del Juzgador tiene relevancia constitucional. Así, en primer término, el error ha de ser patente, manifiesto, evidente o notorio, en cuanto su existencia es inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales. El error ha de ser, en segundo lugar, determinante de la decisión adoptada, de forma que constituya el soporte único o fundamental de la resolución, su ratio decidendi, de tal suerte que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica pierde el sentido y alcance que la justificaba y no puede conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el error. Además, la equivocación debe ser atribuible al órgano que la cometió, es decir, no imputable a la negligencia o mala fe de la parte. Por último, el error ha de producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano. En resumen, para alcanzar relevancia constitucional, el error ha de ser patente, determinante de la decisión, atribuible al órgano judicial que lo comete y debe producir efectos negativos en la esfera del ciudadano (SSTC 172/1985, de 16 de diciembre, F. 7; 107/1987, de 25 de junio, F. 1; 190/1990, de 26 de noviembre, F. 3; 219/1993, de

30 de junio, F. 4; 162/1995, de 7 de noviembre, F. 3; 63/1998, de 17 de marzo, F. 2; 206/1999, de 8 de noviembre, F. 4; 89/2000, de 27 de marzo, F. 2; 169/2000, de 26 de junio, F. 2; 281/2000, de 27 de noviembre, F. 3; 287/2006, de 9 de octubre, F. 2; 362/2006, de 18 de diciembre, F. 2; y 161/2007, de 2 de julio, F. 4, por todas).

...

Pues bien, este razonamiento pone de manifiesto que el órgano judicial ha incurrido en la Sentencia impugnada en el error patente con relevancia constitucional que denuncian el recurrente y el Ministerio Fiscal. En efecto, como ha sido expuesto con más detalle en los antecedentes, consta en las actuaciones la existencia un dictamen médico, recogido en el acta num. 106-1994, de 5 de abril, del Tribunal Médico Militar Regional de Las Palmas, que analiza la capacidad para el servicio del demandante y propone su exclusión total, siendo precisamente este documento en el que el recurrente fundamentaba su pretensión de reapertura del expediente de declaración de inutilidad física en relación con las lesiones y secuelas derivadas del segundo accidente, sufrido el 27 de noviembre de 1992. Además, la propia Sentencia impugnada, en su fundamento jurídico primero, hace expresa mención del dictamen médico contenido en el acta núm. 106-1994, con referencia a los folios correspondientes del expediente administrativo en que consta la misma, «en la que se reconoce la inutilidad física producida por accidente en acto de servicio», pese a que finalmente fundamente la ratio decidendi desestimatoria del recurso (fundamento jurídico sexto) en la inexistencia de dictamen médico, según se ha visto.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don F. V. S. S. y, en consecuencia:

1º Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2º Declarar la nulidad de la Sentencia dictada el 15 de octubre de 2004 (PROV 2004, 303207) por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el procedimiento ordinario núm. 346-2002 y del Auto de 19 de enero de 2006 que desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a dicha Sentencia.

3º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al del pronunciamiento de la Sentencia para que se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

COMENTARIO

El error de hecho es evidente en la Sentencia del T.S. de Justicia de Canarias, al omitir la existencia en el expediente administrativo que «su inutilidad física fue producida por accidente en acto de servicio».

Se trata una vez más de resoluciones en las que la celeridad impide ver con claridad y precisión el total de los expedientes y por ende de los hechos que se debieron enjuiciar, achacables en esta ocasión a un órgano judicial ajeno a lo militar.

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Auto núm. 143/2008 de 9 junio

DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES: Control judicial de la discrecionalidad de la Administración Pública: procedimientos disciplinarios: indemnización por daños morales: falta de pronunciamiento sobre el eventual trato inhumano y degradante contra el demandante al no haber sido alegado en el proceso a quo: violación inexistente; Motivación: fijación global del quantum indemnizatorio: innecesariedad de cuantificación separada de los factores o conceptos tenidos en consideración: indemnización que no puede tacharse de irrazonable o desconectada de las concretas circunstancias del caso: vulneración inexistente.

Recurso de Amparo núm. 4433/2005

I. ANTECEDENTES DE HECHO (RESUMEN)

...

Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son resumidamente los siguientes:

a) Mediante escrito de 13 de octubre de 1998 el demandante de amparo, a la sazón Capitán del Ejército de Tierra, formuló ante el Ministerio

de Defensa reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado solicitando una indemnización de 98.400.000 pesetas por razón de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la instrucción de una serie de expedientes disciplinarios y diligencias informativas y previas instruidos por diversas autoridades militares y judiciales y, más tarde, bien anulados judicialmente, bien concluidos sin declaración de responsabilidad.

b) Frente a la desestimación por silencio administrativo de su solicitud, el recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que, por Sentencia de 26 de abril de 2001 (PROV 2001, 181999), acordó estimar parcialmente el recurso formulado declarando el derecho del recurrente a ser indemnizado en la cantidad 5.200.000 pesetas; concretamente 3.7000.000 de pesetas por «los daños acreditados con facturas y minutas obrantes en el expediente administrativo» y 1.500.000 pesetas en concepto de «daños morales, incluidos los días que estuvo privado de libertad». Para llegar a esta conclusión el órgano judicial atiende, según reza literalmente en la Sentencia, «a los siguientes criterios: a) en primer lugar, al principio general inspirador de la materia ya referida de reparación integral de los perjuicios sufridos; b) en segundo lugar, a los efectivos perjuicios sufridos por el reclamante; c) en tercer lugar, el reconocimiento en base a los miso hechos que de otros suma y al amparo de otra vía de resarcimiento que haya podido tener lugar, y d) finalmente, que en ningún modo puede lograrse un enriquecimiento injusto del perjudicado».

c) Contra esta Sentencia el demandante de amparo interpuso recurso de casación denunciando, entre otros motivos de oposición, el trato degradante contrario al art. 15 CE al que había sido sometido como consecuencia de instrucción en su contra de los mencionados expedientes y el carácter arbitrario e irrazonable del quantum indemnizatorio fijado por la Sentencia en concepto de daños morales, muy alejado de las exigencias constitucionales de motivación que exige el art. 24.1 CE y que no comprende tampoco, entre otras partidas, el abono de los correspondientes intereses legales.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (RESUMEN)

...

Como con más detalle se ha expuesto en los antecedentes de esta resolución el recurrente en amparo reprocha a las Sentencias impugnadas la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE por un doble motivo. Primero, por no declarar formalmente que los procedimientos disciplinarios instruidos en su contra escondían en realidad una

auténtica e inicua persecución y, en consecuencia, un trato inhumano y degradante contrario al art. 15 CE. Y, segundo, por carecer de la motivación suficiente, pues, a su juicio, la Sentencia de instancia, luego confirmada en casación, fija la indemnización por daños morales sin expresar las bases y criterios utilizados para determinar su cuantía, que en todo caso considera, además, notoriamente insuficiente.

...

Estas tachas, como advierte el Ministerio Fiscal, carecen manifiestamente del imprescindible contenido constitucional que justifique una decisión sobre el fondo [50.1 c) LOTC]. Patentemente, en el primer caso, porque, según el Tribunal Supremo advirtiera ya al recurrente al rechazar idéntica queja, la pretensión indemnizatoria planteada por aquél en el proceso judicial no reclamaba ningún pronunciamiento sobre el posible trato inhumano y degradante supuestamente recibido, pues, con arreglo al art. 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPJ-PAC), y es incontrovertible, la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública únicamente exige que el particular haya sufrido una lesión como consecuencia del funcionamiento de un servicio público, con entera independencia de la ilegalidad o de la calificación jurídica que deba merecer la actuación administrativa causante del daño. Por consiguiente, no ventilándose en el proceso judicial a quo la ilegalidad de la actividad administrativa considerada por supuesta infracción del art. 15 CE, no se advierte tampoco en qué forma el déficit que por este motivo reprocha el recurrente a las Sentencias impugnadas ha podido efectivamente vulnerar su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE

...

No mucho mayor vigor tiene, por su parte, la segunda de las denuncias de vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva, que denuncia el recurrente, y que asimismo debemos rechazar. En forma manifiesta, también ahora, porque el hecho de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional no pormenorice los criterios de valoración utilizados para calcular la indemnización en concepto de daños morales que fija, o el que no cuantifique por separado las distintas partidas indemnizatorias parciales que integran ese concepto, no es, en sí mismo, ningún signo ni, menos aún, ninguna demostración de la falta de fundamentación y de la arbitrariedad que reprocha el recurrente.

...

Pero sobre todo, de otra parte, no puede desconocerse que cuantificar económicamente los perjuicios morales sufridos con arreglo a paráme-

tros o criterios objetivos es por lo común una labor sumamente difícil. Esta significada dificultad, que está reconocida por abundante doctrina del Tribunal Supremo y que ha sido corroborada también por este Tribunal (STC 122/1991, de 3 de junio, F. 3), fuerza que la determinación de la indemnización, que pertenece, por otra parte, al prudente arbitrio del Tribunal de instancia, sea siempre una cuestión de difícil motivación, que no se presta a explicaciones minuciosas. Y justifica también, como recuerda el Ministerio Fiscal con cita de la doctrina de este Tribunal, que, las más de las veces, el quantum indemnizatorio se fije por el Juez de un modo global y sin que en ningún caso sea necesario que la cantidad globalmente fijada represente la suma de las parciales en que puedan cuantificarse por separado cada uno de los factores o conceptos tomados en consideración, ni que haya que especificar de manera singularizada cuáles son esos conceptos parciales (STC 122/1991, de 3 de junio, F. 3).

Con estos presupuestos la indemnización fijada por el Juez de instancia en concepto de daños morales, incluidos los días de privación de libertad, en atención precisamente, tal y como se ha dejado constancia en los antecedentes, a los perjuicios realmente sufridos por el recurrente, al reconocimiento por los mismos hechos de una indemnización previa y a la necesidad de observar el límite del enriquecimiento injusto del perjudicado, en modo alguno, como también es el criterio del Ministerio Fiscal, puede tacharse de irrazonable o desconectada de las concretas circunstancias subjetivas y objetivas del caso, ni, por lo mismo, carente del imprescindible fundamento, toda vez que esa explicación y los hechos consignados en la Sentencia de instancia revelan de manera suficiente, aunque sea implícita, las razones y discurso lógico que determinaron la decisión judicial.

Por lo expuesto, la Sección

ACUERDA

Inadmitir el presente recurso de amparo núm. 4433-2005.

COMENTARIO

La acertada inadmisión del amparo solicitado se basa en la dificultad de razonar exhaustivamente los daños morales y mas aún que, admitiendo

estos en la Sentencia, sea posible discutir la cuantificación de estos en base al derecho constitucional a la «tutela judicial efectiva».

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Auto núm. 296/2008 de 29 septiembre

Recurso de Amparo núm. 6795/2006

Recurso de amparo contra Auto de 29-05-2006, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la Sentencia de 22-03-2006, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso de apelación que desestimó su recurso, confirmando la denegación que hizo el Juzgado de instancia de su pretensión de ser declarado inútil para el servicio por deficiencias psicofísicas. Vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales por error judicial: carencia manifiesta de contenido constitucional: inadmisión de amparo.

I. ANTECEDENTES DE HECHO (RESUMEN)

...

Los hechos relevantes para el enjuiciamiento del presente recurso de amparo son, en esencia, los siguientes:

a) La Junta médico pericial ordinaria núm. 13 del Hospital central de la defensa, como consecuencia del examen que le realizó en fecha 28 de abril de 2004, dictaminó que don E. M. G., Guardia Civil, padecía trastorno de la personalidad de tipo mixto y toxico filia, de etiología disposicional, de fecha de inicio imprecisa, de carácter definitivo e irreversible, que le imposibilita totalmente para las funciones propias de su cuerpo, escala, plaza o carrera, no constituyendo incapacidad absoluta y permanente para todo tipo de trabajo, ni gran invalidez, siendo una incapacidad notoria, con un grado de minusvalía del 25%, incluida en el apartado 268, Letra A, coeficiente 5, del cuadro de condiciones psicofísicas aprobado por el Real Decreto 944/2002.

El Excmo. Sr. General Jefe de la Jefatura de personal de la Subdirección de personal de la Guardia Civil, a raíz de los resultados de ese examen, ordenó que se instruyese al Sr. M. expediente de pérdida de condiciones psicofísicas, que fue identificado con el núm. BA/2004/0690, dentro del cual se practicaron una serie de diligencias pero, transcurrido el plazo máximo de tiempo legalmente establecido para resolver, no recayó resolu-

ción expresa. Destaca entre dichas diligencias a los efectos de este recurso de amparo el dictamen de la Junta de evaluación permanente, que en su sesión de 26 de octubre de 2004, considerando que el actor sufre una discapacidad moderada y compatible con actividades comunes a las Fuerzas Armadas y al ámbito civil, propone la utilidad del actor con limitación, pues cabe su reincorporación laboral excepto en los destinos de Armas.

b) El interesado, entendiendo que esas circunstancias implicaban que se tuviera por producido un silencio administrativo negativo que le dejaba expedita la vía judicial, entabló recurso contencioso-administrativo contra la falta de resolución expresa por parte del Ministerio de Defensa de dicho expediente, que fue tramitado por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo num. 4 como procedimiento abreviado núm. 148-2005 y estimado parcialmente por Sentencia de 5 de septiembre de 2005. De un lado, reconoce al actor «el derecho a que el Ministerio de Defensa, en el plazo máximo de dos meses, contados desde la recepción de esta Sentencia, se pronuncie, a través de la oportuna resolución expresa, sobre la inutilidad, la utilidad o la inutilidad con limitaciones para el Servicio del demandante, previos dictamen de la Junta médico pericial psiquiátrica de la Sanidad militar y Audiencia al referido interesado». De otro, a falta de prueba pericial practicada judicialmente y dado que los dos dictámenes obrantes en el expediente son contradictorios, tácitamente rechaza la petición del actor de que se declarase su inutilidad.

c) El Sr. M. recurre en apelación y la Audiencia Nacional, mediante Sentencia de 22 de marzo de 2006 (PROV 2006, 117927), desestima el recurso de apelación, confirmando íntegramente el fallo y los argumentos de la Sentencia recurrida. Dice, por lo que aquí interesa, que «las conclusiones a que llegan las dos Juntas médicas son distintas partiendo del mismo diagnóstico, no existiendo ningún otro elemento al respecto. Así, la parte apelante no aportó ninguna prueba en la primera instancia. Conforme a ello, la Sala carece en estos momentos de elementos necesarios para declarar si procede o no la insuficiencia de condiciones psicofísicas del apelante, habiendo podido dicha parte aportar dichos elementos, por lo que procede desestimar el recurso de apelación».

d) Contra esta Sentencia el recurrente promovió incidente de nulidad de actuaciones, que funda en que la Sentencia, al dar prevalencia a la Junta de evaluación permanente, que no es un órgano médico, y no a la Junta médico pericial, que sí lo es, es incongruente. El órgano judicial, razonando que en el caso enjuiciado no existe ningún defecto de forma causante de indefensión ni incongruencia en el fallo, dicta Auto de 29 de mayo de 2006 por el que desestima el incidente de nulidad de actuaciones.

Contra estas resoluciones judiciales el Sr. M. interpone recurso de amparo que registra en este Tribunal el día 27 de junio de 2006, imputando a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2006 (PROV 2006, 117927) haber incurrido en un error patente lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva tutelado por el art. 24.1 CE. En el desarrollo de su queja el recurrente alega que, de los dos que dictaminaron, sólo el primero era un órgano médico, de suerte que la única prueba a tener en cuenta, que era su dictamen, acreditaba sin ambages la situación de inutilidad para el servicio del actor. Por el contrario, dice el recurrente, la Junta de evaluación permanente no es un órgano médico sino un órgano que informa los expedientes y los eleva a la resolución del Ministro de Defensa, de suerte que su dictamen, en el que se basa la Sentencia para entender que los elementos de prueba obrantes en el expediente son contradictorios, no puede tener el valor que la Sentencia le da. En fin, sostiene él, si el órgano judicial no hubiera incurrido en el error patente de considerar a la Junta de evaluación permanente como un órgano técnico no habría tenido en cuenta su dictamen y, en consecuencia, el único medio de prueba restante, esto es, el dictamen de la Junta médico pericial ordinaria núm. 13 del Hospital Central de la Defensa, habría acreditado sin lugar a dudas que sufría una discapacidad tal que procedía la declaración de inútil para el servicio.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (RESUMEN)

...

El Sr. M. interpone su demanda de amparo contra el Auto de 29 de mayo de 2006 que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la Sentencia de 22 de marzo de 2006 (PROV 2006, 117927) dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso de apelación 2-2006, que desestimó dicho recurso de apelación, confirmando la denegación que hizo el Juzgado de instancia de su pretensión de ser declarado inútil para el servicio por deficiencias psicofísicas.

...

Hemos de comenzar analizando si el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la Sentencia a la que el demandante imputa el error patente con relevancia constitucional es un recurso manifiestamente improcedente y, por tanto, determina que el presente recurso de amparo deba inadmitirse por extemporáneo.

...

Este Tribunal ha advertido en repetidas ocasiones, y así lo ha recordado recientemente la STC 14/2008, de 31 de enero, que «el concepto de «recurso manifiestamente improcedente» debe, en el contexto considerado, aplicarse de forma restrictiva y limitada a los supuestos en los que la improcedencia del remedio procesal intentado derive de manera terminante, clara e inequívoca del propio texto legal, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad. De ahí precisamente que, como también está subrayado en esa misma jurisprudencia constitucional, este Tribunal haya declarado que los recursos, aun cuando sean improcedentes, suspenden el plazo para recurrir en amparo que previene el art. 44.2 LOTC cuando «de las circunstancias del caso se colija que el recurrente obra en la creencia de que hace lo correcto y, por consiguiente, actúa sin ánimo dilatorio» (por todas, últimamente, SSTC 23/2005, de 14 de febrero, F. 3; 246/2005, de 10 de octubre, F. 2; y 17/2006, de 30 de enero, F. 3)».

...

Aplicando esta doctrina al presente asunto, y teniendo en cuenta que el incidente de nulidad de actuaciones que promovió el recurrente fue admitido a trámite, examinado y resuelto por el órgano judicial, no es posible concluir que el citado incidente fuera en rigor un recurso manifiestamente improcedente o promovido con ánimo simplemente dilatorio, por lo que su objeción de extemporaneidad debe ser rechazada.

...

Es consolidada jurisprudencia de este Tribunal, resumida entre otras muchas en la reciente STC 132/2007, de 4 de junio (F. 4), que para comprobar si efectivamente una resolución judicial ha incurrido en un error patente con relevancia constitucional es preciso que concurran los siguientes requisitos: a) que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (*ratio decidendi*), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución judicial pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido su sentido de no haberse incurrido en el error; b) que sea atribuible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte; c) ha de ser de carácter eminentemente fáctico, además de patente, esto es, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y sin necesidad de recurrir a ninguna valoración o consideración jurídica; y d) ha de producir efectos negativos en la esfera del ciudadano. (STC 221/2007, de 8 de octubre, F. 3).

...

Teniendo presente esta doctrina, e independientemente de si, como alega el Fiscal, la *ratio decidendi* de la Sentencia es distinta de la materia sobre

la que recae el pretendido error patente, lo cierto es que, refiriéndolo el recurrente a la naturaleza que tenga la Junta de evaluación permanente y su proyección sobre el valor probatorio de sus dictámenes, el dicho pretendido error patente no puede tener relevancia constitucional porque la cuestión objeto del mismo no es eminentemente fáctica sino estrictamente jurídica, de suerte que este recurso de amparo carece manifiestamente de contenido constitucional, procediendo su inadmisión conforme al art. 50 1 c) LOTC.

Por lo expuesto, la Sección

ACUERDA

Inadmitir el presente recurso de amparo, interpuesto por don E. M. G.

COMENTARIO

La confusión del error fáctico a supuestos estrictamente jurídicos imposibilita considerar el amparo constitucional como si un «error judicial» se tratara.

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Auto núm. 341/2008 de 28 octubre

Recurso de Amparo núm. 6925/2004

Recurso de amparo contra Sentencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Militar Territorial, que consideran ajustada a derecho la Resolución de fecha 14-09-2000, por la que se impuso la sanción de tres días de arresto al demandante, guardia civil, como autor de una infracción leve falta leve, en aplicación del art. 10.1 y 2 de la LO 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil: elevación al Pleno de la cuestión de inconstitucionalidad por posible contradicción con el art. 25 de la CE.

I. ANTECEDENTES DE HECHO (RESUMEN)

...

Mediante escrito registrado en este Tribunal el 19 de noviembre de 2004 el demandante interpuso recurso de amparo contra las resoluciones citadas en el encabezamiento. Los hechos en los que se fundamenta la demanda

son, sucintamente expuestos, los siguientes: el demandante, Guardia Civil, fue sancionado mediante Resolución de 14 de septiembre de 2000 a tres días de arresto, sin perjuicio del servicio, como autor responsable de una infracción leve, prevista en el art. 7.10 de la Ley Orgánica de régimen disciplinario de la Guardia Civil(en adelante LODGC), por «inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas». Impugnada la resolución sancionadora, tanto el Tribunal militar territorial primero, como el Tribunal Supremo consideraron ajustada a Derecho la sanción impuesta.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (RESUMEN)

ÚNICO

El art. 55.2 LOTC, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, dispone que «en el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la Ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar Sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes».

Como ha quedado expuesto con más detalle en los antecedentes, el recurrente, miembro de la Guardia Civil, fue sancionado mediante Resolución de 14 de septiembre de 2000, a tres días de arresto, sin perjuicio del servicio, como autor responsable de una infracción leve, prevista en el art. 7.10 de la Ley Orgánica de régimen disciplinario de la Guardia Civil (LODGC) por «inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas».

Esta Sala estima que procedería la estimación de la demanda de amparo presentada por la colisión del art. 10.1 y 2, de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, con el art. 25.3 CE, en cuanto que prevé como posible sanción privativa de libertad el arresto, bien domiciliario, bien en establecimiento disciplinario militar, por la comisión de infracciones leves y graves, respectivamente; previsión que abarcaría, incluso, a las infracciones cometidas por los miembros de la Guardia Civil en el desarrollo de funciones no militares.

Por tanto, la Sala

ACUERDA

Elevar la cuestión interna de inconstitucionalidad, con suspensión del plazo para dictar Sentencia del recurso de amparo núm. 6925-2004, sobre

el art.10.1 y 2, de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, en los términos establecidos en el fundamento jurídico único.

COMENTARIO

Los «tres días de arresto sin perjuicio» del servicio significan que el arresto consiste, en que fuera del horario laboral, se le prohíbe salir del acuartelamiento, o no salir de su domicilio.

La modificación de la L.O. 6/2007. en su artículo 55.2, exige que el recurso de amparo deba resolverse por el pleno del Tribunal Constitucional.

¿No es un exceso de dispendio de garantías constitucionales el acudir al máximo de «excelsos juristas» por tan leve lesión?

¿No es un exceso de gasto económico? ¿No es una dilación de la resolución: en 2009, de un arresto por falta leve en 2000?

Sin comentarios.

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA

Dra. Eva María Bru Peral
Magistrado, miembro del Cuerpo Jurídico.

I.- ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA

A) ZONA DE SEGURIDAD

SAN, SECCIÓN 5ª, DE 1 DE ABRIL DEL 2009

RECURSO: 112/2008. PONENTE: JOSE MARIA GIL SAEZ

Se analiza en esta sentencia la Resolución de 19 de febrero de 2008, del Director General de Infraestructura, dictada por delegación del Ministro de Defensa, que acuerda el desmantelamiento o demolición de todo el vallado perimetral y retirada del arbolado ubicado en una parcela del Polígono de Sangonera la Seca, Murcia.

La Sala establece que: *«la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional, con el fin de salvaguardar los intereses de la Defensa Nacional, así como la seguridad y la eficacia de sus organizaciones e instalaciones, impone límites a los derechos sobre los bienes situados en algunas de las zonas que enuncia (artículo 1)».*

«Entre estas zonas están las «zonas de seguridad», denominación que corresponde a las extensiones situadas alrededor de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar y que persiguen asegurar la actuación eficaz de los medios de que dispongan aquellas instalaciones, así como al aislamiento conveniente para garantizar

la seguridad y, en su caso, la de las propiedades próximas cuando dichas instalaciones entrañen peligrosidad para ellas (artículo 3)».

«Las zonas de seguridad pueden ser de dos tipos: «zona próxima» y «zona lejana» (artículo 7)».

«En la zona próxima de seguridad queda prohibida la realización, sin autorización del Ministro correspondiente, de obras, de trabajos, de instalaciones o de actividades de clase alguna (artículo 9)».

«La misma Ley, dispone en el artículo 29 que «las infracciones de las disposiciones prohibitivas o limitativas que se contengan en los Decretos por los que se establecen las zonas de interés para la Defensa Nacional al amparo de lo dispuesto en el artículo 5 de esta Ley, así como las que vulnere lo dispuesto en los artículos 9, 11, 12, 18 y 19 de la misma, podrán dar lugar al acuerdo de demolición parcial o total, o al de expropiación, según los casos...».

«El Real Decreto 689/1978, también citado, contempla algunas especialidades, puesto que atribuye el otorgamiento de la autorización a las «autoridades regionales» respecto los aprovechamientos agrícolas o forestales (apartado 2 del artículo 12) y exonera de la autorización a «las obras de mera conservación de las edificaciones o instalaciones ya existentes o previamente autorizadas» (apartado 3 del mismo artículo 12).

CUARTO.- A la luz de estas normas aparece como hecho indiscutido por las partes que la parcela NUM000 (NUM001) del polígono NUM002, de Sangonera La Seca (Murcia), propiedad de la parte actora se encuentra dentro del perímetro clasificado como Zona de Seguridad de las instalaciones militares, determinado en el art. 10.1 del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional, y en concordancia con los límites de la Zona próxima de Seguridad, que establece la Orden de Defensa 2.281/2003, de 28 de julio, por la que se señala la zona de seguridad de la Base Aérea de Alcantarilla (Murcia), incluida en el grupo primero (art. 8 del capítulo II del título primero del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero)».

«Así mismo consta en el dictamen de la Asesoría Jurídica de la Defensa, que se integra como motivación de la resolución impugnada, que el vallado perimetral de la finca de los actores, los árboles frutales y la vivienda sita en el interior de la finca supone un riesgo para la seguridad, y se trata de unas construcciones efectuadas sin la autorización del Ministerio de Defensa.»

«Esta ausencia de autorización proyecta sus efectos jurídicos no obstante las construcciones sean anteriores a tal declaración, frente a lo que

alega la parte demandante, por cuanto la necesidad de autorización aparece desde que el terreno se incluye en la zona de seguridad; nótese cómo el apartado 2 del artículo 12 del Real Decreto 689/1978 contempla una peculiaridad en la obtención de autorizaciones para, precisamente, «aprovechamientos agrícolas o forestales», lo que implica que, incluso para estos cultivos, se requiere tal autorización. A este respecto, la referida Ley 8/1975 resulta aplicable desde su entrada en vigor, previendo mecanismos de resarcimiento para las servidumbres o limitaciones que conlleva (artículos 28 y concordantes) en los términos precisados por el Tribunal Supremo (así, Sentencia de 13 de marzo de 1992)».

B) ZONA DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL
STS, SECCIÓN 4ª, DE 24 DE FEBRERO DEL 2009
RECURSO: 5525/2006. PONENTE: ANTONIO MARTI GARCIA

Se analiza en la presente sentencia la impugnación de la Orden del Ministerio de Defensa 734/2005, de 15 de marzo, que señala nueva zona de seguridad en la Base Jaime I en Bétera, e indirectamente el Real Decreto 689/78 de 10 de febrero.

El Tribunal Supremo parte de que: *«conforme a lo dispuesto en los artículos 1 a 14 de la Ley 8/75 de 12 de marzo, es el Gobierno por medio del Ministerio competente al que el corresponde el determinar y declarar la zona de interés para la defensa nacional sin más que hacer la comunicación oportuna a los Ayuntamientos en que radiquen las instalaciones, cual exige el artículo 14 de la Ley citada, el artículo 30 del Real Decreto 689/78 de 10 de febrero y ello en el supuesto de autos se ha cumplido».*

«Sin olvidar en fin que en el caso de autos no se trata de la creación ex novo de una instalación de interés para la defensa nacional sino de una continuación y modificación de la ya existente autorizada y aprobada por Orden 173/82 de 17 de diciembre, debiéndose destacar que, como consta en el expediente la superficie afectada por las zonas de seguridad próxima y lejana por la nueva Orden de 734/2005, que es la impugnada en la litis, viene a coincidir con la definida anteriormente en la Orden de 1982 y se adecua a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional».

En cuanto al contenido de la Orden impugnada, precisa la sentencia que si bien *«es cierto que el preámbulo de la Orden se limita a decir o justificarla por el tiempo transcurrido, el cambio de denominación, no hay que olvidar que también se refiere a las nuevas necesidades derivadas del*

alojamiento de nuevas Unidades en la instalación y esas nuevas unidades si bien en alguno de los documentos se definen por siglas y abreviaturas, –cuya concreción podía haber sido interesada–, es lo cierto que existen otros documentos en los que especifican cual y cuales son esas nuevas unidades que justifican el nuevo tratamiento como se advierte entre otros del documento fechado el 9 de mayo de 2005 y que obra en el expediente al folio 9 y 10».

II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

A) ACTOS FIRMES Y CONSENTIDOS

STS, SECCIÓN 6ª, DE 12 DE MAYO DEL 2009

RECURSO: 8595/2004. PONENTE: OCTAVIO JUAN HERRERO PINA

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación presentado en relación con una reclamación de responsabilidad patrimonial presentado por considerar el recurrente que una concatenada situación de disposiciones adversas ha contribuido a su mala situación económica una vez jubilado, puesto que, primero, se le denegó el pase a la situación de supernumerario a la que tenía derecho según la Ley de 20-XII-1952, en segundo lugar se le envió a un destino no burocrático, pese a su enfermedad reconocida, y, además, no se le cursó una petición.

El Tribunal Supremo estimó que: *«el requisito de la antijuridicidad se viene a indicar que el carácter indemnizable del daño no se predica en razón de la licitud o ilicitud del acto causante sino de su falta de justificación conforme al ordenamiento jurídico, en cuanto no impone al perjudicado esa carga patrimonial y singular que el daño implica».*

«Así se ha reflejado por la jurisprudencia, señalando que la antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración (S. 13-1-00, que se refiere a otras anteriores de 10-3-98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00). En el mismo sentido, la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, señala: «esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre

no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003)».

Y esta la es la situación planteada por el recurrente en la instancia, en cuanto trata de obtener la reparación de unos perjuicios que atribuye a actuaciones administrativas, cuyos efectos tiene el deber de soportar en cuanto se trata de actos administrativos firmes y consentidos en su momento»

B) HUNDIMIENTO DEL BUQUE «AEGEAN SEA» (MAR EGEO)
STS, SECCIÓN 6, DE 22 DE ABRIL DEL 2009
RECURSO: 5533/2004. PONENTE: AGUSTIN PUENTE PRIETO

Los hechos relativos a la sentencia del Tribunal Supremo son los siguientes:

El 3 de diciembre de 1992 el buque «AEGEAN SEA», en adelante «Mar Egeo», naufragó al intentar realizar las maniobras de entrada en el Puerto de A Coruña, perdiendo la carga de petróleo que portaba. Durante el año 1993 MUSINI S.A., aseguradora de REPSOL le abonó a ésta la cantidad de 11.501.787,51\$ en concepto del valor de la carga perdida, descontando el valor de la parte de la misma que se había recuperado.

Como consecuencia del siniestro descrito, se incoaron las actuaciones oportunas ante la Jurisdicción Penal que culminaron con la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de A. Coruña de 30 de abril de 1996 que condenó por un delito de imprudencia temeraria al capitán del buque y al Práctico del Puerto, declarando la responsabilidad civil directa y solidaria de la compañía aseguradora UNITED KINGDOM MUTUAL STEAMSHIP ASSURANCE. ASSOCIATION y del FONDO INTERNACIONAL DE DAÑOS CAUSADOS POR LA CONTAMINACIÓN DE HIDROCARBUROS (F.I.D.A.C) y la responsabilidad subsidiaria de la compañía AEGEAN SEA TRADERS CORPORATION y del ESTADO ESPAÑOL, en la manera y con los límites establecidos en la propia sentencia. Posteriormente, la Audiencia Provincial de La Coruña confirmó parcialmente la sentencia dictada en Primera Instancia, en su sentencia de 18 de junio de 1997.

El 16 de abril de 1998, la recurrente MUSINI, S.A., formula por vez primera reclamación ante el Ministerio de Defensa de responsabilidad patrimonial a la vista de la firmeza de la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, basándose en la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Estado por la actuación del Práctico del Puerto.

Respecto a la responsabilidad patrimonial, el Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia expone:

«La cuestión sobre el ejercicio del plazo de un año para la reclamación de la responsabilidad de la Administración ha sido ya enjuiciada, y en relación, precisamente, con el naufragio del buque Mar Egeo, en la sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 2002, cuyos pronunciamientos, si bien no cabe entender, como pretende la recurrida, que sean determinantes de una inadmisión del recurso de casación que enjuicamos, sí que permiten partir de la base de que, conforme en dicha sentencia se prevé, «la jurisprudencia de esta Sala, por todas, sentencia de 23 de Enero de 2001, afirma que la eficacia interruptiva de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa debe reconocerse en aplicación de la doctrina sentada por la jurisprudencia consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos –que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de la Sala tercera de 19 de septiembre 1989, 4 de julio 1990 y 21 de enero 1991 del principio de «actio nata» (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad–, de tal suerte que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común.»

«Entendió la sentencia a que venimos refiriéndonos, que repetimos se enjuició un supuesto de responsabilidad de la Administración a consecuencia del naufragio del buque Mar Egeo, que, cuando no se ha renunciado en el proceso penal al ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, la pendencia del proceso penal abre un interrogante sobre el alcance de dicha responsabilidad susceptible de condicionar el alcance de la reclamación de responsabilidad para la Administración y, consiguientemente, interrumpir la prescripción con arreglo a una interpretación extensiva del precepto legal, añadiendo más adelante que la fijación de hechos que debió efectuarse y se efectuó en el proceso penal sí tenía transcendencia, al menos en apariencia, para concretar la responsabilidad de la Administración y determinar la procedencia o no del ejercicio de la acción correspondiente, por cuanto de la fijación de tales hechos podía

resultar o bien la responsabilidad exclusiva de la Administración o la del Capitán del buque siniestrado y la irrelevancia del actuar de la Administración en la comisión del daño, o, también, como así ha sido, la concurrencia de culpa del Capitán y del Práctico del Puerto de La Coruña; por tanto, y en aplicación de la Jurisprudencia de esta Sala, el plazo de prescripción no empezó a correr en el caso de autos hasta tanto no finaliza el proceso penal, por lo que, dictada sentencia en el proceso penal el 18 de Julio de 1997 y formulada, en el presente caso, la reclamación administrativa el 16 de abril de 1998, es claro que no ha transcurrido el plazo de un año previsto tanto en el artículo 40 de la anterior Ley de Régimen Jurídico como en el 142.5 de la Ley 30/92, por lo que, en el presente caso, el Tribunal de instancia no ha incurrido en la infracción denunciada al apreciar que, incluso, cabría decir que en todo momento la actora ha estado pendiente del devenir de los hechos y a la espera primero de la posibilidad de repetición, que deriva del pago efectivo de la carga asegurada y, en segundo lugar, nacido su derecho a repetir, de solventarse la vía penal iniciada para, no ya sólo saber, sino poder ejercer la acción de repetición que para ella nace no de un posible hecho delictivo sino de un contrato privado de seguro, pero que, hemos de añadir, no cabe concretar ni precisar hasta tanto se produzca el pronunciamiento definitivo en el orden penal».

En el fundamento siguiente el Alto Tribunal analiza la concurrencia de causas estableciendo que:

«Es cierto que la Sala viene moderando la responsabilidad de la Administración cuando aprecia concurrencia de culpas entre la que se deriva de la actividad o inactividad administrativa y la que es atribuible al propio perjudicado por los hechos, mas, en el presente caso, no es éste el supuesto considerado por el Tribunal de instancia, el cual ha enjuiciado un supuesto de concurrencia de culpas de tercero establecida con carácter solidario en la causa penal. En el caso concreto del buque siniestrado, la cuestión fue ya considerada en la sentencia de 16 de mayo de 2002, antes mencionada, de esta Sala, que, enjuiciando la misma, partiendo de la base de que los daños se ocasionaron con motivo del accidente del Mar Egeo cuando se disponía a entrar en el Puerto de La Coruña, pone de manifiesto que de la sentencia dictada en el proceso penal por la Audiencia Provincial de La Coruña y de lo en ella establecido como hecho probado, se deduce que la conducta negligente del Práctico del Puerto fue la que determinó un anormal funcionamiento de la Administración, por lo que procede estimar la pretensión formulada en su integridad y condenar a la Administración demandada a indemnizar la actora en el total reclamado, más los intereses legales hasta el completo pago de la cantidad a indemnizar, no procedien-

do deducción alguna en dicha cantidad como consecuencia de la actuación del Capitán del Buque pues, como resolvimos en aquella sentencia, cuando ha de entenderse que en la producción del daño ha concurrido con igual cuota de responsabilidad la conducta de dicho Capitán y la del Práctico del Puerto, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, en los casos de concurrencia de culpa de terceros es posible exigir a cualquiera de los concurrentes a la causación del daño la totalidad de la indemnización, lo que no es sino una consecuencia del principio de solidaridad, sin perjuicio de reconocer el derecho de la Administración a ejercitar las acciones que pueda corresponderle en orden a un posterior resarcimiento».

C) OBLIGACIÓN DE SOPORTAR.

STS, SECCIÓN 6ª, DE 16 DE MARZO DEL 2009

RECURSO: 9911/2004. PONENTE: JOAQUIN HUELIN MARTINEZ
DE VELASCO

En esta sentencia se plantea la obligación de soportar las consecuencias de un procedimiento penal y otro disciplinario que terminaron con resultados favorables para el aquí recurrente.

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 142, apartado 4, de la Ley 30/1992, y del anterior artículo 40, apartado 2, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, la sentencia determina que: *«como hemos subrayado en las sentencias de 14 de julio de 2008 (FJ 4º), que acabamos de citar, 22 de septiembre del mismo año (casación para la unificación de doctrina 324/07, FJ 3º) y 16 de febrero de 2009 (casación 1887/07, FJ 5º), para determinar si un sujeto de derecho está obligado jurídicamente a soportar el daño que le ha infligido el funcionamiento de un servicio público, uno de los elementos a tomar en consideración es la naturaleza misma de la actividad administrativa. Decíamos entonces que el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante*

la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión [véase nuestra sentencia de 5 de febrero de 1996, ya citada, FJ 3º, rememorada en la de 24 de enero de 2006 (casación 536/02, FJ 3º); en igual sentido se manifestaron las sentencias de 13 de enero de 2000 (casación 7837/95, FJ 2º), 12 de septiembre de 2006 (casación 2053/02, FJ 5º), 5 de junio de 2007 (casación 9139/03, FJ 2º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ 3º) y 5 de febrero de 2008 (recurso directo 315/06, FJ 3º)]».

«Ahora bien, no acaba aquí el catálogo de situaciones en las que, atendiendo al cariz de la actividad administrativa de la que emana el daño, puede concluirse que el particular afectado debe sobrellevarlo. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para lo que se la ha atribuido la potestad que ejercita. Así lo hemos expresado en las dos sentencias referidas de 14 de julio y 22 de septiembre de 2008, dictadas en unificación de doctrina (FFJJ 4º y 3º, respectivamente)».

«Bien se comprende que, siendo así, el tribunal de esta jurisdicción que revisa una decisión denegatoria del reconocimiento a un ciudadano del derecho a ser indemnizado por los daños que le ha causado una actuación administrativa después anulada, debe afrontar su análisis para comprobar si se ha producido dentro de los parámetros exigibles a una organización pública llamada a satisfacer los intereses generales con objetividad, pero también con eficacia (artículo 103, apartado 1, de la Constitución), obteniendo las oportunas consecuencias. Y resulta evidente que, en un caso

como el contemplado, en el que se ejercitan potestades disciplinarias, ese análisis no puede omitir el juicio sobre el comportamiento del administrado lesionado, pues forma una unidad no susceptible de escisión con la actuación administrativa que ha provocado».

«Por ello no debe extrañar que la Audiencia Nacional, en el fundamento tercero de la sentencia impugnada, examine el curso de los acontecimientos, para afirmar que la Administración actuó de forma correcta y ajustada a los datos que obraban en el expediente gubernativo, actuación que, en realidad, fue provocada por la conducta inadecuada del Sr. Podrá estarse o no de acuerdo con esta conclusión, pero desde luego no supone un nuevo enjuiciamiento del recurrente ni altera los hechos fijados por la jurisdicción militar. Muy al contrario, la Sala de instancia parte del relato fáctico decantado por esta última con el único objetivo de controlar si, desde la perspectiva del marco jurídico que disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, les era exigible a las autoridades militares un comportamiento distinto ante la negativa del actor a prestar el servicio para el que fue requerido el 8 de abril de 1998. Tampoco juzga esta negativa desde la perspectiva penal o disciplinaria, sino que se constriñe a valorarla para, sin rebasar los contornos de ese mismo instituto de la responsabilidad patrimonial, comprobar si tuvo algo que ver en el desarrollo de los hechos, eliminando el carácter antijurídico de la lesión que sufrió».

D) CHOQUE CON VEHÍCULO MILITAR. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD

ASEGURADORA

SAN, SECCIÓN 5ª, DE 11 DE FEBRERO DEL 2009

RECURSO: 526/2006. PONENTE: JOSE LUIS GIL IBAÑEZ

Tal como se establece en el fundamento de derecho primero de la sentencia, el recurso contencioso-administrativo dimana de un accidente de tráfico que tuvo lugar el 20 de noviembre de 2000, en el que resultaron implicados tres vehículos: un autobús militar, una ambulancia también militar y un turismo, que colisionaron sucesivamente el uno con el otro. El demandante conducía la ambulancia que alcanzó por detrás al autobús y que, momentos después, sufrió la embestida del turismo.

Las acciones que se ejercitan son dos: una de responsabilidad patrimonial de la Administración, en cuanto titular del autobús y empleadora de su conductor, y otra, al amparo del apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de responsabilidad civil contra la compañía de seguros del turismo. En este aspecto la sentencia señala

que: «Se trata de acciones que tienen un fundamento jurídico diferente, aunque una base fáctica idéntica. Esta sustantividad en el plano normativo impide un análisis conjunto, sin perjuicio de las necesarias relaciones que puedan revelarse. En este mismo sentido, la propia demanda diferencia la responsabilidad de la Administración y la de la otra parte».

En el fundamento de derecho segundo se analiza la acción de responsabilidad patrimonial dirigida contra la Administración, estableciendo la Audiencia Nacional que: «ha de recordarse que, el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración Pública correspondiente de toda lesión sufrida en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión fuera consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

«En la interpretación de este precepto, el Tribunal Supremo ha estimado que, para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, es necesario que concurran los siguientes requisitos o presupuestos: 1. hecho imputable a la Administración, 2. lesión o perjuicio antijurídico efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, 3. relación de causalidad entre hecho y perjuicio, y 4. que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad. O, como señala el mismo Alto Tribunal en sus Sentencias de 14 de julio y de 15 de diciembre de 1986, de 29 de mayo de 1987, de 17 de febrero o de 14 de septiembre de 1989, para que nazca dicha responsabilidad se requiere «una actividad administrativa (por acción u omisión –material o jurídica–), un resultado dañoso no justificado y relación de causa a efecto entre aquélla y ésta, incumbiendo su prueba al que reclama; a la vez que es imputable a la Administración la carga referente a la existencia de la fuerza mayor cuando se alegue como causa de exoneración».

«En el supuesto de autos el requisito discutido es el de la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el perjuicio, pues el demandante afirma que el accidente se debió al «deficiente mantenimiento y reparación de partes defectuosas del Autobús militar que provoca fallo mecánico que da origen al incendio» y a la «culpa del conductor del autobús militar», mientras que la representante de la Administración alega la falta de prueba del «mal estado del vehículo» y la intervención que tuvo el reclamante en los hechos.

«Como recuerda el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de octubre de 2004, «la jurisprudencia ciertamente ha venido refiriéndose de

modo general al carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe de concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, mas no queda excluido que la expresada relación causal –especialmente en los supuestos de responsabilidad de funcionamiento anormal de los servicios públicos, como hemos declarado en Sentencia de 18 de julio de 2002– pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad (Sentencias de 8 de enero de 1967, 27 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986, 22 de julio de 1988, 25 de enero de 1997 y 26 de abril de 1997, entre otras), y que, entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, aquéllas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél (Sentencia de 25 de enero de 1997), por lo que no son admisibles, en consecuencia, concepciones restrictivas que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (Sentencia de 5 de junio de 1996)».

«En el presente caso de autos, los informes obrantes en el expediente administrativo y el dictamen pericial aportado por el demandante permiten inferir que el incendio del motor del autobús se debió a la rotura de un latiguillo de retorno de combustible, cuyo deterioro no fue apreciado con anterioridad, pese a que se realizaron algunas actuaciones mecánicas en fechas cercanas al accidente, como un engrase el 9 de octubre o trabajos de electricidad el 7 de noviembre de 2000».

«Sin embargo, a la luz del expediente administrativo y de las pruebas practicadas en este proceso, no es posible deducir ninguna actuación incorrecta del conductor del autobús, que, cuando se apercibió de la gravedad del problema, optó por parar, aproximándose al arcén a fin de que los pasajeros pudieran bajar».

«Ahora bien, no puede desconocerse el comportamiento del demandante, que, sin duda, conducía la ambulancia sin guardar la distancia de seguridad que resultaba exigible, cuando no sin prestar la debida atención, tal y como se reseña en el atestado instruido por la Guardia Civil. La negativa del demandante al respecto, en el sentido de que respetó dicha distancia, no se compadece con el hecho de que, si advirtió que salía humo del autobús, no adoptara alguna de las medidas lógicas: o intentar adelantarlo para dar aviso de lo que ocurría, o mantenerse apartado para evitar daños, habiendo negado, en el interrogatorio practicado a presencia judicial, «que intentase adelantar ni acelerar para adelantar». Tampoco parece que la posible exis-

tencia de algún líquido en la calzada impidiera controlar correctamente el vehículo, pues, aunque en el atestado indicado se alude a que el firme se encontraba «mojado como consecuencia de las lluvias y con sustancias deslizantes, gasoil probablemente derramado por el autobús accidentado», no se le da mayor relevancia, y, si bien en el dictamen pericial acompañado con la demanda y ratificado en sede judicial se estima que «la distancia de seguridad se vio reducida debido a la existencia de sustancias deslizantes en la calzada», sigue evidenciándose un comportamiento inadecuado, en atención a las circunstancias concurrentes, dado que del autobús salía mucho humo, habiendo creado una nube que impedía la visibilidad y sin que este hecho se produjera instantáneamente; como se indica en el repetido informe pericial, «si la ambulancia ya venía circulando detrás de la nube que se iba creando, sin poder conocer la situación exacta del autobús, o bien se detenía y mantenía una distancia suficiente sin tener posibilidad de avisar a su conductor o bien intentaría aproximarse, continuando en parte dentro de la nube a fin de dar alcance al autobús y avisar al conductor», alternativa esta última descartada por el propio conductor de la ambulancia».

«Conjugando cuanto antecede la Sección estima que, aunque la Administración generó un riesgo en el tráfico al no haber detectado el deterioro en el elemento mecánico que produjo el incendio del motor del autobús, la actuación del conductor de la ambulancia es de tal intensidad que rompe el nexo causal entre aquella omisión y el perjuicio derivado de la colisión, debiendo imputarse totalmente al conductor de la ambulancia las consecuencias del impacto con el autobús».

«La falta del referido requisito impide que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración y conlleva la desestimación de la pretensión dirigida contra la misma».

En el siguiente fundamento se estudia la acción de responsabilidad civil entablada contra la compañía de seguros codemandada. «Las disposiciones aplicables –como, dada la fecha en la que ocurrieron los hechos, son el texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor, aprobado por el Decreto 632/1968, de 21 de diciembre, en relación con el artículo 1902 del Código Civil, así como la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro– ponen de relieve la necesidad de determinar concretamente el comportamiento de las personas que han intervenido en los hechos, para delimitar la culpa o la negligencia de cada una de ellas y, en su caso, si el mal causado se ha debido únicamente a alguno de los implicados».

Al examinar el choque de la ambulancia con el autobús se ha expuesto la conducta del conductor de aquélla, por lo que ahora ha de repararse en la

del turismo que, con posterioridad a la primera colisión, embiste por detrás a la ambulancia».

«A este respecto, se deduce de lo actuado que el conductor del turismo vio con tiempo la nube de humo que se desprendía del autobús, accionó las luces de emergencia y aminoró la velocidad, pero también que, pese a ello, se metió de lleno en la nube, atropellando a quien trataba de auxiliar a los ocupantes de la ambulancia y chocando con ésta».

«Esta acción contiene todos los elementos requeridos para que nazca la obligación de resarcimiento a cargo de la compañía aseguradora del turismo, sin que se aprecie culpa exclusiva en ninguno de los dos conductores, por cuanto, para ello, hubiera sido preciso acreditar la total ausencia de responsabilidad y la adopción de la maniobra oportuna para evitar el daño, lo que aquí no ha sucedido».

«En este sentido, tampoco pueden atribuirse en su integridad a la segunda colisión las importantes consecuencias que, desgraciadamente, se han generado para la salud del conductor de la ambulancia hoy recurrente. Así es, como se deduce del informe pericial aportado con la demanda, el primer impacto fue el más importante, pero el segundo limitó «en gran medida el espacio de supervivencia del conductor, ocasionando las principales lesiones de sus miembros inferiores».

«En esta tesitura, la Sección aprecia una concurrencia de culpas que ha de moderar el importe de la indemnización que correspondería al recurrente».

III. PERSONAL

A) LIMITACIONES PARA SOLICITAR VACANTES

SAN, SECCIÓN 5ª, DE 6 DE MAYO DEL 2009

RECURSO: 717/2009. PONENTE: FERNANDO FRANCISCO BENITO MORENO

La Audiencia Nacional analiza, desestimando el recurso, las limitaciones para solicitar vacantes que la Administración impuso al recurrente, como integrante del Ejército de Tierra, perteneciente al Cuerpo General de las Armas, Especialidad Fundamental de Transmisiones. Esta limitación era consecuencia de lo dispuesto por el General de Ejército JEME en el punto 3.3 del preámbulo a la Plantilla de Destinos 2005-2006 que

disponía que «los componentes de la Especialidad Fundamental de Transmisiones del Cuerpo General de las Armas y de las Escalas y empleos que a continuación se detallan (entre los que se cita al Brigada de la Escala de Suboficiales), sólo podrán ser destinados a los puestos de esta Plantilla de Destinos asignados a Transmisiones y a aquellos sin especialidad que sean de turno especial o exijan algún título o diploma», por las razones que en el citado punto se expresan».

La argumentación de la Sala es la que a continuación se transcribe: «*la Sala no puede compartir la tesis actora, toda vez que dichas limitaciones vienen establecidas en la Plantilla de destinos 2005-2006, y dicha facultad se otorga en virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la Orden Ministerial 120/93, de 23 de diciembre, vigente a la entrada en vigor del RD 431/2002, en cuanto no se opone a este último*».

«Potestades administrativas todas ellas otorgadas en virtud del Artículo 20.2 de la Ley 17/1999, de Régimen de personal de las Fuerzas Armadas, que dice:

«1. Las unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa... tendrán definida su plantilla orgánica, que es la relación cuantitativa y cualitativa de puestos correspondientes a su estructura.

2. En función de la plantilla de cuadros de mando y de los efectivos militares (...), se definirán los grados de cobertura y de las plantillas orgánicas y las plantillas de destinos en las que se especificarán la asignación de los puestos por cuerpos y escalas, empleos y especialidades....»

«Quiere decirse que en la plantilla de destinos, ha de establecerse en todo caso, tal y como señala el precepto anteriormente transcrito, entre otros requisitos, las especialidades que se exigen para cada destino, y en el caso presente, así se ha dispuesto por el General de Ejército JEME en el punto 3.3 del preámbulo de la Plantilla de Destinos 2005-2006».

«Con o cual, no existe la falta de cobertura legal y reglamentaria denunciada por el recurrente, al poderse establecer en la plantilla de destinos que la vacante en cuestión pueda ser solicitada únicamente por las Especialidades Fundamentales de Infantería Ligera, Infantería Acorazada/Mecanizada, Caballería, Artillería de Campaña, Artillería Antiaérea y Costa e Ingenieros».

«Y ello en atención a la mejor prestación de servicio, a su perfeccionamiento y, en general, a los intereses públicos; admitir lo contrario supondría pretender obstaculizar el ejercicio de la potestad pública de ordenar su organización con pretensiones en defensa de simples expectativas, aspiraciones o intereses, por legítimas que puedan ser unas y otras».

«Además, debe tenerse presente el carácter estatutario de la relación que el actor mantiene como funcionario con la Administración, en la que

ésta goza de facultad para modificar el estatuto jurídico de sus empleados públicos, y por supuesto, las condiciones en que han de prestarse los servicios en cada uno de los puestos de trabajo establecidos en las plantillas, de acuerdo con la legislación vigente y en interés de un mejor servicio a los intereses públicos».

B) TIEMPO DE MANDO Y FUNCIÓN

SAN, SECCIÓN 5, DE 1 DE ABRIL DEL 2009

RECURSO: 398/2009. PONENTE: MARIA DEL CARMEN RAMOS

VALVERDE

La cuestión que es objeto de la presente sentencia consiste en determinar si al recurrente debe reconocérsele como tiempo de mando y función, el tiempo que permaneció en los empleos de Alférez y de Teniente de Complemento, a los efectos de ascenso al empleo de Capitán como militar de carrera.

En este sentido, la Sala, recogiendo jurisprudencia anterior dictamina que: *«En primer lugar, le resulta de plena aplicación del apartado 3 del artículo 80 de la Ley 17/1999, en el que se apoyan las resoluciones impugnadas. Es cierto que dicha parte no invocó el citado precepto en su solicitud, pero esto no impide que la Administración utilice dichas reglas, al estar sometida al imperio de la Ley y del Derecho, conforme dispone el apartado 1 del artículo 103 de la Constitución. Así, la mencionada disposición se ocupa de las consecuencias administrativas que tienen lugar para los alumnos que ingresaren en un centro docente militar de formación y previamente tuvieran un empleo militar, como es el caso de la recurrente, lo que afecta tanto a los que accedan por promoción interna como por acceso directo, ambos expresamente mencionados en el indicado apartado 3 del artículo 80».*

«En segundo lugar, el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 82 de la Ley 17/1999 no aporta ningún sustento a la pretensión de la actora, ya que se ocupa de concretar el lugar en el escalafón de quienes se incorporan a una de las Escalas de Oficiales por promoción interna desde la condición de militar de complemento, sin que diga nada más sobre otros efectos, silencio que no puede entenderse en el sentido pretendido por la recurrente, requiriéndose para ello una prevención expresa».

«En tercer lugar, según el artículo 22 de la Ley 17/1999, son los «militares de carrera» los que se integran en distintos Cuerpos, entre ellos el de Especialistas del Ejército de Tierra (artículo 29 de la misma Ley 17/1999),

agrupados en las Escalas Superior de Oficiales, de Oficiales y de Suboficiales, mientras que, a tenor del artículo 43, también de la Ley 17/1999, los militares de complemento «completan las plantillas de Oficiales», quedando «adscritos a un Cuerpo Militar, salvo en los Cuerpos de Ingenieros y en el Cuerpo Militar de Sanidad en los que se hará a la Escala Superior de Oficiales o, según corresponda, a la Escala Técnica de Oficiales o a la Escala de Oficiales». Por tanto, los militares de complemento no integran ningún Cuerpo, sino que están adscritos a los mismos, de modo que, a diferencia de lo que considera la actora, en ningún momento ha «pertenecido» al Cuerpo de Especialistas, pues es la integración la que implica pertenencia, no la adscripción; en este sentido, «adscribir», en la segunda acepción del término que ofrece la Real Academia Española de la Lengua, es «agregar a una persona al servicio de un cuerpo o destino», e «integrar», en la tercera acepción dada por la misma Real Academia, consiste en «hacer que alguien o algo pase a formar parte de un todo».

«La promoción interna, en el caso, de militares de complemento, supone un reflejo del distinto régimen jurídico al que han estado sometidos estos últimos, en todos los ámbitos, como el del mismo acceso, la forma de adscripción, las funciones o los empleos».

«Razones de coherencia y en cumplimiento del principio de igualdad en la aplicación de las normas, nos llevan a seguir la anterior doctrina, y consecuentemente, ha de desestimarse la pretensión actora de que el Ministerio de Defensa le reconozca como tiempo de mando y función, el tiempo que permaneció en los empleos de Alférez y de Teniente de Complemento, a los efectos de ascenso al empleo de Capitán como militar de carrera».

C) DESTINO FORZOSO EN EL LÍBANO Y REDUCCIÓN DE JORNADA
SAN, SECCIÓN 5ª, DE 11 DE MARZO DEL 2009
RECURSO: 308/2008. PONENTE: MARIA DEL CARMEN RAMOS
VALVERDE

Se recurre en vía judicial la Resolución del General de Ejército JEME de 25 de octubre de 2007, por la que se designaba al recurrente en Comisión de Servicios en el extranjero, para ocupar forzosamente el puesto de la ALOG L/H3 desplegada en Líbano. Los motivos del recurso se centraba en la falta de competencia de la autoridad militar para la designación, y en la infracción de la Orden Ministerial 121/2006, que en desarrollo del artículo 154 de la Ley 17/97, aprueba las normas sobre jornadas y horarios de trabajo y facilita la conciliación de la vida laboral y familiar del personal militar.

La sentencia en un breve fundamento, que se reproduce, desestima el recurso en los siguientes términos:

«Por lo que se refiere a la falta de competencia y a la supuesta vulneración de los dispuesto en la Directiva 02/02, para la designación de comisiones de servicios en el extranjero, nos encontramos con que la norma transcrita en relación con el apartado 7.4.2 letra b) de la Directiva, evidencia que, a diferencia de cuanto sostiene el recurrente, la comisión de servicios cuestionada, ha sido dictada por el Órgano competente: «el General Jefe de la Fuerza Logística Terrestre 2».

«En cuanto a la reducción de jornada por guarda legal, efectivamente, la misma le fue reconocida al demandante por resolución de 22 de junio de 2007 (folios 75 a 77 del expediente administrativo) y tal como se recoge en el apartado b) «El periodo de concesión de dicha reducción de jornada, abarcará desde el 25 de junio del actual, hasta el día 11 de julio, inmediatamente anterior a aquel en el que esté previsto su traslado a Líbano (12 de julio de 2007).»

«Frente a las alegaciones del recurrente, solo resta añadir que la reducción de jornada, no puede entenderse como absoluta, sino que la misma queda condicionada a las necesidades del servicio, de tal manera que prevalece la comisión de servicios, sobre la reducción de jornada legal concedida».

D) TITULACIÓN NECESARIA. RECURSO DE LESIVIDAD

STS, SECCIÓN 7, DE 9 DE MARZO DEL 2009

RECURSO: 2548/2005. PONENTE: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

La Sala de instancia estimó la demanda de lesividad de la Administración contra la Resolución por la que se procedía al nombramiento de Guardia Civil al no cumplirse con el requisito exigido por la convocatoria referido a la titulación suficiente.

En el fundamento jurídico quinto, el Tribunal determina que:»*en contra de lo que sostiene el recurrente, la Administración sí aportó un elemento probatorio suficiente para justificar la declaración de lesividad de su nombramiento como Guardia alumno y, una vez efectuada, para reclamar de la Jurisdicción Contencioso Administrativa su anulación. No hay, por tanto, inversión o desplazamiento de la carga de la prueba por parte de la sentencia. Lo único que dice al respecto es que, justamente, por haber aportado la Administración una prueba suficiente de que se hizo un*

nombramiento para el que era precisa una titulación de la que, según el informe emitido por el Director del Instituto Público «Ramiro de Maeztu», no disponía el nombrado, el Sr. Gabino tuvo en su mano desvirtuar lo que resultaba de ese documento, sin que lo hiciera. No le pidió que demostrara la legalidad de su nombramiento, sino que el informe de referencia no se ajustaba a la realidad. En consecuencia, no se dan las infracciones a los preceptos invocados en este motivo».

«Tampoco se vulneró el derecho fundamental del recurrente a los medios de prueba porque no llegara a practicarse en forma la propuesta. Los medios probatorios que propuso y la Sala de Madrid aceptó iban dirigidos a descartar la existencia de lesión económica como consecuencia de su nombramiento, demostrando que las retribuciones que ha percibido se corresponden a las funciones que ha desarrollado. Pues bien, la inexistencia de esa lesión consta en las actuaciones desde el momento en que se aportó una certificación según la cual el Sr. Gabino ha venido prestando servicios como Guardia Civil. Pero, con independencia de lo anterior, lo cierto es que la ratio decidendi de la sentencia no descansa en las consecuencias económicas del nombramiento del recurrente, sino en la infracción representada por la falta del requisito de titulación. Es la lesión jurídica, no la económica la que tiene en consideración. De ahí que la prueba a la que se refiere el motivo, practicada en medida suficiente, no ha sido relevante para el fallo. En consecuencia, el motivo debe decaer».

«Cuanto se ha dicho ya lleva a la desestimación del tercer motivo. No hay infracción del artículo 103 de la Ley 30/1992 pues la sentencia ha considerado el carácter lesivo del nombramiento por haberse hecho a favor de quien no reunía el requisito de titulación académica requerido por las bases de la convocatoria, carencia que implica también la vulneración del artículo 17.1 g) del Real Decreto 1951/1995, vigente cuando se convocó el proceso selectivo que llevó al nombramiento que ha sido anulado».

«Por lo demás, es preciso reiterar que el carácter lesivo de la actuación administrativa que venimos considerando no obedece a los perjuicios económicos que pudiera haber originado ya que, desde ese punto de vista, no ha habido lesión a los intereses públicos, pues el Sr. Gabino ha percibido las retribuciones correspondientes a los servicios que ha prestado. También, hay que confirmar con la sentencia y la doctrina que invoca la Sala de Madrid, que basta para considerar lesivo a los efectos del artículo 103 de la Ley 30/1992 que el acto en cuestión infrinja el ordenamiento jurídico, lo que aquí sucede ya que faltaba un requisito esencial para el nombramiento que se hizo a favor del recurrente»

La Sala confirma la sentencia del TSJ de Madrid que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Resolución del Subsecretario del Ministerio de Defensa, sentencia por la que se declaraba que las 454 plazas correspondientes a promoción interna que habían quedado sin cubrir en la oposición de ingreso de la Escala Básica y Cabos de la Guardia Civil, se acumularan y acreciesen a las plazas concedidas a la oposición libre, reconociendo el derecho del recurrente a figurar en la relación de aspirantes declarados aptos.

El Tribunal Supremo en sus fundamentos jurídicos sexto y séptimo establece que: *«Debiendo integrarse las bases con todo el ordenamiento jurídico aplicable, es evidente que la sentencia tiene razón en cuanto aquéllas deben completarse con lo dispuesto en el artículo 1º párrafo segundo del Real Decreto 262/1996, de 16 de febrero del Ministerio de la Presidencia, para provisión de plazas para el año 1996 en Centros Docentes militares de formación, y el acceso a militares de empleo en las categorías de Oficial y de Tropa y Marinería, cuando dispone que «Las plazas que no se cubran por promoción interna se acumularan a las que se convocan para ingreso directo, excepto para ingresos en el Cuerpo General Escala Superior del Ejército de Tierra. Las asignadas a cambio de cuerpo se acumularán a la promoción interna o en su caso, al acceso directo», y en el Anexo 6 del mismo se detallan las plazas para los Guardias Civiles en la Escala Básica de Cabos y Guardias, 1370 plazas, (685 para militares de empleo y 685 libres), siendo así que la Orden de la convocatoria del proceso selectivo que fue objeto del recurso se remitía a lo establecido en el Real Decreto 262 antes citado».*

«Siendo evidente la ilegalidad de la resolución tomada en relación con quienes aprobaron en el turno de la oposición libre y quedaron fuera de plaza como el actor, cuando existían plazas no cubiertas en el turno reservado para militares de empleo, la cuestión se traslada a la categoría de la invalidez de dicho acto administrativo, esto es, si nos encontramos ante un supuesto de anulabilidad o de nulidad de pleno derecho, y aunque en principio las resoluciones que no incluyeron al recurrente entre quienes los que habían superado el proceso selectivo pudieran ser meramente anulables, las resoluciones que no proceden a la revisión de oficio de la situación de todos los que se encontraban en dicha situación, son nulas de pleno derecho, pues pudiendo y debiendo revisar todos los actos de exclu-

sión, acreditada la ilegalidad por la sentencia de Andalucía de 17 de mayo, provocaron una desigualdad en la aplicación de la Ley incompatible con el principio consagrado en el artículo 14 de nuestra norma constitucional. Así lo ha venido a reconocer esta Sala en recientes sentencias, en relación con procesos selectivos, de las que son ejemplo las de 18 de abril u 8 de junio de 2007, o la de 23 de junio de 2008, que siguen la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en las sentencias 10/1998, 23/1998, 24/1998, 25/1998, 26/1998, 27/1998, 28/1998, 85/1998, 97/1998, 107/1998, entre otras. En efecto, acertó la Administración en un primer momento, cuando decidió aplicar la sentencia a todos los que estaban en la misma situación, dirigiéndose además a los interesados, pues aun cuando es cierto que la ley jurisdiccional dispone en artículo 72.3 que la estimación por una sentencia de las pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efecto entre las partes, sin perjuicio de su extensión a terceros por la vía de los artículos 110 y 111 de dicha Ley, una cosa son los efectos de la sentencia y otra bien distinta la obligación de la Administración, que se deriva de los principios que según el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, deben presidir su actuación: el de servir con objetividad los intereses generales, (y hay que suponer que si se ofertaban 1370 plazas era para cubrirlas, porque se necesitaban); el de sometimiento pleno a la Constitución a la ley y al derecho, o lo que es lo mismo al ordenamiento jurídico (artículo 9.1 y 103.1 de nuestra norma constitucional); y desde la perspectiva que aquí importa, el respeto a los principios de buena fe y confianza legítima que deben presidir las relaciones de la Administración con los ciudadanos».

F) PRESTACIONES SOCIALES Y SANITARIAS

STS, SECCIÓN 7ª, DE 30 DE ENERO DEL 2009

RECURSO: 5354/2004. PONENTE: JUAN JOSE GONZALEZ RIVAS

Se desestima la pretensión de extensión de efectos de una sentencia que reconocía la consideración social de Suboficial con el correspondiente derecho de acceso a la asistencia sanitaria, residencial y atención social y recreativa, sin que se los correspondientes derechos económicos.

El Tribunal determina que: *«No se trata de que constatadas situaciones de hecho iguales se haya realizado una distinta aplicación de la norma jurídica no justificada, sino que la Sección Novena de la Sala de Madrid, en los autos impugnados, interpreta la norma aplicable en función de los documentos aportados y esta situación no permite fundamentar una posible*

invocación de desigualdad en la aplicación de la ley, por tratarse de una distinta valoración de los hechos (STC 13/87, 132/97, 198/2002, 126/2003 y 146/2005)».

Así, «la sentencia cuya extensión de efectos se interesa el actor acreditó que venía realizando servicios de suboficial de manera habitual siendo ese el elemento fáctico que se tuvo en cuenta para la estimación del recurso. Sin embargo, en el presente caso, el solicitante sólo ha afirmado que se le nombró para un servicio sin que se concrete que sea el propio de suboficial.»

G) CLASES PASIVAS

AN, SECCIÓN 6ª, DE 27 DE ENERO DEL 2009

RECURSO: 516/2007. PONENTE: LUCIA ACIN AGUADO

La sentencia considera que el perjuicio causado al recurrente fue antijurídico, ya que no tenía el deber de soportarlo, y es íntegramente imputable al mal funcionamiento de la Administración, por lo que es procedente la indemnización. El acto recurrido fue la Resolución del Secretario General Técnico, por Delegación del Ministro de Economía y Hacienda, de 12 de noviembre de 2007 por la que desestima la solicitud del recurrente de ser indemnizado por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el tardío percibo de pensiones de retiro y viudedad por un montante de 85.277, 89 euros.

Como antecedente se parte de la Resolución del Director General de Gastos de Personal, que por Acuerdo de 18 de febrero de 1986, reconoció al recurrente una pensión de retiro al amparo de lo establecido en el Título II de la ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derecho y servicios prestados a quienes durante la guerra civil formaron parte de las Fuerzas Armadas y de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República, en su inicial condición de sargento de Artillería. No obstante, los beneficios establecidos en el Título I de la citada ley 37/1984, fueron denegados al actor, que falleció posteriormente, por Resolución 20 de marzo de 1992 de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas.

DOCUMENTACIÓN

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

Por José-Leandro MARTINEZ-CARDOS RUIZ
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO

I. Comentario general de doctrina legal.- II. Doctrina legal del Consejo de Estado:

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

Es muy frecuente ultimar los procedimientos administrativos mediante la declaración de inadmisibilidad. En la mayoría de los casos, dicha declaración resulta manifiestamente incorrecta.

En efecto, la distinción entre la inadmisión y la desestimación tiene carácter procesal y sólo cobra sentido en aquellos procedimientos que constan de dos fases: en la primera, se procede a enjuiciar si la petición, reclamación o demanda, según la naturaleza del procedimiento, cumple externamente las formalidades exigidas o si concurren los presupuestos legalmente establecidos para poder formularse la petición, reclamación o demanda; en la segunda fase, el enjuiciamiento versa sobre los requisitos y condiciones de fondo, resolviendo sobre la pretensión formulada. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común no prevé con carácter general la existencia de un procedimiento estructurado en dos fases, una, orientada en su caso a comprobar la concurrencia de los requisitos

formales del recurso, y otra, encaminada a resolver sobre el fondo. No se contempla pues un procedimiento articulado en una doble fase en el que sea admisible distinguir entre un enjuiciamiento previo y un enjuiciamiento de fondo, a concretarse, respectivamente, en una declaración de admisibilidad el primero y en una declaración estimatoria o desestimatoria, en el caso del segundo. Es más, la propia Ley prevé, para el caso de que la solicitud no reúna los requisitos exigidos, no una declaración de inadmisibilidad sino su archivo –como concepto jurídico– a consecuencia de «tener por desistido al peticionario» (artículo 71.1). La existencia de una fase de enjuiciamiento previo tampoco puede deducirse específicamente de la previsión contenida en el artículo 89.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que permite a la Administración inadmitir las solicitudes manifiestamente carentes de fundamento, puesto que tal facultad queda ceñida a los casos patentes de peticiones formuladas sin fundamento alguno y con manifiesto abuso de derecho o que entrañen fraude de ley, en correspondencia con lo establecido en el artículo 11.2 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. Tampoco en el específico ámbito de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial ni la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ni el Reglamento dictado en su desarrollo y aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, prevén la existencia de dos fases en el sentido indicado. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sólo contempla la existencia de un trámite de admisión específico en contadas ocasiones: los casos de solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico (artículo 89.4), de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho a solicitud de los particulares (artículo 102.3) y del recurso de revisión (artículo 119.1). Conforme a lo expuesto –y fuera del específico supuesto de peticiones formuladas sin ningún fundamento y con abuso del derecho o en fraude de ley–, no cabe por ejemplo que un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración concluya con un pronunciamiento de inadmisibilidad, puesto que ni existe el trámite que permita adoptarlo ni tal pronunciamiento puede servir de justificación a la Administración para no instruir íntegramente el procedimiento debido, que constituye una garantía para el administrado.

Tampoco cabe que una resolución que ponga fin al procedimiento, al tiempo, desestime y no admita una pretensión formulada. Incluso en el caso de pretensiones de indemnización formuladas en relación con la actuación de servicios administrativos de diferente ramo e incluso con fundamento en distintos bloques normativos en las que la resolución debe ser conjunta, debe dar una respuesta única a la pretensión formulada por el solicitante, valorando las circunstancias de todas las actuaciones administrativas de los varios ramos.

Y ello no sólo por cuanto el sujeto responsable es único –el Estado– sino también porque no es dable separar en ámbitos distintos lo que, en términos procesales, se denomina continencia de la causa. La exigencia de mantener ese carácter unitario de la resolución obliga a que la resolución que ultime el procedimiento sea coherente en sus propios términos, lo que no se produce cuando, se pronuncia sobre el fondo –estimando o desestimando– y, al tiempo, se declara la improcedencia de entrar en el fondo –la inadmisión– de la pretensión formulada. Si una resolución declara la inadmisibilidad, no puede contener ningún otro pronunciamiento sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión con el ordenamiento jurídico. Si una resolución que ha de pronunciarse sobre la pretensión, además de declarar la inadmisibilidad, contuviera una decisión sobre el fondo sería contradictoria y estaría incurso en causa de invalidez, al igual que lo están las sentencias de lo contencioso-administrativo que incurren en el mismo vicio como ha declarado la jurisprudencia desde la ya lejana sentencia de 16 de diciembre de 1960. Todo ello sin perjuicio de que, el pronunciamiento desestimatorio único pudiera embeber, en su caso, una causa de inadmisibilidad.

II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

1. ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL

1. Sin perjuicio de la subsistencia de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales, las Agencias Estatales se presentan como un nuevo tipo de organismo con vocación expansiva a la luz de la disposición adicional sexta de la Ley de Agencias, conforme a la cual, «con carácter general, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, los organismos públicos que hayan de crearse en la Administración General de Estado adoptarán la configuración de Agencias Estatales»¹.

2. En el sistema de la Ley de Agencias Estatales la creación de uno de estos organismos públicos ha de ser autorizada por ley pero su creación propiamente dicha tiene lugar mediante la aprobación del Estatuto por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros. Por tal razón, sería más expresivo y se seguiría la denominación oficial de los reales decretos de creación de otras Agencias previas si el título de la disposición consultada

¹ Dictamen 51/2008, de 31 de enero de 2008, emitido en el expediente relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Meteorología.

constara como «Real Decreto por el que se crea la Agencia Estatal Antidopaje y se aprueba su Estatuto»².

2. COMPETENCIAS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. El proyecto de Real Decreto por el que se regula el procedimiento para aplicar las deducciones correspondientes a la dispensación de medicamentos de uso humano con cargo a las mutualidades de funcionarios tiene carácter de legislación de productos farmacéuticos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 149.1.16^a de la Constitución y de la Ley 29/2006, de 26 de julio³.

2. El proyecto de Real Decreto para la aplicación efectiva del Reglamento (CE) n° 1082/2006, del Parlamento y del Consejo de 5 de julio de 2006, sobre Agrupación Europea de cooperación Territorial se dicta al amparo del artículo 149.1.3^a de la Constitución (relaciones internacionales)⁴.

² Dictamen 52/2008, de 31 de enero de 2008, emitido en el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal Antidopaje. En el mismo sentido el Dictamen 53/2008, de 31 de enero de 2008, emitido en el Proyecto del que se aprueba el Estatuto de Agencia Estatal de Seguridad Aérea.

³ Dictamen 2009/2008, de 11 de diciembre, emitido en el expediente relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se regula el procedimiento para aplicar las deducciones correspondientes a la dispensación de medicamentos de uso humano con cargo a las Mutualidades de funcionarios.

⁴ Dictamen 2527/2007, de 10 de enero de 2008, emitido en el Proyecto de Real Decreto para la aplicación efectiva del Reglamento (CE) n° 1082/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, sobre Agrupación Europea de Cooperación Territorial. El dictamen dice: «Los títulos competenciales en virtud de los cuales se dicta el Real Decreto proyectado son, según su disposición final primera, los relativos a las «relaciones internacionales» (artículo 149.1.3^a CE) y a las «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» (artículo 149.1.18^a CE), los mismos en virtud de los cuales se dictó el Real Decreto 1317/1997, de 1 de agosto, sobre comunicación previa a la Administración General del Estado y publicación oficial de los convenios de cooperación transfronteriza de Comunidades Autónomas y entidades locales con entidades territoriales extranjeras. Como ya señaló el Consejo de Estado en el dictamen 461/97, sobre el primer proyecto de dicho real decreto, el Tribunal Constitucional en las Sentencias 153/1989, de 5 de octubre, 80/1993, de 8 de marzo, 165/1994, de 26 de mayo, y 175/1995, de 5 de diciembre, entre otras, ha examinado el primero de los referidos títulos competenciales. La Sentencia 165/1994 expresa que las relaciones internacionales objeto de la reserva contenida en el artículo 149.1.3^a CE son relaciones entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho internacional, situándose dentro de la competencia estatal «la posibilidad de establecer medidas que regulen y coordinen las actividades con proyección externa de las Comunidades Autónomas, para evitar o remediar eventuales perjuicios sobre la dirección y puesta en ejecución de la política exterior que, en exclusiva, corresponde a las autoridades estatales». Añade más adelante que «la competencia estatal en materia de relaciones internacionales habilita a las instituciones estatales para ordenar y coordinar esas actividades con relevancia externa

3. La autorización de la participación de una o varias Comunidades Autónomas o de sus organismos públicos dependientes en las agrupaciones europeas de cooperación territorial debe atribuirse también al Consejo de Ministros, dada la relevancia de tal participación, de modo que el Ministerio de Administraciones Públicas lo haga únicamente respecto de las entidades locales⁵.

3. PERSONAL MILITAR

1. No cabe cuestionar la posibilidad de que el personal militar en situación de reserva pueda ocupar destino, puesto que está expresamente admitida por la Ley. En concreto, el artículo 113.8 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, previene que «en las relaciones de puestos militares se determinarán los destinos que podrán ocupar los militares profesionales en situación de reserva, así como su carácter y régimen de asignación y permanencia. Reglamentariamente se determinarán las condiciones y circunstancias en la que podrán ser designados para desempeñar comisiones de servicios de carácter temporal. En ambos supuestos se mantendrá la situación de reserva sin recuperar la de servicio activo»⁶.

4. REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS

1. La modificación de los estatutos de las Agencias Estatales requiere el dictamen del Consejo de Estado al quedar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril de 1980⁷.

de las Comunidades Autónomas, de forma que no condicionen o perjudiquen la dirección de la política exterior; competencia exclusiva del Estado. En este sentido, la vulneración de tales normas ordenadoras o coordinadoras sí supondría una actuación ultra vires de la competencia autonómica».

⁵ Dictamen 2527/2007, de 10 de enero de 2008, emitido en el Proyecto de Real Decreto para la aplicación efectiva del Reglamento (CE) n° 1082/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, sobre Agrupación Europea de Cooperación Territorial.

⁶ Dictamen 2070/2008, de 23 de diciembre, emitido en el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, se regula la prima de servicios prestados por el personal militar de complemento con un compromiso de larga duración y se modifica el Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento.

⁷ Dictamen 1394/2008, de 25 de septiembre, emitido en relación con el proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 184/2008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea.

2. El fundamento para que el Gobierno regule el régimen jurídico del personal funcionario que presta sus servicios en la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. está en el artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social ⁸.

3. La falta de respeto del plazo de concedido al Gobierno para el ejercicio de la potestad reglamentaria –dos meses para ejercer la potestad reglamentaria previsto en la disposición adicional sexta de la Ley 41/2007– no es óbice para que se pueda desarrollar el precepto necesitado de ejecución⁹.

⁸ Dictamen 19/2008, de 31 de enero de 2008, emitido en el expediente relativo al proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto del Personal Funcionario de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima.

⁹ Dictamen 1786/2008, de 6 de noviembre, recaído en el expediente relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se desarrollan las medidas fiscales y de seguridad social en el ejercicio 2008 para atender los compromisos derivados de la celebración de la 33ª edición de la Copa del América en la Ciudad de Valencia.

El dictamen señala: «III.- Existe *habilitación legal suficiente para dictar el Real Decreto ahora en proyecto, tal como señala su preámbulo, en las disposiciones adicionales sexta y séptima de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. La citada disposición adicional sexta contiene (.../...) una habilitación legal específica en su apartado uno en relación con la bonificación de cuotas de la seguridad social respecto de trabajadores contratados como consecuencia de la celebración de la «33ª Copa del América» al establecer que, «en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la Ley, se aprobará por Real Decreto un Reglamento en el que se establezcan los requisitos, plazos, procedimiento de concesión y medidas de control relativas a la mencionada bonificación».*

La falta de respeto del plazo de dos meses previsto en la disposición adicional sexta de la Ley 41/2007 no es óbice, en este caso, para que el titular de la potestad reglamentaria pueda aún desarrollar el precepto legal necesitado de ejecución. Como ya destacó el Consejo de Estado en su dictamen 2160/2004, de 21 de octubre de 2004, relativo al que luego sería Real Decreto 2146/2004, de 5 de noviembre, por el que se desarrollan las medidas para atender los compromisos derivados de la celebración de la 32ª edición de la Copa del América en la ciudad de Valencia, la fijación legal de un plazo testimonia la explícita voluntad del legislador de que la norma, de cuya reglamentación se trata, sea puesta en ejecución sin dilaciones. El apremio que, respecto del Gobierno destinatario, comporta el plazo marcado por la ley se satisface, desde luego, dictando dentro de él las normas reglamentariamente previstas; sin embargo, ante la hipótesis de un incumplimiento del plazo, la cuestión se plantea en términos que relativizan la significación de aquél, obligando al intérprete a optar entre la admisibilidad de un cumplimiento fuera de plazo o la negación definitiva de la posibilidad de que el reglamento se dicte. Los principios de legalidad y jerarquía normativa, aun erosionados inicialmente por el incumplimiento del plazo, amparan, sin lugar a dudas, la interpretación más acorde con la voluntad legalmente manifestada; y corresponde mejor a esa voluntad la promulgación, aun tardía, de la norma reglamentaria que la cancelación de la posibilidad misma de que tal norma sea promulgada.

La precedente consideración y la lógica jurídica en que se funda, unidas a la ponderación de la expresa y directa atribución constitucional de la potestad reglamentaria al Gobierno, avalan en términos estrictos de interpretación jurídica la neutralidad del plazo legal a efectos de la posible identificación de un vicio de legitimidad en el ejercicio de la potestad

5. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Las disposiciones que prevén bonificaciones fiscales y de las cuotas de las Seguridad Social en el caso de eventos concretos deben ser objeto de notificación a la Comisión Europea, toda vez que dichas bonificaciones son calificables de ayudas a los efectos del artículo 87 del Tratado CE y procede su examen por el órgano europeo a los efectos de determinar si son compatibles con el mercado común¹⁰.

reglamentaria, salvo que otra cosa –y no es éste el presente caso– resulte nítidamente de la naturaleza del plazo y de la habilitación conferida al Gobierno».

¹⁰ Dictamen 1786/2008, de 6 de noviembre, recaído en el expediente relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se desarrollan las medidas fiscales y de seguridad social en el ejercicio 2008 para atender los compromisos derivados de la celebración de la 33ª edición de la Copa del América en la Ciudad de Valencia. En concreto, se dice: «cabe reiterar la conveniencia de notificar el texto del proyecto a la Comisión Europea, por cuanto pudiera contener elementos de ayuda en el sentido del artículo 87.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en su caso, no podría ser puesto en práctica hasta su autorización por la Comisión. En aplicación del artículo 88.3 del Tratado CE, la Comisión debería ser informada del proyecto, ya que a ella le corresponde determinar, al amparo de alguno de los supuestos del artículo 87.3 de dicho Tratado, si las ayudas en cuestión son compatibles con el mercado común».

**PROPUESTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO DE LA CRUZ ROJA
ESPAÑOLA**

**Borrador de un anteproyecto de modificación del Código penal
español, en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos
en caso de conflicto armado**

I. MEMORIA¹

A. ANTECEDENTES

La Cruz Roja Española remitió en su día al Gobierno una propuesta para castigar los crímenes de guerra en el nuevo Código penal que entonces se elaboraba. Así se incorporó al vigente Código penal de 1995 el capítulo «Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» (artículos 608 a 614). Tal incriminación, pionera en el mundo occidental, ha servido de modelo a países europeos e iberoamericanos en la protección penal de las víctimas de la guerra.

¹ Memoria elaborada por una Ponencia constituida en el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (CEDIH), con la siguiente composición: Dr. D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Director del CEDIH, Prof. Dr. D. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional Público de la UCM, Dr. D. Agustín Corrales Elizondo, Magistrado del Tribunal Supremo, Dr. D. Fernando Piganatelli Meca, General Consejero Togado y D. Joaquín López Sánchez, Secretario del CEDIH. El texto de la Ponencia fue debatido en sesión plenaria de los Profesores del CEDIH y aprobado el día 23 de enero de 2007.

Sin embargo, a partir de julio de 2002 (fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional) se hacía necesaria una reforma del citado capítulo del Código penal. Los nuevos crímenes internacionales que se castigan en el Estatuto de Roma (que los declara imprescriptibles), la protección que merece el personal de las Naciones Unidas en sus misiones pacíficas y humanitarias, la prohibición de armas inhumanas e indiscriminadas (como las armas biológicas, químicas o minas antipersonas), la protección reforzada de los bienes culturales o los derechos de los niños, para limitar o impedir su participación en los conflictos armados, suponen avances del Derecho internacional que deben ser recogidos en las normas penales.

En efecto, los nuevos desarrollos del Derecho Internacional que justificaban la propuesta se podían concretar en la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional (que aconsejaba la modificación de numerosas tipificaciones), la incriminación de la violación de suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la parte adversa, la requisita indebida o innecesaria de edificios o bienes muebles en territorio ocupado, la captura o destrucción de buque mercante o aeronave comercial con infracción de las normas sobre el derecho de captura o presa, la protección de los niños en los conflictos armados (Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000), la protección reforzada de los bienes culturales (Protocolo II de 26 de marzo de 1999) y la protección al personal de las Naciones Unidas y personal asociado (Convenio de 9 de diciembre de 1994).

A todos estas menciones habría que añadir la obligación de incriminar determinadas conductas que podrían ser calificadas como actos preparatorios en relación con las armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas, armas químicas y minas antipersonas, consistentes en el desarrollo, producción, almacenamiento, adquisición, conservación, transferencia o vulneración de la obligación de destrucción de tales armas, consecuencia de la ratificación por España de la Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (ratificada por España por Instrumento de 1 de junio de 1979), de la Convención de 1993, sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (ratificada por España por Instrumento de 3 de agosto de 1994) y de la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (ratificada por España por Instrumento de 7 de enero de 1999).

B. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL HECHA POR LA LEY ORGÁNICA 15/2003

Así se aprobó la reciente modificación del Código penal de 1995, realizada por la extensa Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004. Nos referimos en particular a la reforma del Título XXIV del libro II del Código penal («Delitos contra la comunidad internacional») y, mas concretamente, de su Capítulo III «De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado».

Ahora bien, la reforma aporta extramuros de éste capítulo otros aspectos de gran importancia en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales, como la incorporación al Código penal de los «Delitos de lesa humanidad» (que integran un nuevo capítulo II bis del citado Título XXIV del libro II, artículo 607 bis). Y, en el mismo sentido, podríamos destacar las normas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de guerra, así como de sus penas, la incriminación de los «delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional» (artículo 471 bis), la regulación de la responsabilidad penal de los superiores (artículo 615 bis) o la exclusión de la aplicabilidad de la eximente de cumplimiento de un deber para los delitos de genocidio o crímenes de lesa humanidad (artículo 616 bis). Preceptos todos pretendidamente inspirados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Por otra parte, el Congreso aprobó por consenso cinco Enmiendas al Proyecto de Código penal, para proteger al personal de Naciones Unidas y personal asociado, incorporar como crímenes de guerra determinadas conductas ya incriminadas por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (como la orden de no dar cuartel, la deportación ilegal, los asentamientos en territorio ocupado, los ataques a instalaciones o medios de transporte sanitarios o la violencia sobre el personal humanitario) o completar la defensa de los bienes culturales de especial relevancia, en caso de conflicto armado.

C. TÉCNICA JURÍDICA EMPLEADA EN LA PROPUESTA DE LA CRUZ ROJA ESPAÑOLA

La sólida base de partida en el derecho penal español es texto vigente del Código penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, cuyo Capítulo III (*Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*) del Título XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*), que contiene los artículos 608 a 614, fue aprobado en su

día de acuerdo con el texto de una Propuesta articulada elaborada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

En el referido Capítulo III se definen, en primer lugar, las personas protegidas (artículo 608) y, seguidamente, se tipifican las violaciones del Derecho Internacional Humanitario (o Derecho Internacional de los Conflictos Armados) cometidas por un sujeto activo indeterminado (*el que...*) en cualquier clase de conflictos armados, sean éstos de carácter internacional o no internacionales (conflictos armados internos), finalizando con un tipo residual que sanciona las restantes infracciones (artículos 609 a 614).

A la vista de la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre) y de su entrada en vigor el 1 de julio de 2002, así como de la ratificación de otros instrumentos de Derecho Internacional Humanitario como la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 9 de diciembre de 1994, el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 de la Convención de La Haya de 1954, sobre protección reforzada de los bienes culturales, el Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000 de la Convención de 1989, sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados y el Protocolo III de 8 de diciembre de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, resulta aún muy conveniente la modificación de algunos aspectos concretos de las normas establecidas y conductas incriminadas en los citados artículos 608 a 614 del Código Penal. Al no ser necesario alterar básicamente los tipos previstos, entendemos que podía ser suficiente la modificación puntual o adición de los preceptos vigentes.

Así, se proponen escasas modificaciones del articulado, a las que se añaden otras derivadas de diversas normas del Derecho Internacional de los Conflictos Armados, como del denominado Derecho de La Haya (Convenciones de 1899 y 1907), de la Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, de la Convención de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, así como de la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas. Estas reformas, al tratarse de delitos que no necesariamente pueden cometerse en tiempo de conflicto armado, afectarían a los

artículos 566 y 567 del Código penal (Título XXII, Capítulo V, Sección 1ª: «De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos»).

La propuesta no se agota en el propósito de modificar los mencionados Capítulo III del Título XXIV y Sección 1ª, Capítulo V del Título XXII del Código Penal, puesto que considera muy conveniente, a la vista de los *Principios Generales del Derecho Penal* establecidos en Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículos 22 a 33), incluir en el texto punitivo común determinadas normas de indudable trascendencia penal. Se propone, en consecuencia, añadir en el Capítulo IV (*Disposiciones Comunes*) del Título XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*) el artículo 616 ter para acoger la regulación del artículo 33 del Estatuto de Roma.

Por otra parte, se da nueva redacción al artículo 616 para evitar la imposición de penas privativas de derechos desproporcionadas para determinados delitos.

Y asimismo contiene la propuesta de modificación de los artículos 131 y 133 del Código Penal (Capítulo I del Título VII del Libro Primero) para declarar la imprescriptibilidad de los *delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614*, y de sus penas. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Roma.

En definitiva, como técnica legislativa, se propone la aprobación de una Ley Orgánica de modificación parcial del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, cuya propuesta de texto articulado y Exposición de Motivos se acompaña.

D. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES DEL CODIGO PENAL QUE SE PROPONEN EN MATERIA DE CRÍMENES DE GUERRA

LIBRO SEGUNDO DEL CODIGO PENAL (*Delitos y sus penas*) **TITULO XXII (*Delitos contra el orden público*)** **CAPITULO V (*De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y de los delitos de terrorismo*)** **SECCION 1ª (*De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos*)**

Propuesta de modificación de los artículos 566 y 567 del Código penal

La propuesta de la Cruz Roja Española contiene la adición de un párrafo en el artículo 566 del Código penal dirigido a castigar determinadas

conductas no abarcadas por los verbos típicos utilizados en el precepto (como la *no destrucción de las armas químicas, biológicas o las minas antipersonas*) y la adición de la mención de las *minas antipersonas*, a pesar de que se trata de acciones o armas prohibidas por Convenciones Internacionales de las que España es Parte y de que en algunos de éstos Instrumentos se establece la obligación de castigar penalmente tales conductas.

La acción típica, cuya incriminación se solicita, consiste en adicionar al final del número 2 del artículo 566 la siguiente expresión: «... *o no las destruyan con infracción de los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte*».

Asimismo se propone añadir a los apartados 1º y 3º del número 1 y al número 2 del artículo 566, después de la expresión «*armas químicas o biológicas*», la mención a las «*minas antipersonas*».

La Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre **su destrucción**, ratificada por España el 1 de junio de 1979, establece en su artículo I el compromiso de no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener tales armas, **destruirlas** o desviarlas hacia fines pacíficos lo antes posible (artículo II), a no traspasarlas a nadie y a no ayudar, alentar o inducir a fabricarlas o adquirirlas (Artículo III). El artículo 160 del vigente Código Penal castiga *la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana*, dentro de los *Delitos relativos a la manipulación genética*, dando una protección penal parcial en relación con éste tipo de armas, que se completa con la tipificación de los artículos 566 y 567 del Código penal, modificados por Ley Orgánica 15/2003.

La Convención de 13 de enero de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre **su destrucción**, ratificada por España el 3 de agosto de 1994, determina en su artículo I que cada Estado Parte adquiere la obligación de no desarrollar, producir, adquirir de otro modo, almacenar, conservar ni transferir armas químicas, no emplearlas, no iniciar preparativos militares para su empleo, no ayudar, alentar o inducir a cualquier actividad prohibida y **comprometerse a destruir las referidas armas químicas**. Además, el artículo VII obliga a cada Estado Parte a promulgar leyes penales en relación con las actividades prohibidas por la Convención.

En relación con las armas químicas se promulgó en España la Ley 49/1999, de 20 de diciembre, sobre medidas de control, el Real Decreto 663/1997, sobre la Autoridad Nacional para la Prohibición de las Armas Químicas, y la Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero, de modificación del Código Penal en ésta materia y, concretamente, de los artículos 566 y 567,

encontrados en el Capítulo V, Sección 1ª, relativa a la *Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos*.

La Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa), sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción, ratificada por España el 7 de febrero de 1999, establece en su artículo 1 el compromiso para los Estados Partes de no emplear, desarrollar, producir, adquirir, almacenar, conservar o transferir minas antipersonal, no ayudar, estimular o inducir a estas actividades prohibidas y destruir o asegurar la destrucción de estas armas. En el artículo 9 (*Medidas de aplicación a nivel nacional*) los Estados Partes se obligan a adoptar las medidas legales, incluyendo la imposición de sanciones penales, para prevenir y reprimir cualquier actividad prohibida en la Convención.

En relación las minas antipersonas se promulgó la Ley 33/1998, de 5 de octubre, de prohibición total de minas antipersonas y armas de efecto similar.

Es de destacar que no se propone incriminar todas las conductas prohibidas por las expresadas Convenciones en la modificación de los artículos 566 y 567 del Código penal. Otras conductas prohibidas no se incluyen en el precepto porque se trata de formas de participación (*ayudar, estimular o inducir*) que encuentran adecuado tratamiento en la parte general del Código Penal que regula la autoría y complicidad (artículos 28 y 29).

El legislador penal belga (artículo 3 de la ley de 1993) incluyó el contenido de ésta norma en su legislación penal.

Por otra parte, se solicita la modificación correlativa del artículo 567 del Código penal, con la adición en sus números 1 y 2, después de la expresión «*armas químicas o biológicas*», de las «*minas antipersonas*».

TITULO XXIV (Delitos contra la comunidad internacional)

CAPITULO III (Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado)

ARTICULO 611

Se han introducido en esta propuesta dos modificaciones de éste precepto, derivadas ambas de la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Adición de un número 8º. La infracción de las garantías judiciales

Se trata de adicionar un número 8º al artículo, para castigar a quien: «*Declare abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Juez o Tribunal los*

derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa». Esta conducta se corresponde con la incriminada en el artículo 8, número 2, apartado b), xiv) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El fundamento de esta tipificación es el artículo 23, apartado h) de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y Reglamento Anexo sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, que hoy se considera derecho internacional consuetudinario.

Sus precedentes, entre otros, en el derecho comparado son el párrafo 9 (2) de la Sección 2 (crímenes de guerra) de la Ley alemana del Código Penal Internacional de 2002 y el párrafo 2, Sección 5, n.º 5ª. e) de la Ley sobre crímenes internacionales de los Países Bajos.

Adición de un número 9º. La protección de la mujer y la incriminación de las violencias sexuales

La modificación del número 3º del artículo 612 del Código penal por Ley Orgánica 15/2003 ha consistido en eliminar del texto anteriormente vigente la frase «*prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor*». Realmente resulta poco comprensible esta reforma, no propuesta por Cruz Roja Española, a la vista del contenido de los Convenios de Ginebra y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Desde luego, resulta insuficiente la alusión final del precepto que se refiere a las violaciones de las prescripciones sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los tratados internacionales en los que España fuere parte. Hay que tener en cuenta que los atentados o violencias sexuales han merecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional la tipificación de estas conductas tanto como crimen de lesa humanidad en el artículo 7.1.g), como crimen de guerra en el artículo 8.2, b), apartado xxii y d), apartado vi. A pesar del confesado propósito del legislador penal español de «coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional» (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2003), no se tuvo en cuenta la propuesta concreta de incriminar las violencias sexuales como crímenes de guerra formulada por Cruz Roja Española para el artículo 612.

Ahora bien, la protección penal contra las violencias sexuales en tiempo de conflicto armado, que figura para situaciones de normalidad en el artículo 607 bis del Código penal como crimen de lesa humanidad, es un crimen de la mayor gravedad por lo que parece insuficiente la penalidad prevista en el artículo 612 (prisión de tres a siete años) y más adecuada la sanción que establece el artículo 611 (diez a quince), ambos del Código penal.

El nuevo número 9º propuesto se basa en el artículo 8, número 2, apartado b), xxii) para los conflictos armados internacionales y apartado e), vi) para los conflictos armados sin carácter internacional, ambos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se toma de estas normas el texto, con ligeros retoques para eliminar algunas expresiones inadecuadas como *cualquier forma de atentado a su pudor*, que figuraban en el número 3º del artículo 612 del Código Penal. El texto que se propone al legislador penal español incrimina a quien:

9º. *«Atentare contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual».*

Como hemos expresado ya, no se entiende fácilmente la actual preterición de tipos criminales del Estatuto de Roma, consolidados por abundante jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda y que, paradójicamente, se incriminan en el artículo 607 bis del Código penal como delitos de lesa humanidad. Tales crímenes se recogen puntualmente en el Código de Derecho Penal Internacional de Alemania (parágrafo 8, apartado (1), nº 4 de la Sección 2), en la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos dentro del parágrafo 2, sección 5, apartado 3, letras a) y b), y en el Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina.

ARTICULO 612

Realmente es necesario introducir numerosas modificaciones en este extenso precepto, a la vista del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y de otros instrumentos convencionales como el Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000 de la Convención de 1989, sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, y la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado de 1994. La modificación realizada por la Ley Orgánica 15/2003 puede calificarse de insuficiente.

Propuesta de modificación mediante la adición de un párrafo al nº 3º. La protección de los niños en los conflictos armados

La Cruz Roja Española propone que, al final del número 3º del artículo se añada la siguiente frase: *«...y, en particular, reclute o aliste a menores*

de 18 años o los utilice para participar directamente en las hostilidades. Inicialmente la razón de ésta modificación nace del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que, en su artículo 8, número 2, apartado b), xxvi) para los conflictos armados internacionales y apartado e), vii) para los conflictos armados sin carácter internacional, arbitra una protección penal específica para los niños que participan en las hostilidades. Pero la Propuesta, en consonancia con la postura de la Misión de España en la Conferencia Diplomática de Roma y con nuestra legislación interna (penal y administrativa), se basa en los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000, firmado y ratificado por España. La propuesta lamentablemente no prosperó en la Ley Orgánica 15/2003 y el precepto quedó inalterado por lo que se refiere a la protección de los niños en los conflictos armados.

En el campo del derecho comparado, la propuesta se basa en el párrafo 8, apartado (1), número 5 de la Sección 2 de la Ley alemana del Código Penal Internacional y en el párrafo 2, sección 5, apartado 5, (r) de la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos. El Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina también incrimina el reclutamiento, alistamiento o participación activa en las hostilidades de niños menores de 18 años.

Propuesta de modificación mediante la adición de un párrafo al nº 4. La protección del «Cristal Rojo»

La entrada en vigor del Protocolo III de 8 de diciembre de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional y su próxima ratificación por España, aconseja extender la protección penal de los signos distintivos de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, establecida en el número 4 del artículo 612 del Código penal, al emblema del Protocolo III, puesto que todos tienen el mismo estatus según el artículo 2 del citado Protocolo. En particular, el artículo 6 del Protocolo III dispone que las Partes Contratantes tomarán las medidas necesarias para reprimir todo empleo abusivo del mencionado signo, incluido el uso péfido.

Hay que destacar que la XXVIII Conferencia internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 20-21 de junio de 2006) adoptó la resolución de que el emblema del Protocolo III llevara el nombre de «Cristal Rojo».

Por todo ello, se propone adicionar al final del nº 4 del artículo 612 la siguiente frase: «...y del Protocolo III de 8 de diciembre de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949».

Adición de un número 8º. Hacer padecer hambre a la población civil

La justificación de la propuesta que se formula en relación con el nuevo número 8º del precepto hay que buscarla asimismo en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 8, número 2, apartado b), xxv) para los conflictos armados internacionales, incrimina las conductas de provocar intencionadamente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra y obstaculizar los suministros de socorro. No obstante, en la propuesta se ha preferido emplear la expresión *hacer padecer intencionadamente hambre* por ajustarse más exactamente a los términos del artículo 54 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra y artículo 14 del Protocolo II Adicional de 1977. Así pues, la redacción que se propone es la siguiente:

8º. Haga padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de guerra, privándola de los bienes indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar arbitrariamente los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. Tal delito se tipifica en el párrafo 2, sección 5, apartado 5, letra (l) de la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos, en el párrafo 11, apartado (1), número 5 del Código de Derecho Penal Internacional de Alemania y en el Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina.

Adición de un número 9º. Violación de convenios celebrados con la Parte adversa

Tampoco fue acogida en su momento por el legislador penal español la propuesta que ahora se formula para añadir un nuevo párrafo con la siguiente redacción: *9º) Viole suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la Parte adversa.* El fundamento convencional de este delito se puede encontrar en los artículos 35 a 41 de los Reglamentos sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anexos al II Convenio de La Haya de 1899 y al IV Convenio de 1907. Y en el campo del derecho comparado ha encontrado acogida en el párrafo 2, sección 5, apartado 6, letra (f) de la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos.

Adición de un número 10º. Protección de las misiones humanitarias

La propuesta consiste en añadir un nuevo número 10º con la siguiente redacción: *Dirija intencionadamente ataques contra cualquier miembro*

del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participante en una misión de paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, o les amenace con tal ataque para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.

En el texto ofrecido se ha respetado inicialmente la estructura del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que incluye este crimen en el artículo 8, número 2, apartado b), iii) para los conflictos armados internacionales y en el apartado e), iii) para los conflictos armados sin carácter internacional. Este precepto nació de una propuesta de España en la Conferencia Diplomática de Roma y tiene su fundamento convencional en el artículo 9 de la Convención de 9 de diciembre de 1994, sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, ratificada por España. Se incluyen también en el texto propuesto algunos elementos del citado artículo 9 de la Convención de 1994, como las alusiones a *cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas o personal asociado* y la incriminación de *las amenazas de ataques*. Hay que tener en cuenta que los ataques a las instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos se tipifican en la propuesta de modificación del artículo 613 del Código penal.

Se ha entendido que el término *ataques* comprende los que se perpetren contra la integridad física o la libertad de las personas protegidas en este delito. En el supuesto de homicidio o grave peligro para la integridad de las víctimas sería de aplicación el artículo 609 del mismo Código Penal, dada la condición de *personas protegidas* de los sujetos pasivos del ataque, teniendo en cuenta que la pena allí prevista se impone *sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos*.

Por otra parte, otras conductas previstas en el artículo 9 de la citada Convención de 1994, como la tentativa (apartado d), la complicidad o los actos de organización o dación de órdenes a terceros para la comisión de tal ataque (apartado e), quedan suficientemente incriminadas por la aplicación de la parte general del Código Penal que regula la participación a título de autor (por medio de otro, por inducción o cooperación necesaria) o de cómplice (artículos 28 y 29) y la tentativa (artículo 16).

En el campo del derecho comparado se incrimina esta conducta en el parágrafo 10, apartado 1 de la Ley alemana de Código Penal Internacional y en la sección 5, apartado 5, letra (o) de la Ley sobre crímenes Internacionales de los Países Bajos.

ARTICULO 613

a) La protección reforzada de los bienes culturales

La modificación de mayor envergadura que actualmente aparece en éste artículo consiste en la nueva redacción de su número 1 para recoger, al lado de las conductas que implicaban violaciones del Convenio de La Haya de 1954 sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y del artículo 53 del Protocolo I de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra, la protección penal establecida en el Segundo Protocolo de la citada Convención de La Haya, adoptado el 26 de marzo de 1999 y, como ya se ha dicho, ratificado por España el 6 de julio de 2001. La protección reforzada que se determina en tal Protocolo se refleja al incriminar esta nueva conducta en el apartado a) del artículo 613. Sin embargo, la modificación del Código penal no recoge la «*apropiación a gran escala, robo, saqueo, utilización indebida o actos de vandalismo*» contra los bienes culturales protegidos o «*la utilización de los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares*», incriminaciones que figuraban en la propuesta de la Cruz Roja Española.

El fundamento convencional de la modificación hay que buscarlo en los artículos 10 a 14 y, particularmente, 15 del citado Segundo Protocolo de 1999, que establece la obligación de cada Estado Parte de tipificar como delitos las infracciones indicadas y sancionarlas con penas adecuadas. Norma que viene a completar la obligación dimanante del artículo 28 del Convenio de La Haya de 1954 y artículo 85, número 4, apartado d) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra.

b) La incriminación de la requisita ilegal

La propuesta contiene un nuevo apartado h) en su número 1 para castigar como delito al que: h) *Requise, indebida o innecesariamente, bienes muebles o inmuebles en territorio ocupado o capture o destruya buque o aeronave no militares, y su carga, de una parte adversa o neutral, con infracción de las normas sobre el derecho de captura.*

Se trata de un precepto que resulta necesario para incriminar estas conductas con carácter general y evitar una laguna legal (Artículo 52 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra, Anexo al II Convenio de La Haya de 1899 y al IV Convenio de La Haya de 1907, así como Convenio XI de La Haya de 1907 sobre ciertas restricciones en cuanto al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima).

c) La propuesta de reestructuración global del precepto

Al considerarse necesaria la revisión global del precepto, proponemos la siguiente redacción:

Artículo 613

1. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar alguna de las siguientes acciones:

a) Ataque o haga objeto de represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblo, siempre que tales bienes o lugares no estén situados en la inmediata proximidad de un objetivo militar o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario y estén debidamente señalizados;

b) Use indebidamente los bienes culturales o lugares de culto referidos en el apartado a) en apoyo de una acción militar;

JUSTIFICACION

Se establece la tutela penal de los bienes culturales o lugares de culto bajo protección general, extrayendo del texto cualquier referencia a aquellos a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales o colocados bajo protección reforzada, remitiendo la tuición cualificada de los mismos al párrafo primero del número 2, junto con los bienes culturales bajo protección especial.

El sistema de protección reforzada articulado por el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 tiene carácter primordial o preferente respecto al de protección especial que, no obstante queda plenamente vigente, según el artículo 4 del citado Protocolo.

c) Se apropie a gran escala, robe, saquee o realice actos de vandalismo contra los bienes culturales o lugares de culto referidos en el apartado a);

JUSTIFICACION

Con la introducción de este apartado se tipifican cuatro de las cinco acciones previstas en el artículo 15.1 e) del Segundo Protocolo de 1999. El uso indebido se ha incriminado en el anterior apartado b) de este artículo.

d) Ataque o haga objeto de represalias... (Continúa la misma redacción del vigente apartado b) del número 1 del artículo 613).

e) Ataque, destruya, sustraiga...(Continúa la misma redacción del vigente apartado c) del número 1 del artículo 613).

f) Ataque o haga objeto de represalias...(Continúa la misma redacción del vigente apartado d) del número 1 del artículo 613).

g) *Destruya, dañe o se apodere...*(Continúa la misma redacción del vigente apartado e) del número 1 del artículo 613).

h) *Requise, indebida o innecesariamente, bienes muebles o inmuebles en territorio ocupado o destruya buque o aeronave no militares, y su carga, de una parte adversa o neutral, o los capture, con infracción de las normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar;*

JUSTIFICACION

El fundamento convencional de este crimen se puede encontrar en el artículo 52 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anexo a la II Convención de La Haya de 1899 y a la IV Convención de La Haya de 1907 (requisas), así como en la XI Convención de La Haya de 1907 sobre ciertas restricciones en cuanto al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima.

i) *Ataque o realice actos de hostilidad contra las instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos de cualquier miembro del personal referido en el párrafo 10º del artículo 612 o amenace con tales ataques o actos de hostilidad para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.*

JUSTIFICACION

Se extrae del contenido del artículo 612. 10º propuesto la referencia a *instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos*, para residenciar en este artículo 613 todo lo atinente a la protección de bienes, por cuestiones de sistemática.

2. *Cuando el ataque, la represalia, el acto de hostilidad o la utilización indebida tengan por objeto bienes culturales o lugares de culto bajo protección especial o a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales o bienes culturales inmuebles o lugares de culto bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos, se podrá imponer la pena superior en grado.*

JUSTIFICACION

Se castigan con pena agravada las actuaciones tipificadas en el artículo 15.1. a) y b) del Segundo Protocolo de 1999, ya citado.

En los demás supuestos previstos en el número anterior de éste artículo, se podrá imponer la pena superior en grado cuando se causen destrucciones extensas e importantes en los bienes, obras o instalaciones sobre los que recaigan o en los supuestos de extrema gravedad.

JUSTIFICACION

Se recoge y amplía la agravación prevista en el texto vigente del artículo 613.

ARTICULO 614

La única modificación que se propone en éste artículo, calificado como tipo general o residual con la estructura propia de una ley penal en blanco o tipo abierto, consistía en la adición de la expresión «o *regulación de medios o métodos de combate*». Asimismo se modifica el tiempo de los verbos «realizar» (se propone *realice* en lugar de «realizare») y «ordenar» (se propone *ordene* en lugar de «ordenare»), por coherencia con demás tiempos verbales empleados en el Capítulo.

El fundamento de la adición reside en la conveniencia de incriminar determinadas infracciones no tipificadas en el artículo 610, que supongan violaciones de los Convenios Internacionales que regulan los medios o métodos de combate, como las ya citadas Convención de 1972, sobre armas bacteriológicas, la Convención de 1993, sobre armas químicas, o la Convención de 1997, sobre minas antipersonas. Sin descartar otras infracciones (distintas del empleo de ciertas armas) de la Convención de 1980 sobre armas convencionales de efectos excesivos o indiscriminados, con sus cinco Protocolos y el Protocolo enmendado de 1996 o violaciones (distintas del empleo) del Convenio de 1976, sobre técnicas de modificación ambiental, todos ellos ratificados por España. En estos supuestos la redacción vigente ofrece algunas dificultades para abarcar estas infracciones al referirse el actual artículo 614 únicamente a los Tratados Internacionales sobre la conducción de las hostilidades.

Son ejemplos de estas incriminaciones en el derecho comparado, el párrafo 2, sección 7, apartado (1) de la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos y el párrafo 11 (métodos de guerra) y 12 (medios de guerra) de la sección 2 de la Ley alemana de Código Penal Internacional.

ARTICULO 616

A la vista del contenido de los artículos 614 y 615 bis, éste último adicionado por la Ley Orgánica 15/2003, se considera necesario reformar la imposición automática de las penas privativas de derechos de inhabilitación absoluta y especial, que parecen desproporcionadas para determinadas conductas allí incriminadas, teniendo en cuenta que se establecen además de las penas privativas de libertad previstas para cada delito. Hay que tener en cuenta que el artículo 614 es un tipo residual castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, que incrimina «cualesquiera otras infracciones o actos contrarios».

Por otra parte, el artículo 615 bis en su número 2 sanciona un supuesto de imprudencia grave, conducta que no parece que deba castigarse –además de la pena privativa de libertad– con la inhabilitación absoluta o especial.

Finalmente, el número 6 del artículo 615 bis determina como sanción única para el funcionario o autoridad que cometa el delito que tipifica la pena de *inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años*. Por tanto es una imperfección técnica del Código que, al propio tiempo, el artículo 616 imponga –además– y para el mismo sujeto activo la pena de inhabilitación absoluta.

En consecuencia, se propone la modificación del artículo 616 con la siguiente redacción:

Artículo 616. En el caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en este Título, excepto los previstos en el artículo 614 y en los números 2 y 6 del 615 bis, y en el Título anterior por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años; si fuese un particular, los Jueces y Tribunales podrán imponerle la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años.

E. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA OBEDIENCIA JERARQUICA

ARTÍCULO 616 TER

1. La reforma de la eximente de cumplimiento de un deber

El precepto incorpora a nuestro Código Penal, dentro del Capítulo IV «Disposiciones comunes», parte del contenido del artículo 33 (*Ordenes superiores y disposiciones legales*) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se trata de una norma limitativa y especial relacionada con la aplicabilidad del error de prohibición regulado en el artículo 14, apartado 3 del Código Penal y, de forma más remota, con la circunstancia eximente de cumplimiento de un deber, prevista en el número 7º del artículo 20 del mismo Código Penal. Pero es justamente ésta eximente la única citada en el nuevo artículo y precisamente para determinar que esta norma no resulta aplicable a los crímenes de *genocidio* y *crímenes de lesa humanidad*. Como veremos a continuación, el legislador penal español no ha entendido muy bien el sentido del precepto del Estatuto de Roma, ni la verdadera naturaleza de la eximente de obediencia jerárquica. Basta para

ello leer la regulación actual del Código alemán de Derecho Penal Internacional (parágrafo 3), el artículo 5 de la ley belga, la sección 11 de la ley penal de los Países Bajos, el artículo 14 de la ley de Canadá o el artículo 12 del Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina.

2. La regulación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Estos precedentes u otras reflexiones han llevado al Estatuto de Roma a regular en su artículo 33 la eximente de obediencia jerárquica bajo el epígrafe de «Ordenes superiores y disposiciones legales», mientras que el legislador penal español suprimía tal circunstancia de exención del Código penal de 1995.

El presupuesto del que parte la norma estatutaria es el cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, que entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte.

En todo caso la virtualidad exculpatoria de la obediencia jerárquica en el Estatuto es excepcional. Y ello porque, en primer lugar, se formula una regla general de forma negativa («Una persona que haya cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximida de responsabilidad penal...») seguida de una excepción («...a menos que...») condicionada a la existencia de los tres requisitos que detalla. En segundo término porque, en la práctica, la eximente sólo será aplicable a los crímenes de guerra (o al «non nato» crimen de agresión), puesto que el mismo precepto en su número 3 se encarga de establecer una presunción legal de que «las órdenes para cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas», lo que impide la concurrencia en tales crímenes del tercer requisito exigido por la norma: Que la orden no fuera manifiestamente ilícita.

3. Los requisitos de la eximente

En el artículo 33 del Estatuto de Roma, que analizamos, se exige para la eximente de obediencia jerárquica la concurrencia imprescindible de tres requisitos.

El primero es fundamentalmente formal y hace referencia a la relación jerárquica que debe existir entre el superior de quien emana el mandato y

el subordinado en quien debe concurrir el deber de obediencia. De manera que la orden debe ser dada por un superior jerárquico (es decir: el gobierno o un superior, sea militar o civil), dentro de la esfera de su competencia y en relación con asuntos del servicio (que implica que la orden se encuentre dentro de las atribuciones que legalmente correspondan al superior, pues fuera de ellas no existe deber de obediencia), es necesario que se comunique el mandato en la forma adecuada (normalmente se puede exigir por escrito si la ejecución de la orden compromete la responsabilidad del subordinado) y es preciso que se trate de una orden concreta (para llevar a cabo u omitir una actuación específica) y de un mandato inequívoco y terminante (algo distinto al mero asesoramiento o consejo). Finalmente, es imprescindible que el deber de obediencia derivado de la relación jerárquica se encuentre establecido por ley.

El segundo requisito se adentra ya en el contenido del mandato, puesto que es necesario que el subordinado «no supiera que la orden era ilícita», lo que describe un clásico e invencible error de prohibición. En definitiva el subordinado que sabe que la orden recibida es ilícita, no puede ampararse en la eximente de obediencia jerárquica pues su exculpación se puede basar únicamente en el error de prohibición.

Pero no basta para la apreciación de la eximente que el sujeto estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes de sus superiores y que no supiera que la orden era ilícita, además es preciso (y éste es el tercer requisito que establece el precepto) que la orden no fuera manifiestamente ilícita. El adverbio «manifiestamente» (es decir, con claridad y evidencia, descubiertamente) es la clave del precepto y confiere cierto carácter objetivo a la calificación de la orden (frente a la ignorancia del sujeto sobre la ilicitud del mandato). A parecida solución llegó el artículo 21 del Código Penal Militar español (y otros muchos en el panorama del Derecho comparado, entre los que destaca la Ley Penal Militar alemana de 1974) cuando rechaza la exención o atenuación de la obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución.

4. Crítica de la nueva regulación del Código penal español

El legislador penal español, obsesionado por la eliminación en el Código penal de 1995 de la clásica eximente de «obediencia debida» (comprendida dentro de la eximente de cumplimiento de un deber del artículo 20. 7º del Código penal), no se percató o quiso enterarse de que la verdadera

virtualidad de la antigua eximente es residenciada hoy por la doctrina penal en el campo del error de prohibición (artículo 14.3 del Código penal).

Basta para compartir esta tesis la lectura del artículo 32 (error) y 33 (órdenes superiores y disposiciones legales) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Tanto la remisión del artículo 32.2 (error de derecho) al artículo 33 (órdenes superiores), como los requisitos b) y c) del propio artículo 33 nos describen una eximente de obediencia jerárquica fundada en el error de prohibición.

Por estas razones, las legislaciones penales extranjeras no se han podido prescindir de una definición de la obediencia jerárquica en los términos generalmente aceptados por el Derecho penal internacional, tomando como modelo el citado artículo 33 del Estatuto de Roma. Así, el artículo 5.2 de la Ley Belga de 1993 establece la responsabilidad del acusado, que actúa por orden de su gobierno o de un superior jerárquico, cuando la orden pueda manifiestamente suponer la perpetración de un crimen de genocidio, crimen contra la humanidad o crimen de guerra.

El artículo 14 de la Ley de Canadá de 2000, también estimó necesario regular la eximente de órdenes de los superiores, justamente para limitar su aplicabilidad a menos que concurren excepcionales supuestos basados en el artículo 33 del Estado de Roma y, por tanto, en el error de prohibición. Se excluyen, en todo caso, los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad, así como las omisiones o actos inhumanos realizados contra la población civil o un grupo identificado de personas.

Quizás el precepto más aceptable técnicamente, en relación con la obediencia jerárquica, es el párrafo 3 del Código Penal Internacional de Alemania de 2002 (actos cometidos en ejecución de una orden o de una instrucción). Tal norma dispone que quien cometa un acto incriminado en los párrafos 8 al 14 (crímenes de guerra), en ejecución de una orden o de una instrucción dotada de carácter realmente obligatorio similar, no es culpable si ignora la ilegalidad de la orden o de la instrucción y si la ilegalidad no es manifiesta.

La Sección 11, párrafo 2, de la Ley sobre crímenes internacional de los Países Bajos de 2003 ha optado asimismo por regular la obediencia jerárquica. Así, dispone que el subordinado que cometa un crimen previsto en la referida ley en cumplimiento de una orden dada por un superior no es responsable criminalmente si el subordinado cree de buena fe que ha sido dada legalmente y la ejecución de la orden entra dentro de su cometido como subordinado. Se consideran manifiestamente ilegales las órdenes de cometer un genocidio o un crimen contra la humanidad. El artículo 12 del Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina reproduce literalmente el artículo 33 del Estatuto de Roma.

Con estos modelos de la legislación extranjera y, a la vista de los anteriores razonamientos doctrinales, habría sido más adecuado que el legislador penal español se hubiera inspirado en la propuesta formulada por la Cruz Roja Española para este precepto. El texto ofrecido no podía ser catalogado de audaz, sino de más coherente con la regulación del error de prohibición en el propio Código penal español, pues se limitaba a recoger la redacción del artículo 33 del Estatuto de Roma, que aplica únicamente la eximente a los crímenes de guerra y sólo cuando la orden no fuera manifiestamente ilícita y no lo supiera el autor.

Así pues, la propuesta de la Cruz Roja Española propone la incorporación de un artículo 616 ter, con la siguiente redacción:

«El que hubiere ejecutado una acción u omisión constitutiva de un delito previsto en el capítulo III de este título (Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) en cumplimiento de una orden emitida por una autoridad o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal, a menos que concurran las tres condiciones siguientes:

- 1. Que estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes emitidas por la autoridad o superior de que se trate,*
- 2. Que no supiere que la orden era ilícita, y*
- 3. Que la orden no fuera manifiestamente ilícita».*

F. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

Libro Primero del Código Penal (Disposiciones generales)

Título VII. De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos

Capítulo I. De las causas que extinguen la responsabilidad criminal

ARTICULO 131

La reforma del artículo 131. 4 del Código penal por la Ley Orgánica 15/2003 consistió en declarar que los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.

La modificación que proponía el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, de acuerdo con el artículo 29 (*Imprescriptibilidad*) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, añadía al número 4 del artículo 131 (que aludía sólo al genocidio en la redacción anterior) que no prescribirán en ningún caso *los delitos contra*

las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, previstos en el capítulo III del Título XXIV del Libro II de éste Código, salvo los castigados en el artículo 614 (el subrayado es nuestro). El legislador penal español eliminó esta última frase. Sin embargo, la excepción resulta plenamente justificada dada la menor gravedad de las conductas incriminadas en el tipo general residual del artículo 614, que castiga actos contrarios y simples infracciones que no alcanzan la entidad de los llamados crímenes de guerra o infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario o Derecho Internacional de los conflictos armados, a los que se refiere la imprescriptibilidad establecida en el Estatuto de Roma.

ARTICULO 133

Una modificación idéntica a la propuesta para la imprescriptibilidad de los delitos y con el mismo fundamento, se estableció en el artículo 133.2, disponiendo que tampoco las penas prescribirán en ningún caso, con la siguiente redacción: *«Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.* También en el caso de las penas, la propuesta de la Cruz Roja Española añadía la siguiente frase: *«salvo los castigados en el artículo 614».* Para justificar esta excepción son válidos los argumentos expuestos al fundamentar la anterior propuesta similar formulada en la modificación del artículo 131 del Código Penal.

II. BORRADOR DE LA EXPOSICION DE MOTIVOS DEL ANTEPROYECTO DE LA LEY ORGANICA DE MODIFICACION DEL CODIGO PENAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

A partir de la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se hizo necesaria una reforma del Código penal español en materia de delitos internacionales, a la vista de diversas modificaciones convencionales que suponen avances del Derecho internacional y que deben ser recogidas en las normas penales.

Así se aprobó la modificación del Código penal de 1995, realizada por la extensa Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004 y, en particular, se reformó el Título XXIV del libro

II del Código penal («Delitos contra la comunidad internacional»), concretamente su Capítulo III denominado «De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado».

En el referido Capítulo III se definen, en primer lugar, las personas protegidas (artículo 608) y, seguidamente, se tipifican las violaciones del Derecho Internacional Humanitario (o Derecho Internacional de los Conflictos Armados) cometidas por un sujeto activo indeterminado (*el que...*) en cualquier clase de conflictos armados, sean éstos de carácter internacional o no internacionales (conflictos armados internos), finalizando con un tipo residual que sanciona las restantes infracciones (artículos 609 a 614).

Ahora bien, los nuevos desarrollos del Derecho internacional y el examen de las normas penales adoptadas por otros Estados han puesto de relieve el carácter fragmentario de la reforma aprobada por Ley Orgánica 15/2003, a la vista de las normas de desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, así como de la ratificación por España de otros instrumentos de Derecho internacional humanitario como la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción, la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 9 de diciembre de 1994, el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 de la Convención de La Haya de 1954, sobre protección reforzada de los bienes culturales y el Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000 de la Convención de 1989, sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.

Por otra parte se ha producido la entrada en vigor del Protocolo III de 8 de diciembre de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que establece y otorga protección a un nuevo emblema protector adicional denominado «Cristal Rojo».

En consecuencia, resulta muy conveniente la modificación de algunos aspectos concretos de las normas establecidas y conductas incriminadas en los artículos 611 a 614 del Código Penal aunque al no ser necesario alterar básicamente los tipos previstos, es suficiente la modificación puntual o adición de los preceptos vigentes.

Asimismo se incorporan otras modificaciones del articulado derivadas de diversas normas del Derecho internacional de los conflictos armados, como del denominado Derecho de La Haya (Convenciones de 1899 y 1907), de la Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, de la Convención de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el em-

pleo de armas químicas y sobre su destrucción, así como de la mencionada Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción. Lo que supone la modificación puntual de los artículos 566 y 567 del Código penal.

La reforma no se agota en el propósito de modificar los mencionados preceptos, puesto que se ha considerado necesario, a la vista de los *Principios Generales del Derecho Penal* establecidos en Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículos 22 a 33), incluir en el texto punitivo común determinadas normas de indudable trascendencia penal. Así, se añade en el Capítulo IV (*Disposiciones Comunes*) del Título XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*) el artículo 616 ter para acoger la regulación del artículo 33 del Estatuto de Roma.

Por otra parte, se da nueva redacción al artículo 616 para evitar la imposición de penas privativas de derechos desproporcionadas o contradictorias para determinados delitos. Y finalmente se modifican los artículos 131 y 133 del Código Penal (Capítulo I del Título VII del Libro Primero) para declarar la imprescriptibilidad de los *delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*, con excepción de *los castigados en el artículo 614*, y de sus penas.

III. BORRADOR DEL ANTEPROYECTO DE LEY ORGANICA DE MODIFICACION DEL CODIGO PENAL

ARTÍCULO PRIMERO. MODIFICACIÓN DEL LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO PENAL (*DELITOS Y SUS PENAS*)

TITULO XXII (Delitos contra el orden público)

CAPITULO V (De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y de los delitos de terrorismo)

SECCION 1ª (De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos)

Se añade al final del número 2 del artículo 566 del Código penal la siguiente expresión: «... o no las destruyan con infracción de los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte».

Asimismo se adiciona a los apartados 1º y 3º del número 1 y al número 2 del artículo 566, después de la expresión «*armas químicas o biológicas*», la mención a las «*minas antipersonas*».

Se modifica el artículo 567 del Código penal, añadiendo a sus números 1 y 2, después de la expresión «*armas químicas o biológicas*», la expresión: «*minas antipersonas*».

ARTÍCULO SEGUNDO. MODIFICACIÓN DEL CAPÍTULO III «DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO», DEL TÍTULO XXIV DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL

1. Se incorporan al artículo 611 dos nuevos apartados con la siguiente redacción:

8º. *Declare abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa.*

9º. «*Atentare contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual*».

2. Se añade al final del apartado 3º del artículo 612 la frase siguiente: «...y, *en particular, reclute o aliste a menores de 18 años o los utilice para participar directamente en las hostilidades*».

3. Se añade al final del apartado 4º del artículo 612 la frase siguiente: «...y *del Protocolo III de 8 de diciembre de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949*».

4. Se incorporan al artículo 612 los apartados 8º, 9º y 10º, con la siguiente redacción:

8º. *Haga padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de guerra, privándola de los bienes indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar arbitrariamente los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.*

9º) *Viole suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la Parte adversa.*

10º *Dirija intencionadamente ataques contra cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participante en una misión de paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, o les amenace con tal ataque para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.*

5. El artículo 613 pasa a tener la redacción siguiente:

1. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar alguna de las siguientes acciones:

a) Ataque o haga objeto de represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, siempre que tales bienes o lugares no estén situados en la inmediata proximidad de un objetivo militar o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario y estén debidamente señalizados;

b) Use indebidamente los bienes culturales o lugares de culto referidos en el apartado a) en apoyo de una acción militar;

c) Se apropie a gran escala, robe, saquee o realice actos de vandalismo contra los bienes culturales o lugares de culto referidos en el apartado a);

d) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario;

e) Ataque, destruya, sustraiga o inutilice los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, salvo que la parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus fuerzas armadas;

f) Ataque o haga objeto de represalias a las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil, salvo que tales obras o instalaciones se utilicen en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares y que tales ataques sean el único medio factible de poner fin a tal apoyo;

g) Destruya, dañe o se apodere, sin necesidad militar, de cosas que no le pertenezcan, obligue a otro a entregarlas o realice cualesquiera otros actos de pillaje;

h) Requite, indebida o innecesariamente, bienes muebles o inmuebles en territorio ocupado o destruya buque o aeronave no militares, y su carga, de una parte adversa o neutral o los capture, con infracción de las normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar;

i) Ataque o realice actos de hostilidad contra las instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos de cualquier miembro del personal referido en el párrafo 10º del artículo 612 o amenace con tales ataques o actos de hostilidad para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.

2. Cuando el ataque, la represalia, el acto de hostilidad o la utilización indebida tengan por objeto bienes culturales o lugares de culto bajo protección especial o a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales o bienes culturales inmuebles o lugares de culto bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos, se podrá imponer la pena superior en grado.

En los demás supuestos previstos en el número anterior de éste artículo, se podrá imponer la pena superior en grado cuando se causen destrucciones extensas e importantes en los bienes, obras o instalaciones sobre los que recaigan o en los supuestos de extrema gravedad.

6. Se da nueva redacción al artículo 614, que será la siguiente:

El que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, regulación de los medios y métodos de combate, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato debido a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

7. Se da nueva redacción al artículo 616, que será la siguiente:

En el caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en este Título, excepto los previstos en el artículo 614 y en los números 2 y 6 del 615 bis, y en el Título anterior por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años; si fuese un particular, los Jueces y Tribunales podrán imponerle la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años.

ARTÍCULO TERCERO. MODIFICACIÓN DEL CAPÍTULO IV «DISPOSICIONES COMUNES», DEL TÍTULO XXIV DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL

Se incorpora un artículo 616 ter, con la siguiente redacción:

«El que hubiere ejecutado una acción u omisión constitutiva de un delito previsto en el capítulo III de este título (Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) en cumplimiento de una orden emitida por una autoridad o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal, a menos que concurran las tres condiciones siguientes:

1. Que estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes emitidas por la autoridad o superior de que se trate,

2. *Que no supiere que la orden era ilícita, y*
3. *Que la orden no fuera manifiestamente ilícita».*

ARTÍCULO CUARTO. MODIFICACIÓN DEL LIBRO PRIMERO DEL CÓDIGO PENAL (DISPOSICIONES GENERALES), TÍTULO VII. DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y SUS EFECTOS, *CAPÍTULO I. DE LAS CAUSAS QUE EXTINGUEN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL*

1. Se da nueva redacción al número 4 del Artículo 131, que será la siguiente:

4. *Los delitos de lesa humanidad y de delito de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.*

2. Se da nueva redacción al número 2 del artículo 133, que será la siguiente:

2. *Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.*



State Parties to the Following International Humanitarian Law and Other Related Treaties as of 15-Jun-2009

Protection of Victims of Armed Conflicts	
GC I/IV 1949	Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, 12 August 1949.
AP I/1977	Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Geneva, 12 August 1949.
AP I/Declaration art. 90	Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 August 1949.
AP II 1977	Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 August 1949.
AP III 2005	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Geneva, 8 June 1977.
AP III 2005	Declaration provided for under article 90 AP I. Acceptance of the Competence of the International Fact-Finding Commission according to article 90 of AP I.
Opt Prot. CRC 2000	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, Geneva, 8 June 1977.
ICC Statute 1998	Convention on the Rights of the Child, New York, 20 November 1989.
Hague Conv. 1954	Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict, New York, 25 May 2000.
Hague Prot. 1954	International Criminal Court
Hague Prot. 1999	Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict
ENMOD Conv. 1976	Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998.
Geneva Gas Prot. 1925	Environment
BWC 1972	Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954.
CCW 1980	First Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954.
CCW Prot. I 1980	Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 26 March 1999.
CCW Prot. II 1980	Weapons
CCW Prot. III 1980	Convention on the prohibition of military or any other hostile use of environmental modification techniques, New York, 10 December 1976.
CCW Prot. IV 1995	Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and Warfare, Geneva, 17 June 1925.
CCW Prot. Ila 1996	Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction, Opened for Signature at London, Moscow and Washington, 10 April 1972.
CCW Amdt 2001	Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects, Geneva, 10 October 1980.
CCW Prot. V 2003	Protocol on non-detectable fragments (I).
CWC 1993	Protocol on prohibitions or restrictions on the use of mines, booby-traps and other devices (II).
Ottawa Treaty 1997	Protocol on prohibitions or restrictions on the use of incendiary weapons (III).
	Protocol on Blinding Laser Weapons (Protocol IV to the 1980 Convention), 13 October 1995.
	Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended on 3 May 1996 (Protocol II to the 1980 Convention).
	Amendment to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects (with Protocols I, II and III), Geneva 21 December 2001.
	Protocol on Explosive Remnants of War to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects (with Protocols I, II and III), Geneva, 28 November 2003.
	Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, Paris 13 January 1993.
	Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, Oslo, 18 September 1997.

Country	Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court	Protection of Cultural Property			Environment ENMOD Conv. 1976
	GC-IV 1949	API 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989		Opt Prot. CRC 2000	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	
Costa Rica	15.12.1983	15.12.1983	09.12.1999	15.12.1983	30.06.2008	21.08.1990	24.01.2003	07.06.2001	03.06.1998	09.12.2003	07.02.1996
Côte d'Ivoire	28.12.1961	20.09.1989	20.09.1989	20.09.1989	04.02.1991	08.02.1990			24.01.1980		
Croatia	11.05.1992	11.05.1992	11.05.1992	11.05.1992	13.06.2007	12.10.1992	01.11.2002	21.05.2001	06.07.1992	06.02.2006	
Cuba	15.04.1954	25.11.1982	23.06.1999	23.06.1999	21.08.1991	21.08.1991	02.09.2007		26.11.1957	26.11.1957	10.04.1978
Cyprus	23.05.1962	01.06.1979	14.10.2002	18.03.1986	27.11.2007	07.02.1991		07.03.2002	09.09.1964	16.05.2001	12.04.1978
Czech Republic	05.02.1993	05.02.1993	02.05.1995	05.02.1993	23.05.2007	22.02.1993	30.11.2001		26.03.1993	08.06.2007	22.02.1993
Denmark	27.06.1951	17.06.1982	17.06.1982	17.06.1982	25.05.2007	19.07.1991	27.08.2002	21.06.2001	26.03.2003	26.03.2003	19.04.1978
Djibouti	06.03.1978	08.04.1991		08.04.1991		06.12.1990		05.11.2002			
Dominica	28.09.1981	25.04.1996		25.04.1996		13.03.1991	20.09.2002	12.02.2001			09.11.1992
Dominican Republic	22.01.1958	26.05.1984		26.05.1984	01.04.2009	11.06.1991		12.05.2005	05.01.1960	21.03.2002	03.03.2009
Ecuador	11.08.1954	10.04.1979		10.04.1979		23.03.1990	07.06.2004	05.02.2002	02.10.1956	08.02.1961	02.08.2004
Egypt	10.11.1952	09.10.1992		09.10.1992		06.07.1990	02.06.2007		17.08.1955	17.08.1955	03.08.2005
El Salvador	17.06.1953	23.11.1978		23.11.1978	12.09.2007	10.07.1990	18.04.2002		19.07.2001	27.03.2002	27.03.2002
Equatorial Guinea	24.07.1986	24.07.1986		24.07.1986		15.06.1992			19.11.2003		19.11.2003
Eritrea	14.08.2000					03.08.1994	16.02.2005		06.08.2004		
Estonia	18.01.1993	18.01.1993	20.02.2009	18.01.1993	28.02.2008	21.10.1991		30.01.2002	04.04.1995	17.01.2005	
Ethiopia	02.10.1969	08.04.1984		08.04.1984		14.05.1991					
Fiji	09.08.1971	30.07.2008		30.07.2008	30.07.2008	13.08.1993		29.11.1999			
Finland	22.02.1955	07.08.1980	07.08.1980	07.08.1980	14.01.2009	20.06.1991	10.04.2002	29.12.2000	16.09.1994	16.09.1994	09.11.2004
France	28.06.1951	11.04.2001		24.02.1984		07.08.1990	05.02.2003	09.06.2000	07.06.1957	07.06.1957	12.05.1978
Gabon	26.02.1965	08.04.1980		08.04.1980		09.02.1994		20.09.2000	04.12.1961	04.12.1961	29.08.2003
Gambia	20.10.1966	12.01.1989		12.01.1989		08.08.1990		28.06.2002			
Georgia	14.09.1993	14.09.1993		14.09.1993	19.03.2007	02.06.1994		05.09.2003	04.11.1992	04.11.1992	
Germany	03.09.1954	14.02.1991	14.02.1991	14.02.1991		06.03.1992	13.12.2004	11.12.2000	11.08.1967	11.08.1967	24.05.1983
Ghana	02.08.1958	28.02.1978		28.02.1978		05.02.1990		20.12.1999	25.07.1960	25.07.1960	22.06.1978
Greece	05.06.1956	31.03.1969	04.02.1998	15.02.1993		11.05.1993	22.10.2003	15.05.2002	09.02.1981	09.02.1981	23.08.1983
Grenada	13.04.1981	23.08.1988		23.08.1988		05.11.1990					
Guatemala	14.05.1952	19.10.1987		19.10.1987	14.03.2008	06.06.1990	09.05.2002		02.10.1985	19.05.1994	04.02.2005
Guinea	11.07.1984	11.07.1984	20.12.1983	11.07.1984		13.07.1990		14.07.2003	20.09.1960	11.12.1961	
Guinea-Bissau	21.02.1974	21.10.1986		21.10.1986		20.08.1990					
Guyana	22.07.1968	18.01.1988		18.01.1988		14.01.1991		24.09.2004			
Haiti	11.04.1957	20.12.2006		20.12.2006		08.06.1995					
Holy See	22.02.1951	21.11.1985		21.11.1985		20.04.1990	24.10.2001		24.02.1958	24.02.1958	
Honduras	31.12.1965	16.02.1985		16.02.1985	08.12.2006	10.08.1990	14.08.2002	01.07.2002	25.10.2002	25.10.2002	26.01.2003
Hungary	03.08.1954	12.04.1989	23.09.1991	12.04.1989	15.11.2006	07.10.1991		30.11.2001	17.05.1956	16.08.1956	26.10.2005
Iceland	10.08.1965	10.04.1987		10.04.1987	04.08.2006	28.10.1992	01.10.2001	25.05.2000	16.06.1958	16.06.1958	15.12.1978
India	09.11.1950					11.12.1992	30.11.2005		10.01.1967	26.07.1967	
Indonesia	30.09.1958					05.09.1990			22.06.1959	22.06.1959	24.05.2005
Iran (Islamic Rep)	20.02.1957					13.07.1994			21.12.1967	21.12.1967	
Iraq	14.02.1956					15.06.1994	24.06.2008				
Ireland	27.09.1962	19.05.1999	19.05.1999	19.05.1999		28.09.1992	18.11.2002	11.04.2002			16.12.1982

Country	Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court	Protection of Cultural Property			Environment	
	GC IV 1949	API 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989		Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954		Hague Prot. 1954
Israel	06.07.1951				22.11.2007	03.10.1991	18.07.2005		03.10.1957	01.04.1958		
Italy	17.12.1951	27.02.1986	27.02.1986	27.02.1986	29.01.2009	05.09.1991	09.05.2002	26.07.1999	09.05.1958	09.05.1958		27.11.1981
Jamaica	20.07.1964	29.07.1986		31.08.2004		14.05.1991	09.05.2002					
Japan	21.04.1953	31.08.2004	31.08.2004	31.08.2004		22.04.1994	02.08.2004	17.07.2007	10.09.2007	10.09.2007	10.09.2007	09.06.1982
Jordan	29.05.1951	01.05.1979		01.05.1979		24.05.1991	23.05.2003	11.04.2002	02.10.1957	02.10.1957		
Kazakhstan	05.05.1992	05.05.1992		05.05.1992		12.08.1994	10.04.2003		14.03.1997	14.03.1997		25.04.2005
Kenya	20.09.1986	23.02.1989		23.02.1989		30.07.1990	28.01.2002	16.03.2005				
Kiribati	05.01.1989					11.12.1995						
Korea (Dem.People's Rep.)	27.08.1957	09.03.1988				21.09.1990						08.11.1984
Korea (Republic of)	16.08.1966	15.01.1982	16.04.2004	15.01.1982		20.11.1991	24.09.2004	13.11.2002				02.12.1986
Kuwait	02.09.1967	17.01.1985		17.01.1985		21.10.1991	26.08.2004		06.06.1969	11.02.1970		02.01.1980
Kyrgyzstan	18.09.1992	18.09.1992		18.09.1992		07.10.1994	13.08.2003		03.07.1995			
Lao (People's Dem.)	29.10.1956	18.11.1980	30.01.1998	18.11.1980	02.04.2007	08.05.1991	20.09.2006	28.06.2002	19.12.2003	19.12.2003		05.10.1978
Latvia	24.12.1991	24.12.1991		24.12.1991		14.04.1992	19.12.2005		01.06.1960	01.06.1960		
Lebanon	10.04.1951	23.07.1997		23.07.1997		14.05.1991		06.09.2000				
Lesotho	20.05.1968	20.05.1994		20.05.1994		10.03.1992	24.09.2003					
Liberia	29.03.1954	30.06.1988		30.06.1988		04.06.1993		22.09.2004				
Libyan Arab Jamahiriya	22.05.1956	07.06.1978		07.06.1978		15.04.1993	29.10.2004		19.11.1957	19.11.1957	20.07.2001	
Liechtenstein	21.09.1950	10.08.1989	10.08.1989	10.08.1989	24.08.2006	22.12.1995	04.02.2005	02.10.2001	28.04.1960	28.04.1960		
Lithuania	03.10.1996	13.07.2000	13.07.2000	13.07.2000	28.11.2007	31.01.1992	20.02.2003	12.05.2003	27.07.1998	27.07.1998	13.03.2002	16.04.2002
Luxembourg	01.07.1953	29.08.1989	12.05.1993	29.08.1989		07.03.1994	04.08.2004	08.09.2000	29.09.1961	29.09.1961	30.06.2005	
Madagascar	18.07.1963	08.05.1992	27.07.1993	08.05.1992		19.03.1991	22.09.2004	14.03.2008	03.11.1961	03.11.1961		
Malawi	05.01.1968	07.10.1991		07.10.1991		02.01.1991		19.09.2002				05.10.1978
Malaysia	24.08.1962					17.02.1995			12.12.1960	12.12.1960		
Maldives	18.06.1991	03.09.1991		03.09.1991		11.02.1991	29.12.2004					
Mali	24.05.1965	08.02.1989	09.05.2003	08.02.1989		20.09.1990	16.05.2002	16.08.2000	18.05.1961	18.05.1961		
Malta	22.08.1968	17.04.1989	17.04.1989	17.04.1989		30.09.1990	09.05.2002	29.11.2002				
Marshall	01.06.2004					04.10.1993		07.12.2000				
Mauritania	30.10.1962	14.03.1980		14.03.1980		16.05.1991						
Mauritius	18.08.1970	22.03.1982		22.03.1982		26.07.1990	12.02.2009	05.03.2002	22.09.2006	22.09.2006	07.12.2003	09.12.1992
Mexico	29.10.1952	10.03.1983			07.07.2008	19.09.1995	15.03.2002	28.10.2005	07.05.1956	07.05.1956		
Micronesia	19.09.1995	19.09.1995		19.09.1995		05.05.1993						
Moldova (Republic of)	05.07.1993	24.05.1993		24.05.1993	19.08.2008	26.01.1993	07.04.2004		09.12.1999	09.12.1999		
Monaco	05.07.1950	07.01.2000	26.10.2007	07.01.2000	12.03.2007	21.06.1993	13.11.2001		10.12.1957	10.12.1957		
Mongolia	20.12.1958	06.12.1995	06.12.1995	06.12.1995		05.07.1990	06.10.2004	11.04.2002	04.11.1964	04.11.1964		19.05.1978
Montenegro (Republic of)	02.08.2006	02.08.2006		02.08.2006		23.10.2006	02.05.2007	23.10.2006	26.04.2007	26.04.2007	26.04.2007	
Morocco	26.07.1956					21.06.1993	22.05.2002		30.08.1968	30.08.1968		
Mozambique	14.03.1983	14.03.1983		14.03.1983	12.11.2002	26.04.1994	19.10.2004					
Myanmar	25.08.1992					15.07.1991			10.02.1956	10.02.1956		
Namibia	22.08.1991	17.06.1994	21.07.1994	17.06.1994		30.09.1990	16.04.2002	26.06.2002				
Nauru	27.06.2006	27.06.2006		27.06.2006		27.07.1994		12.11.2001				

Country	Protection of victims of armed conflicts										International Criminal Court			Protection of Cultural Property			Environment ENMOD Conv. 1976
	GC IV 1949	API 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	Hague Prot. 1999	Hague Prot. 1999	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976		
Nepal	07.02.1984																
Netherlands	03.08.1954	26.06.1987	26.06.1987	26.06.1987	13.12.2006	06.02.1995	03.01.2007	17.07.2001	14.10.1958	14.10.1958	30.01.2007			15.04.1983			
New Zealand	02.05.1959	08.02.1988	08.02.1988	08.02.1988			12.11.2001	07.09.2000	24.07.2008					07.09.1984			
Nicaragua	17.12.1953	19.07.1989			02.04.2009	05.10.1990	17.03.2005		25.11.1959	25.11.1959	01.06.2001			06.09.2007			
Niger	21.04.1964	08.06.1979						11.04.2002	06.12.1976	06.12.1976	16.06.2006			17.02.1993			
Nigeria	20.06.1981	10.10.1988						27.09.2001	05.06.1961	05.06.1961	21.10.2005						
Niue	(¹)																
Norway	03.08.1951	14.12.1981	14.12.1981	14.12.1981	13.06.2006	08.01.1991	23.09.2003	16.02.2000	19.09.1961	19.09.1961				15.02.1979			
Oman	31.01.1974	29.03.1984						09.12.1996	26.10.1977	26.10.1977							
Pakistan	12.06.1951								27.03.1959	27.03.1959				27.02.1986			
Palau	25.06.1996	25.06.1996															
Panama	10.02.1956	18.09.1995	26.10.1989	18.09.1995				12.12.1990	12.12.1990	12.12.1990							
Papua New Guinea	26.05.1976							02.03.1993									
Paraguay	23.10.1961	30.11.1990	30.11.1990	30.11.1990	13.10.2008	25.09.1990	27.09.2002	14.05.2001	09.11.2004	09.11.2004				13.05.2003			
Peru	06.10.1952	14.07.1989						04.09.1990	08.05.2002	08.05.2002				28.10.1980			
Philippines	26.11.1954	23.10.1991						21.08.1990	21.08.1990	21.07.1989	24.05.2005						
Poland	14.03.1961	27.05.1992	01.07.1994	27.05.1992				07.06.1991	07.04.2005	06.08.1956				08.06.1978			
Portugal	15.10.1975	05.04.1988	24.09.1991	05.01.2004				21.09.1990	19.08.2003	04.08.2000	18.02.2005						
Qatar	01.06.1954	21.06.1990	31.05.1995	21.06.1990				03.04.1995	25.07.2002	31.07.1973				04.09.2000			
Romania	10.05.1954	29.09.1989	29.09.1989	29.09.1989				28.09.1990	10.11.2001	21.03.1958	21.03.1958			07.08.2006			
Russian Federation	05.05.1964	19.11.1984	08.07.1993	19.11.1984				16.08.1990		04.01.1957	04.01.1957			30.05.1978			
Rwanda	14.02.1986	14.02.1986						24.01.1991	23.04.2002	28.12.2000							
Saint Kitts and Nevis	18.09.1981	07.10.1982						24.07.1990		22.08.2006							
Saint Lucia	01.04.1981	08.04.1983						16.06.1993						27.05.1993			
Saint Vincent & Grenadine	23.08.1984	23.08.1984						26.10.1993						27.04.1999			
Samoa	29.08.1953	05.04.1994						29.11.1994									
San Marino	21.05.1976	05.07.1996						22.06.2007	25.11.1991	13.05.1989	09.02.1956						
Sao Tome and Principe	18.05.1963	21.08.1987						14.05.1991						05.10.1979			
Saudi Arabia	18.05.1963	21.08.1987						26.01.1996									
Senegal	18.05.1963	07.05.1985						31.07.1990	03.03.2004	20.01.1971	06.11.2007						
Serbia (Republic of)	16.10.2001	16.10.2001						12.03.2001	31.01.2003	17.06.1987	17.06.1987						
Seychelles	08.11.1984	22.05.1992						07.09.1990		11.09.2001	09.11.2001			02.09.2002			
Sierra Leone	10.06.1965	21.10.1986						18.06.1990	15.05.2002	08.10.2003							
Singapore	27.04.1973							07.07.2008	05.10.1995	15.08.2000							
Slovakia	02.04.1993	02.04.1993						30.05.2007	28.05.1993	11.12.2008							
Slovenia	26.03.1992	26.03.1992						06.07.1992	23.09.2004	11.04.2002	31.03.1993			28.05.1993			
Solomon Islands	06.07.1981	19.09.1988						10.03.2008	10.04.1995	31.12.2001	05.11.1992			20.04.2005			
Somalia	12.07.1962													19.06.1981			
South Africa	31.03.1952	21.11.1995						16.06.1995		27.11.2000	18.12.2003						
Spain	04.08.1952	21.04.1989	21.04.1989	21.04.1989				06.12.1990	08.03.2002	24.10.2000	07.07.1960			19.07.1978			
Sri Lanka	28.02.1959							12.07.1991	08.09.2000	11.05.2004	26.06.1992			25.04.1978			

Country	Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court	Protection of Cultural Property			Environment ENMOD Conv. 1976
	GC IV 1949	API I 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989		Opt Prot. CRC 2000	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	
Sudan	23.09.1957	07.03.2006		13.07.2006		03.08.1990	26.07.2005	23.07.1970			
Suriname	13.10.1976	16.12.1985		16.12.1985		01.03.1993					
Swaziland	28.06.1973	02.11.1995		02.11.1995		07.09.1995					
Sweden	28.12.1953	31.08.1979	31.08.1979	31.08.1979		29.06.1995	20.02.2003	22.01.1985	22.01.1985		27.04.1984
Switzerland	31.03.1950	17.02.1982	17.02.1982	17.02.1982	14.07.2006	24.02.1997	26.06.2002	15.05.1962	15.05.1962	09.07.2004	05.08.1988
Syrian Arab Republic	02.11.1953	14.11.1983				15.07.1993	17.10.2002	06.03.1958	06.03.1958		
Tajikistan	13.01.1993	13.01.1993	10.09.1997	13.01.1993		26.10.1993	05.08.2003	28.08.1992	28.08.1992	21.02.2006	12.10.1999
Tanzania (United Rep.of)	12.12.1962	15.02.1983		15.02.1983		10.06.1991	11.11.2004	20.08.2002	23.09.1971		
Thailand	29.12.1954					27.03.1992	27.02.2006	02.05.1958	02.05.1958		
The former Yugoslav Republic of Macedonia	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	14.10.2008	02.12.1993	12.01.2004	06.03.2002	30.04.1997	19.04.2002	
Timor-Leste	08.05.2003	12.04.2005		12.04.2005		16.04.2003	02.04.2004	06.09.2002			
Togo	06.01.1962	21.06.1984	21.11.1991	21.06.1984		01.08.1990	28.11.2005				
Tonga	13.04.1978	20.01.2003	20.01.2003	20.01.2003		06.11.1995					
Trinidad and Tobago	24.09.1963	20.07.2001	20.07.2001	20.07.2001		05.12.1991		06.04.1999			
Tunisia	04.05.1957	09.08.1979		09.08.1979		30.01.1992	02.01.2003	28.01.1981	28.01.1981		11.05.1978
Turkey	10.02.1954					04.04.1995	04.05.2004	15.12.1965	15.12.1965		
Turkmenistan	10.04.1992			10.04.1992		20.09.1993	29.04.2005				
Tuvalu	19.02.1981					22.09.1995					
Uganda	18.05.1964	13.03.1991		13.03.1991	21.05.2008	17.08.1990	06.05.2002				
Ukraine	03.08.1954	25.01.1990	25.01.1990	25.01.1990		28.08.1991	11.07.2005	06.02.1957	06.02.1957		13.06.1978
United Arab Emirates	10.05.1972	09.03.1983	06.03.1992	09.03.1983		03.01.1997					
United Kingdom	23.09.1957	28.01.1998	17.05.1999	28.01.1998		16.12.1991	24.06.2003	04.10.2001			
United States of America	02.08.1955				08.03.2007		23.12.2002				
Uruguay	05.03.1969	13.12.1985	17.07.1990	13.12.1985		20.11.1990	09.09.2003	28.06.2002	24.09.1999	03.01.2007	16.09.1993
Uzbekistan	08.10.1993	08.10.1993		08.10.1993		29.06.1994	23.12.2008		21.02.1996		26.05.1993
Vanuatu	27.10.1982	28.02.1985		28.02.1985		07.07.1993	26.09.2007				
Venezuela	13.02.1956	23.07.1998		23.07.1998		13.09.1990	23.09.2003	07.06.2000	09.05.2005		26.08.1980
Viet Nam	28.06.1957	19.10.1981				28.02.1990	20.12.2001				
Yemen	16.07.1970	17.04.1990		17.04.1990		01.05.1991	03.02.2007		06.02.1970	06.02.1970	20.07.1977
Zambia	19.10.1966	04.05.1995		04.05.1995		06.12.1991					
Zimbabwe	07.03.1983	19.10.1992		19.10.1992		11.09.1990			09.06.1998		
Total	194	168	71	164	41	193	127	108	123	100	53
											73

Palestine. On 21 June 1989, the Swiss Federal Department of Foreign Affairs received a letter from the Permanent Observer of Palestine to the United Nations Office at Geneva informing the Swiss Federal Council "that the Executive Committee of the Palestine Liberation Organization, entrusted with the functions of the Government of the State of Palestine by decision of the Executive Committee of the Palestine National Council, decided, on 4 May 1989, to adhere to the Four Geneva Conventions of 1949 and the two Protocols additional thereto".

On 13 September 1989, the Swiss Federal Council informed the States that it was not in a position to decide whether the letter constituted an instrument of accession, "due to the uncertainty within the international community as to the existence or non-existence of a State of Palestine".

(*) Niue. As evidenced by paragraph 10(1) read together with sub-paragraph 10(3)(b) of New Zealand's 1958 Geneva Conventions Act adopted in anticipation of New Zealand's accessions (2 May 1959) to the Four Geneva Conventions of 1949, Niue's Geneva Conventions Act 1958 (published most recently in Niue Laws 2006, vol. 2, p. 877), bearing in mind the rule as expressed in Article 29 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, and following discussions with relevant authorities, the International Committee of the Red Cross considers that the 1959 New Zealand accessions cover the territory of Niue.

Country	Weapons												
	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997	Cluster Munitions 2008
Afghanistan	09.12.1986	26.03.1975	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002
Albania	20.12.1989	11.03.1992	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002
Algeria	27.01.1992	22.07.2001											
Andorra													
Angola	08.11.1990												
Antigua and Barbuda	27.04.1989	05.12.1979	02.10.1995	02.10.1995	02.10.1995	02.10.1995	02.10.1995	02.10.1995	02.10.1995	02.10.1995	02.10.1995	02.10.1995	02.10.1995
Argentina	12.05.1969	29.01.2003											
Armenia	07.06.1994												
Australia	24.05.1930	05.10.1977	29.09.1983	29.09.1983	29.09.1983	29.09.1983	29.09.1983	29.09.1983	29.09.1983	29.09.1983	29.09.1983	29.09.1983	29.09.1983
Austria	09.05.1928	10.08.1973	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983
Azerbaijan		26.02.2004											
Bahamas		26.11.1986											
Bahrain	09.12.1988	28.10.1988											
Bangladesh	20.05.1989	13.03.1985	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000
Barbados	16.07.1976	16.02.1973											
Belarus		26.03.1975	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982
Belgium	04.12.1928	15.03.1979	07.02.1995	07.02.1995	07.02.1995	07.02.1995	07.02.1995	07.02.1995	07.02.1995	07.02.1995	07.02.1995	07.02.1995	07.02.1995
Belize		20.10.1986											
Benin	09.12.1986	25.04.1975	27.03.1989	27.03.1989	27.03.1989	27.03.1989	27.03.1989	27.03.1989	27.03.1989	27.03.1989	27.03.1989	27.03.1989	27.03.1989
Bhutan	19.02.1979	08.06.1978											
Bolivia	13.08.1985	30.10.1975	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001
Bosnia-Herzegovina		15.08.1994	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993
Boiswana		05.02.1992											
Brazil	28.08.1970	27.02.1973	03.10.1995	03.10.1995	03.10.1995	03.10.1995	03.10.1995	03.10.1995	03.10.1995	03.10.1995	03.10.1995	03.10.1995	03.10.1995
Brunei Darussalam		31.01.1991											
Bulgaria	07.03.1934	02.08.1972	15.10.1982	15.10.1982	15.10.1982	15.10.1982	15.10.1982	15.10.1982	15.10.1982	15.10.1982	15.10.1982	15.10.1982	15.10.1982
Burkina Faso	03.03.1971	17.04.1991	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003
Burundi													
Cambodia	15.03.1983	09.03.1983	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997
Cameroon	20.07.1989	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006
Canada	06.05.1930	18.09.1972	24.06.1994	24.06.1994	24.06.1994	24.06.1994	24.06.1994	24.06.1994	24.06.1994	24.06.1994	24.06.1994	24.06.1994	24.06.1994
Capa Verde	15.10.1991	20.10.1977	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997
Central African Republic	31.07.1970												
Chad													
Chile	02.07.1935	22.04.1980	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003	15.10.2003
China	13.07.1952	15.11.1984	07.04.1982	07.04.1982	07.04.1982	07.04.1982	07.04.1982	07.04.1982	07.04.1982	07.04.1982	07.04.1982	07.04.1982	07.04.1982
Colombia		19.12.1983	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000
Comoros													
Congo		23.10.1978											
Congo (Dem Rep)		16.09.1975											
Cook Islands		04.12.2008											

Country	Weapons														Cluster Munitions 2008
	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997			
Costa Rica		17.12.1973	17.12.1998	17.12.1998	17.12.1998	17.12.1998	17.12.1998	17.12.1998	17.12.1998	03.06.2009	27.04.2009	31.05.1996	17.03.1999		
Côte d'Ivoire	27.07.1970											18.12.1995	30.06.2000		
Croatia	18.12.2006	08.10.1991	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	27.05.2003	07.02.2005	23.05.1995	20.05.1998		
Cuba	24.06.1966	21.04.1976	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987	17.10.2007		29.04.1997			
Cyprus	12.12.1966	06.11.1973	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988			28.08.1998	17.01.2003		
Czech Republic	16.08.1938	05.04.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	06.06.2006	06.06.2006	06.03.1996	26.10.1999		
Denmark	05.05.1930	01.03.1973	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	15.09.2004	28.06.2005	13.07.1995	08.06.1998		
Djibouti			29.07.1996	29.07.1996	29.07.1996	29.07.1996	29.07.1996	29.07.1996	29.07.1996			25.01.2006	18.05.1998		
Dominica	08.11.1978											12.02.2001	26.03.1999		
Dominican Republic	08.12.1970	23.02.1973										27.03.2009	30.06.2000		
Ecuador	16.09.1970	12.03.1975	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982	10.03.2009	10.03.2009	06.09.1995	29.04.1999		
Egypt	06.12.1928														
El Salvador	20.05.1989	16.01.1989	31.12.1991	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	13.09.2007	23.03.2006	30.10.1995	27.01.1999		
Equatorial Guinea												25.04.1997	16.09.1998		
Eritrea												14.02.2000	27.08.2001		
Estonia	28.08.1931	21.06.1993	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	12.05.2003	18.12.2006	26.05.1999	12.05.2004		
Ethiopia	07.10.1935	26.05.1975										13.05.1996	17.12.2004		
Fiji	21.03.1973	01.10.1973										20.01.1993	10.06.1998		
Finland	26.06.1929	04.02.1974	08.05.1982	08.05.1982	08.05.1982	08.05.1982	11.01.1996	03.04.1998	03.04.1998	22.06.2004	23.03.2005	07.02.1995	23.07.1998		
France	10.05.1926	27.09.1984	04.03.1988	04.03.1988	04.03.1988	18.07.2002	30.06.1998	23.07.1998	23.07.1998	10.12.2002	31.10.2006	02.03.1995	23.07.1998		
Gabon		16.08.2007	01.10.2007	01.10.2007	01.10.2007	01.10.2007						08.09.2000	08.09.2000		
Gambia	05.11.1966	21.11.1991										19.05.1998	23.09.2002		
Georgia	22.05.1996	29.04.1996	29.04.1996	29.04.1996	29.04.1996	29.04.1996	14.07.2006			08.06.2009	22.12.2008	27.11.1995			
Germany	25.04.1929	07.04.1963	25.11.1992	25.11.1992	25.11.1992	25.11.1992	27.06.1997	02.05.1997	02.05.1997	26.01.2005	03.05.2005	12.08.1994	23.07.1998		
Ghana	03.05.1967	06.06.1975										09.07.1997	30.06.2000		
Greece	30.05.1931	10.12.1975	28.01.1992	28.01.1992	28.01.1992	28.01.1992	05.06.1997	20.01.1999	20.01.1999	26.11.2004		22.12.1994	25.09.2003		
Grenada	03.01.1989	22.10.1986										03.06.2005	19.08.1998		
Guatemala	03.05.1983	19.09.1973	21.07.1983	21.07.1983	21.07.1983	21.07.1983	30.08.2002	29.10.2001	29.10.2001	13.02.2009	28.02.2008	12.02.2003	26.03.1999		
Guinea												09.06.1997	08.10.1998		
Guinea-Bissau	20.05.1989	20.08.1976	06.08.2008	06.08.2008	06.08.2008	06.08.2008	06.08.2008	06.08.2008	06.08.2008	06.08.2008	06.08.2008	20.05.2008	22.05.2001		
Guyana												12.09.1997	05.08.2003		
Haiti												22.02.2006	15.02.2006		
Holy See	18.10.1966	04.01.2002	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	09.12.2002	13.12.2005	12.05.1999	17.02.1998	03.12.2008	
Honduras	14.03.1979	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003		29.06.2005	24.09.1998		
Hungary	27.12.1972	14.06.1982	14.06.1982	14.06.1982	14.06.1982	14.06.1982	30.01.1998	30.01.1998	30.01.1998	27.12.2002	13.11.2006	31.10.1996	06.04.1998		
Iceland	11.10.1952	15.02.1973	22.08.2008	22.08.2008	22.08.2008	22.08.2008	22.08.2008	22.08.2008	22.08.2008	22.08.2008	22.08.2008	28.04.1997	05.05.1999		
India	09.04.1930	15.07.1974	01.03.1984	01.03.1984	01.03.1984	01.03.1984	02.09.1999	02.09.1999	02.09.1999	18.05.2005	18.05.2005	03.09.1996			
Indonesia	21.01.1971	19.02.1992										12.11.1998	20.02.2007		
Iran (Islamic Rep)	05.11.1929	22.08.1973										03.11.1997			
Iraq	08.09.1931	19.06.1991										13.01.2009	15.08.2007		
Ireland	29.08.1930	27.10.1972	13.03.1995	13.03.1995	13.03.1995	13.03.1995	27.03.1997	27.03.1997	27.03.1997	08.11.2006	08.11.2006	24.06.1996	03.12.1997	03.12.2008	

Country		Weapons												
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1985	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997	Cluster Munitions 2008	
Israel	20.02.1969		22.03.1985	22.03.1985	22.03.1985	20.01.1995	20.01.1995	30.10.2000	01.09.2004		08.12.1995	23.04.1999		
Italy	03.04.1928	30.05.1975	20.01.1995	20.01.1995	20.01.1995	25.09.2008	25.09.2008	13.01.1999	01.09.2004		08.09.2000	30.07.1998		
Jamaica	28.07.1970	13.08.1975	25.09.2008	25.09.2008	09.06.1982	09.06.1982	10.06.1997	25.09.2008	25.09.2008		15.09.1995	30.09.1998		
Japan	21.05.1970	18.06.1982	09.06.1982	09.06.1982	19.10.1985			06.09.2000			29.10.1997	13.11.1998		
Jordan	20.01.1977	27.06.1975	19.10.1985								23.03.2000			
Kazakhstan		28.06.2007									25.04.1997	23.01.2001		
Kenya	06.07.1970	07.01.1976									07.09.2000	07.09.2000		
Kiribati														
Korea (Dem. People's Rep.)	04.01.1989	13.03.1987												
Korea (Republic of)	04.01.1989	25.06.1987	09.05.2001	09.05.2001				09.05.2001	13.02.2003	23.01.2008	28.04.1997			
Kuwait	15.12.1971	26.07.1972									28.05.1997	30.07.2007		
Kyrgyzstan		12.10.2004									29.09.2003			
Lao (People's Dem.)	20.05.1989	25.04.1973	03.01.1983	03.01.1983							25.02.1997		18.03.2009	
Latvia	03.06.1931	06.02.1997	04.01.1993	04.01.1993							23.07.1996	01.07.2005		
Lebanon	17.04.1969	26.03.1975									20.11.2008			
Lesotho	10.03.1972	06.09.1977												
Liberia	17.06.1927		16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005	06.09.2000	06.09.2000	16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005	23.02.2006	23.12.1999		
Libyan Arab Jamahiriya	29.12.1971	19.01.1982									06.01.2004			
Liechtenstein	06.09.1991	06.06.1991	16.08.1989	16.08.1989	16.08.1989	16.08.1989	19.11.1997	19.11.1997	18.06.2004	12.05.2006	24.11.1999	05.10.1999		
Lithuania	15.06.1933	10.02.1998	03.06.1998	03.06.1998					12.05.2003	29.09.2004	15.04.1998	12.05.2003		
Luxembourg	01.09.1936	23.03.1976	21.05.1996	21.05.1996	21.05.1996	21.05.1996	05.06.1999	05.06.1999	13.06.2005	13.06.2005	15.04.1997	14.06.1999		
Madagascar	02.08.1967	07.03.2008	14.03.2008	14.03.2008							20.10.2004	16.09.1999		
Malawi	14.09.1970										11.06.1998	13.08.1998		
Malaysia	10.12.1970	06.10.1991									20.04.2000			
Maldives	27.12.1966	02.08.1993									07.12.1994	22.04.1999		
Mali		25.11.2002	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.04.2009	28.04.1997	02.06.1998		
Malta	21.09.1964	07.04.1975	26.06.1995	26.06.1995	26.06.1995	26.06.1995	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	22.09.2006	28.04.1997	07.05.2001		
Marshall											19.05.2004			
Marshall											19.05.2004			
Mauntania											09.02.1998	21.07.2000		
Mauritius	12.03.1968	11.01.1973	06.05.1996	06.05.1996	06.05.1996	24.12.2002	24.12.2002				09.02.1993	03.12.1997		
Mexico	28.05.1932	08.04.1974	11.02.1982	11.02.1982	11.02.1982	10.03.1998	10.03.1998				29.08.1994	09.06.1998	06.05.2009	
Micronesia											21.06.1999			
Moldova (Republic of)		05.11.2004	08.09.2000	08.09.2000	08.09.2000	08.09.2000	08.09.2000	16.07.2001	05.01.2005	21.04.2008	08.07.1996	08.09.2000		
Monaco	06.01.1967	30.04.1989	12.08.1987	12.08.1987				04.05.1997			01.06.1995	17.11.1998		
Mongolia	06.12.1968	14.09.1972	08.06.1982	08.06.1982	08.06.1982	06.04.1999					17.01.1995			
Montenegro (Republic of)		03.06.2007	23.10.2006	23.10.2006	23.10.2006	23.10.2006	19.03.2002		23.10.2006		23.10.2006	23.10.2006		
Morocco	13.10.1970	21.03.2002	19.03.2002	19.03.2002							28.12.1995			
Mozambique											15.08.2000	25.08.1998		
Myanmar														
Namibia											24.11.1995	21.09.1998		
Nauru			12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	07.08.2000		

Country		Weapons												
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997	Cluster Munitions 2008	
Nepal	09.05.1969													
Netherlands	31.10.1930	22.06.1981	18.06.1987	18.06.1987	18.06.1987	18.06.1987	25.03.1999	25.03.1999	19.05.2004	18.07.2005	30.06.1995	12.04.1999		
New Zealand	24.05.1930	18.12.1972	18.10.1993	18.10.1993	18.10.1993	18.10.1993	08.01.1998	08.01.1998	02.10.2007	15.07.1996	15.07.1996	27.01.1999		
Nicaragua	05.10.1990	07.08.1975	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	06.09.2007	15.09.2005	05.10.1999	30.11.1998		
Niger	05.04.1967	23.06.1972	10.11.1992	10.11.1992	10.11.1992	10.11.1992	18.09.2007	18.09.2007	18.09.2007		09.04.1997	23.03.1999	02.06.2009	
Nigeria	15.10.1968	09.07.1973									20.05.1999	27.09.2001		
Niue											21.04.2005	15.04.1998		
Norway	27.07.1932	01.06.1973	07.06.1983	07.06.1983	07.06.1983	07.06.1983	20.04.1998	20.04.1998	18.11.2003	08.12.2005	07.04.1994	09.07.1998	03.12.2008	
Oman	31.03.1992										08.02.1995			
Pakistan	15.04.1960	03.10.1974	01.04.1985	01.04.1985	01.04.1985	01.04.1985	05.12.2000	09.03.1999		03.02.2009	28.10.1997			
Palau	04.12.1970	20.03.1974	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	03.10.1999	16.06.2004		03.02.2003	19.11.2007		
Papua New Guinea	02.09.1980	27.10.1980												
Paraguay	22.10.1933	09.06.1976	22.09.2004	22.09.2004	22.09.2004	22.09.2004	03.12.2008	22.09.2004	03.12.2008	03.12.2008	17.04.1996	28.06.2004		
Peru	13.08.1965	05.06.1985	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	12.06.1997	12.06.1997	14.02.2005	29.05.2009	20.07.1995	17.06.1998		
Philippines	08.06.1973	21.05.1973	15.07.1996	15.07.1996	15.07.1996	15.07.1996	12.06.1997	12.06.1997			11.12.1996	15.02.2000		
Poland	04.02.1929	25.01.1973	02.06.1983	02.06.1983	02.06.1983	02.06.1983	23.09.2004	14.10.2003	15.09.2006		23.06.1995			
Portugal	01.07.1930	15.05.1975	04.04.1997	04.04.1997	04.04.1997	04.04.1997	12.11.2001	31.03.1999	22.02.2008	22.02.2008	10.09.1996	19.02.1999		
Qatar	18.10.1976	17.04.1975									03.09.1997	13.10.1998		
Romania	23.08.1929	26.07.1979	26.07.1995	26.07.1995	26.07.1995	26.07.1995	25.06.2003	25.06.2003	25.08.2003	29.01.2008	15.02.1995	30.11.2000		
Russian Federation	05.04.1928	26.03.1975	10.06.1982	10.06.1982	10.06.1982	10.06.1982			02.03.2005	24.01.2007	05.11.1997			
Rwanda	11.05.1964	20.05.1975									31.03.2004	08.06.2000		
Saint Kitts and Nevis	27.04.1989	02.04.1991									21.05.2004	02.12.1998		
Saint Lucia	21.12.1988	26.11.1986									09.04.1997	13.04.1999		
Saint Vincent & Grenadine	24.03.1999	13.05.1999									18.09.2002	01.08.2001		
Samoa											10.12.1999	18.03.1998		
San Marino	11.03.1975										09.09.2003	31.03.2003		
Sao Tome and Principe	24.08.1973										09.06.1996			
Saudi Arabia	27.01.1971	24.05.1972	07.12.2007	07.12.2007	07.12.2007	07.12.2007	07.12.2007	07.12.2007						
Senegal	15.06.1977	26.03.1975	29.11.1999	29.11.1999	29.11.1999	29.11.1999	12.03.2001	12.03.2001	06.11.2008	06.11.2008	20.07.1998	24.09.1998		
Serbia (Republic of)	06.03.2006	13.06.2001	12.03.2001	12.03.2001	12.03.2001	12.03.2001	12.08.2003	12.08.2003	11.11.2003		20.04.2000	18.09.2003		
Seychelles	11.10.1979	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	30.09.2004	30.09.2004	07.04.1993	02.06.2000		
Sierra Leone	20.03.1967	29.06.1976	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004	25.04.2001	03.12.2008	
Singapore	02.12.1975										21.05.1997			
Slovakia	16.08.1938	17.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	30.11.1999	30.11.1999	11.02.2004	23.03.2006	27.10.1995	25.02.1999		
Slovenia	08.04.2008	07.04.1992	06.07.1992	06.07.1992	06.07.1992	06.07.1992	03.12.2002	03.12.2002	02.07.2008	22.02.2007	11.06.1997	27.10.1998		
Solomon Islands	01.06.1981										23.09.2004	26.01.1999		
Somalia														
South Africa	24.05.1930	03.11.1975	13.09.1995	13.09.1995	13.09.1995	13.09.1995	26.06.1998	26.06.1998			13.09.1995	26.06.1998		
Spain	22.08.1929	20.06.1979	29.12.1993	29.12.1993	29.12.1993	29.12.1993	19.01.1998	19.01.1998	09.02.2004	02.09.2007	03.06.1994	19.01.1999		
Sri Lanka	20.01.1954	18.11.1986	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	19.08.1994			

Country	Weapons											Cluster Munitions 2008	
	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993		Ottawa Treaty 1997
Sudan	17.12.1980	17.10.2003									24.05.1999	13.10.2003	
Suriname	06.01.1993										28.04.1997	23.05.2002	
Swaziland	23.07.1991	18.06.1991									20.09.1996	22.12.1998	
Sweden	25.04.1930	05.02.1976	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	15.01.1997	16.07.1997	03.12.2002	02.06.2004	17.06.1993	30.11.1998		
Switzerland	12.07.1932	04.05.1976	20.08.1982	20.08.1982	20.08.1982	24.03.1998	24.03.1998	19.01.2004	12.05.2006	10.03.1995	24.03.1998		
Syrian Arab Republic	17.12.1968												
Tajikistan	08.12.2004	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999		18.05.2006	11.01.1995	12.10.1999		
Tanzania (United Rep.of)	22.04.1963									25.06.1998	13.11.2000		
Thailand	06.06.1931	28.05.1975								10.12.2002	27.11.1998		
The former Yugoslav Republic of Macedonia		14.03.1997	30.12.1996	30.12.1996	30.12.1996	30.12.1996	19.03.2007	11.07.2007	19.03.2007	20.06.1997	09.09.1998		
Timor-Leste	05.05.2002									07.05.2003	07.05.2003		
Togo	05.04.1971	10.11.1976	04.12.1995	04.12.1995	04.12.1995	04.12.1995				23.04.1997	09.03.2000		
Tonga	19.07.1971	28.09.1976								29.05.2003			
Trinidad and Tobago	31.08.1962	19.07.2007								24.06.1997	27.04.1998		
Tunisia	12.07.1967	06.06.1973	15.05.1987	15.05.1987	15.05.1987	23.03.2006	23.03.2006	11.03.2009	07.03.2008	15.04.1997	09.07.1999		
Turkey	05.10.1929	04.11.1974	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005		12.05.1997	25.09.2003		
Turkmenistan		11.01.1996	19.03.2004	19.03.2004	19.03.2004	19.03.2004	19.03.2004			29.09.1994	19.01.1998		
Tuvalu										19.01.2004			
Uganda	24.05.1965	12.05.1992	14.11.1995	14.11.1995	14.11.1995	14.11.1995				30.11.2001	25.02.1999		
Ukraine	07.08.2003	26.03.1975	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	28.05.2003	15.12.1999	29.06.2005	17.05.2005	16.10.1998	27.12.2005	
United Arab Emirates	19.06.2008	26.02.2009	26.02.2009	26.02.2009	26.02.2009	26.02.2009			26.02.2009	28.11.2000			
United Kingdom	09.04.1930	26.03.1975	13.02.1995	13.02.1995	13.02.1995	13.02.1995	11.02.1999	25.07.2002	25.07.2002	13.05.1996	31.07.1998		
United States of America	10.04.1975	26.03.1975	24.03.1995	24.03.1995	24.03.1995	21.01.2009	21.01.2009	24.05.1999	21.01.2009	25.04.1997			
Uruguay	12.04.1977	06.04.1981	06.10.1994	06.10.1994	06.10.1994	06.10.1994	18.08.1998	07.08.2007	07.08.2007	06.10.1994	07.06.2001		
Uzbekistan		11.01.1996	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997			23.07.1996			
Vanuatu	12.10.1990									16.09.2005	16.09.2005		
Venezuela	08.02.1928	18.10.1978	19.04.2005	19.04.2005	19.04.2005	19.04.2005				03.12.1997	14.04.1999		
Viet Nam	15.12.1960	20.06.1980								30.09.1998			
Yemen	17.03.1971	01.06.1979								02.10.2000	01.09.1998		
Zambia		15.01.2008								09.02.2001	23.02.2001		
Zimbabwe		05.11.1990								25.04.1997	18.06.1998		
Total	135	163	109	107	92	102	93	92	72	59	188	156	8

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIÓN DE LIBROS

Dra. Milena Costas Trascasas, «violencia interna y protección de la persona»

Parte la autora de la existencia de una laguna en el Derecho Internacional Convencional, deducida de la falta del adecuado encaje entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación con la protección de las personas en las situaciones de violencia interna. Señala que así se desprende del Preámbulo de la Declaración de Normas Humanitarias Mínimas, conocida como Declaración de Turku/Abo, en la que se establecen las normas y principios internacionales dirigidos a proteger la dignidad humana en cualquier situación y que deben ser respetados por todas las personas, así como por todos los grupos y autoridades gubernamentales.

Subraya que las situaciones de violencia interna –conflictos de baja intensidad o de carácter latente–, al no reunir las condiciones de conflictos armados internos, no quedan reguladas por el Derecho Internacional Convencional y los gobiernos pueden suspender los derechos y garantías de los ciudadanos si consideran que la situación que padecen significa una amenaza para la vida de la nación. El esfuerzo de la Dra. Costas Trascasas se orienta a la búsqueda de «formulas jurídicas que permitan precisar en mayor medida la regulación jurídica aplicable a estas situaciones».

A dicho fin inicia su estudio indagando el concepto de las situaciones de violencia interna, que considera quedan al margen de los conflictos armados sin carácter interno y en el que estima incluidos los conflictos étnicos y los conflictos desestructurados. Tras señalar el carácter negativo de la conceptualización de las situaciones de violencia interna desde la óptica del Derecho Internacional Humanitario y estudiar los disturbios interiores, caracterizados por la existencia de enfrentamientos, y las tensiones inter-

nas, de las que, junto a la posible consecuencia de violación de derechos individuales, subraya su carácter preventivo y su duración, pasa a examinar el concepto del conflicto armado sin carácter internacional, del que excluye el bandidaje, las insurrecciones y los actos de terrorismo.

Estudia el «conflicto armado sin carácter internacional» con especial referencia a las guerras para la liberación nacional, los conflictos armados internacionalizados y el reconocimiento de la beligerancia, para continuar con el examen de los distintos grados de violencia interna, que inicia con los conflictos armados de «baja intensidad» recordando que para diferenciarlos de las situaciones de disturbios y tensiones internas se exigía la existencia de un enfrentamiento con armas y de cierta intensidad de violencia, en el que los insurgentes estuvieran en posesión de una fuerza militar organizada, con una autoridad responsable de sus actos y con medios adecuados para respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario, que actuaran sobre una parte del territorio nacional y a los que el gobierno legítimo hubiera reconocido la condición de beligerantes y tuvieran un régimen que presentara de facto las características de un Estado, para llegar a concluir que la situación se ha modificado por la adopción, el 8 de junio de 1977, del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, a cuyo tenor el art. 3 común a los Convenios de Ginebra se ha convertido en una normativa mínima subsidiariamente aplicable a todo conflicto armado, internacional o interno, si concurren las condiciones básicas de la existencia de hostilidades abiertas y colectivas, en las que se enfrenten dos o más partes contendientes y que éstas dispongan de una cierta organización.

Continúa con el examen de los conflictos armados internos de «alta intensidad», destacando las exigencias añadidas de que existan operaciones militares sostenidas y concertadas, así como las referencias a su intensidad y duración, y a que las fuerzas rebeldes estén en disposición de aplicar los Protocolos, señalando que esta última es el criterio fundamental que, para el Comité Internacional de la Cruz Roja, «da sentido a toda definición de conflicto armado», parecer sobre el que expone razones que lo hacen discutible, mientras que, a la luz del art. 8, d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el concepto se ha flexibilizado, desapareciendo la referencia a la participación de fuerzas militares y estimándose que existe cuando se trate de un conflicto armado prolongado en el que participen las autoridades gubernamentales frente a grupos armados organizados, y también cuando el enfrentamiento se produzca entre tales grupos.

Pasa después a considerar la calificación de los conflictos armados desde la óptica del Derecho Internacional, destacando la irrelevancia de la

opinión de las partes y, examinando la práctica internacional, subraya la trascendencia del reconocimiento de la situación de conflicto tanto por parte del gobierno afectado como por los grupos armados opuestos, e indica las dificultades que plantea la participación de terceros Estados en la calificación de unos hechos que, por tratarse de problemas internos que afectan a otros países, posiblemente preferirán no pronunciarse. Seguidamente examina la actuación del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y de las organizaciones regionales, destacando el valor que para los Estados miembros de estas organizaciones han de tener las calificaciones que sus correspondientes órganos hagan de un conflicto, para culminar con la valoración de las que puedan efectuar los Tribunales internacionales e, incluso, los nacionales con ocasión de pronunciarse sobre la responsabilidad penal de pudiera corresponder a un individuo por violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario o del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y las llamadas Comisiones de la Verdad «que sin ser instancias judiciales en sentido estricto, se configuran como órganos independientes del poder político con capacidad para analizar los hechos de una forma objetiva e imparcial». Concluye esta parte de la obra con la consideración de las propuestas que formulara el Secretario General de las Naciones Unidas a fin de calificar de manera objetiva si un conflicto entraba o no en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, examinando el establecimiento de la relación automática entre la declaración del estado excepción y el art. 3 común, que la autora califica de progresista, la atribución al Comité Internacional de la Cruz Roja de la condición de órgano calificador, papel que se ha negado a asumir, o a un órgano internacional existente o creado a dicho fin que ofreciera garantías de independencia e imparcialidad, señalando a la Comisión Internacional de Encuestas, cuya constitución y competencias fueron reguladas en el art. 90 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra y que, por el carácter independiente, imparcial y especializado de sus miembros, podría ser el medio, hoy desaprovechado por la actitud renuente de los Estados a su utilización, de evitar la proliferación de comisiones creadas ad hoc que conducen a la fragmentación del Derecho Internacional.

Pasa seguidamente la Dra. Costas a las situaciones de violencia interna, iniciando su exposición con la acreditación de su frecuencia y la manifestación de que suelen tener raíces muy profundas que hacen necesario en cada caso un análisis histórico, social y político para establecer el origen de la violencia. Tras un puntualizado repaso por los casos recientes en África, Asia e Iberoamérica, indaga sobre los elementos característicos de la violencia interna, dedicando un detenido estudio al análisis que hiciera

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso del asalto al Cuartel de la Tablada, en Argentina, en el que el órgano interamericano utilizó los criterios establecidos por el Comité Internacional de la Cruz Roja llegando a la conclusión de que el ataque al cuartel «no podía ser caracterizado como una situación de disturbios internos, sino de conflicto armado», por lo que, si bien la regulación jurídica de los disturbios corresponde a la legislación interna de los Estados, a la que se añaden las normas del Derecho Internacional de Derechos Humanos, en el caso evaluado y, atendiendo al carácter organizado del grupo y a la intensidad manifiesta de la violencia, estimó de aplicación, por su carácter de conflicto armado no internacional, el Derecho Internacional Humanitario, afirmando que las disposiciones del artículo 3 común obligan por igual al gobierno y a las fuerzas disidentes. De ello deduce la autora la necesidad del carácter no-organizado de las partes, estudiando especialmente los supuestos del bandidaje y del terrorismo, y, en cuanto a la intensidad de la violencia, puntualiza su carácter indeterminado y la necesidad de acudir a otros indicios que acrediten que no se ha superado un mero desorden interno, señalando entre ellos la condición no militar de los efectivos y medios empleados para hacer frente a la violencia y la escasa duración del conflicto. Seguidamente expone ocho casos significativos de indudable interés para la aclaración del alcance conceptual de la violencia interna.

Al estudiar la protección de la persona en las situaciones de violencia interna comienza por señalar la aplicabilidad de las normas de derechos humanos, mas subraya que no se adaptan adecuadamente a estas situaciones al haber sido concebidas para aplicarse en tiempos de paz y permitir a los Estados la suspensión de ciertos derechos y libertades; realiza un estudio comparativo entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sentando su distinta naturaleza, planteando la diferencia existente entre los desarrollos normativos de una y otra rama jurídica, así como en sus respectivos ámbitos de aplicación, tanto «*ratione materiae*» como «*ratione personae*», en cuanto a los destinatarios de las obligaciones –a los Estados únicamente en el primero, y a los Estados y a los grupos e individuos en el segundo–, y en relación con los órganos y métodos de aplicación de una y otra rama jurídica. Tras indicar las posibles causas de la inadaptación de las normas de derechos humanos a la debida protección de la persona en las situaciones de violencia interna, pasa a examinar las que califica como «normas relevantes previstas en el Derecho convencional», dedicando su atención a la prohibición de las ejecuciones sumarias y extrajudiciales, de la tortura y de las detenciones arbitrarias, y a la afectación a otros derechos fundamentales, tales como a

las libertades de expresión e información, de movimiento, de reunión, de asociación y de manifestación de las ideas políticas, continuando con las que denomina «cuestiones reguladas insuficientemente», refiriéndose a los límites al uso de la fuerza, a los desplazamientos forzados de poblaciones y a las persecuciones y detenciones masivas y arbitrarias de opositores políticos, al recurso a medidas excepcionales y a la inderogabilidad de las garantías judiciales. Seguidamente examina los órganos creados con la finalidad de supervisar el cumplimiento por los Estados de las obligaciones que han asumido en relación con los derechos humanos y los mecanismos de su actuación, diferenciando los convencionales, establecidos por los tratados de derechos humanos, y en ellos los mecanismos no contenciosos, en los que el órgano emite un informe, y los contenciosos, basados en la existencia de una queja o denuncia individual y en los que se realiza una calificación jurídica de la situación, estimando que ambos prestan una insuficiente protección, y los que denomina órganos extra-convencionales, en los que acoge las actuaciones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el «procedimiento confidencial», establecido para estudiar las situaciones de violaciones graves y masivas de los derechos humanos, y en los «procedimientos públicos especiales», en los que el Consejo examina y valora el resultado de las investigaciones efectuadas por órganos especiales creados por él mismo, ya sea por país o con carácter temático, para supervisar situaciones de violaciones generalizadas o sistemáticas.

La constatación de la existencia de violaciones de los derechos humanos debe determinar la correspondiente responsabilidad, aspecto al que se dedica la parte final de las consideraciones sobre el régimen jurídico de las situaciones de violencia interna, tema en el que la falta de precisión de las normas que deberían limitar la acción de los Estados y el hecho de que los grupos que se oponen a la acción gubernamental carezcan de un mando responsable, condicionan la posibilidad de obtención de la tutela correspondiente, examinando el problema en relación con actuaciones puntuales de la Corte Penal Internacional sobre pretendidos crímenes de lesa humanidad, y de la Corte Internacional de Derechos Humanos y de la Comisión de Derecho Internacional al resolver sobre reclamaciones de responsabilidad de los Estados por la actuación de sus agentes y al establecer criterios para fijar el contenido del «deber de diligencia debida» que les incumbe. Se cierra esta parte del trabajo con la consideración de las normas aplicables en el derecho español, que se centra en las reformas del vigente Código Penal para su adaptación, en cuanto a la responsabilidad del individuo, a los principios del Estatuto de Roma, haciendo referencia a los desordenes públicos y a las reuniones o manifestaciones ilícitas, y en

las Leyes Orgánicas reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

Considera después la Dra. Costas en este trabajo que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la Convención Americana de Derechos Humanos, contienen «cláusulas derogatorias» que permiten a los Estados suspender el ejercicio de algunos derechos y libertades de los ciudadanos en situaciones de peligro público que pongan en peligro o amenacen la vida o la independencia o seguridad de la nación, términos cuya amplitud les hace servir para justificar la adopción de tales medidas en situaciones de violencia interna cuando alcancen un determinado nivel de intensidad y gravedad. Señala que el sacrificio del interés individual por el interés general conocido como «estado de excepción» debe ser un mecanismo de defensa del statu quo constitucional, teniendo previstas sus causas en el ordenamiento interno y en la Constitución, siendo su único objetivo restablecer, cuando las instituciones jurídicas y políticas se muestran incapaces para ello, el orden público quebrantado y retornar a la normalidad, y su duración el periodo de tiempo que dure la emergencia. Analiza las desviaciones a la correcta aplicación del estado de excepción, recogiendo las cinco formulas incorrectas de actuación señaladas por Naciones Unidas y fijando los principios de excepcionalidad de la amenaza, proporcionalidad, intangibilidad de ciertos derechos, compatibilidad con las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional y proclamación formal y notificación a los demás Estado de la proclamación del estado de excepción. Examina a continuación la posibilidad de que los disturbios y tensiones interiores constituyan un peligro que amenace la vida de la nación, y lo hace desde la práctica en el sistema universal, en el sistema europeo y en el sistema interamericano, exponiendo diferentes casos concretos en los que se pronunciaron la Comisión de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En uno de los casos de la praxis europea recoge la autora las condiciones necesarias a juicio del Tribunal Europeo para que resulte lícita la declaración del estado de excepción, consistentes en la actualidad e inminencia de la amenaza, no tratarse de una crisis local o aislada, afectar a la continuación de la vida organizada de la comunidad sobre la que se asienta el Estado y el carácter excepcional de la crisis o peligro, y concluye esta parte de su trabajo examinando desde el punto de vista práctico los principios a que antes hicimos referencia: proporcionalidad, inderogabilidad de ciertos derechos, compatibilidad con las demás obligaciones internacionales, no discriminación y proclamación y notificación.

Pasa a exponer seguidamente la actuación del Comité Internacional de la Cruz Roja en las situaciones de violencia interna, y tras afirmar que el Comité tiene como cometido principal proteger y asistir no sólo a las víctimas de los conflictos armados, sino también a las de los disturbios internos, pasa a examinar si tiene o no derecho a hacerlo, considerando que tiene personalidad jurídica internacional como consecuencia de un mandato otorgado de hecho por la Comunidad Internacional, y que las resoluciones de las Conferencias Internacionales de Cruz Roja y de la Media Luna Roja tienen una gran importancia en la formación de normas consuetudinarias y una condición que la participación de los Estados en sus reuniones permite atribuirles el carácter de normas Derecho Internacional Público, así como las consecuencias jurídicas de su acción en este ámbito, que ha ido ampliándose con la tolerancia de los Estados que se encontraron en estas situaciones. En cuanto al marco jurídico de la actuación y tras reconocer la inexistencia de una base similar a los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II, señala el llamado «derecho de iniciativa humanitaria extraconvencional o estatutario», sustentado sobre su propio ordenamiento interno, y examina lo dispuesto al respecto en los Estatutos del Comité y lo acordado en las sucesivas Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, concluyendo que éstas confieren al Comité el mandato de actuar en las situaciones de disturbios interiores y, aunque con más limitaciones, en las de tensiones interiores; diferencia la actuación del Comité según se dirija proteger a personas privadas de libertad, a la población, o a las personas desaparecidas, indicando que, en el primer supuesto, suele iniciarse mediante el ofrecimiento de sus servicios después de una previa evaluación de la situación a fin de apreciar la concurrencia de un cierto grado de gravedad, una cierta duración de las circunstancias, una cierta organización de las partes en presencia y la existencia de víctimas, así como de la obtención de la previa autorización del Estado y del establecimiento de la modalidad de los servicios mediante un acuerdo bilateral concluido con las autoridades que garantice el acceso a todos los detenidos, a todos los lugares de detención, a entrevistarse con ellos libremente y sin testigos, y a repetir las visitas y proporcionar una lista de las personas que va a visitar. Muestra como menos eficaz la actuación en cuanto a la protección de la población y a favor de los desaparecidos, y concluye esta parte de su obra con las consideraciones relativas a las tareas asistenciales de distribución de alimentos y medicamentos, con preferencia a las personas o comunidades más vulnerables que no participan o que ya no participan en los actos violentos, y al ofrecimiento de sus buenos oficios para realizar actividades que requieran de la aprobación de ambas partes.

Los dos últimos capítulos de la obra constituyen el núcleo esencial de la exposición contenida; dedica el primero de ellos al estudio de la posible extensión del Derecho Internacional Humanitario en relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, tras subrayar la realidad de un movimiento convergente entre ambos, señala el principio de humanidad como el punto de su unión; destaca que el «interés humano» ocupa el lugar supremo en el orden de valores del Derecho Internacional contemporáneo y que la Carta de las Naciones Unidas ha convertido la protección de los derechos humanos en una de las garantías de la paz y en un aspecto estrechamente ligado al respeto del Derecho Internacional, correspondiendo el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la Declaración Universal que sobre ellos proclamara la Asamblea General de la ONU en 1948 y que ha generado una inmensa red de instrumentos, órganos y mecanismos para su protección y garantía, indicando que de la conjunción de ambas ramas del Derecho Internacional en el principio de humanidad la doctrina ha deducido otros tres principios generales comunes a ambas: el de inviolabilidad de la persona, el de no discriminación y el que protege el derecho de toda persona a su seguridad. Estudia las diferentes teorías sobre las relaciones entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho internacional de los Derechos Humanos, –separatistas, integristas y complementaristas–, decantándose por éstas y examinado las manifestaciones de complementariedad entre ambos, tanto en los aspectos normativos, como operacionales y de interpretación, con abundantes referencias a casos concretos en que se manifestara tal carácter, y concluye el capítulo con el estudio de la posibilidad de que, aun cuando los disturbios y demás situaciones de violencia interna al no alcanzar el umbral de conflictos armados quedan fuera del ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la conexión establecida a través del principio de humanidad permite sostener la aplicación extensiva de los principios y normas en que dicho principio se concreta en él; analiza la posibilidad de aplicación extensiva del art. 3 común y, después de un pormenorizado examen de la evolución de los esfuerzos realizados en este sentido a diferentes iniciativas del Comité Internacional de la Cruz Roja, concluye que la comunidad internacional aun no está en disposición de que los Estados declinen el principio de soberanía y la prohibición de intervención en asuntos internos, favoreciendo la aplicación del Derecho Internacional Humanitario más allá de los conflictos armados sin carácter internacional. No obstante, la autora señala que de las normas del Derecho Internacional Humanitario convencional y consuetudinario es posible deducir una serie de principios que protegen a la persona y son perfectamente aplicables a las

situaciones de disturbios y tensiones, recogiendo entre ellos los relativos a la limitación del uso de la fuerza en la función policial, con referencia expresa en su consideración general al «Código de Conducta de las Naciones Unidas para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley», de 1979, y a los «Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley», de 1990 y entre los de carácter específico al de distinción, –que obliga a diferenciar y protege a quienes no participan o han dejado de participar en los actos de violencia, prohíbe las ataques indiscriminados y obliga a la parte atacante a tomar las precauciones necesarias para evitar o minimizar la pérdida de vidas a la población civil y los daños a sus bienes–, y a los de necesidad y de proporcionalidad, –por los que el uso de la fuerza debe reducirse al mínimo necesario, limitando el uso de armas letales, la libertad de elección de armas, diferenciando entre éstas aquéllas que causan daños superfluos o sufrimientos innecesarios a las personas y las capaces de causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente–. El capítulo termina con el planteamiento de las normas derivadas del principio de humanidad, entre las que recoge el trato debido a heridos y enfermos, así como al personal sanitario, y el respeto a las garantías judiciales y al trato humano a las personas detenidas.

El séptimo y último de los capítulos en que se estructura la obra lo dedica su autora a destacar la conveniencia de que, como consecuencia de la convergencia de los Derechos Internacionales Humanitario y de los Derechos Humanos, pueda llegar a establecerse un núcleo irreductible de principios y normas que sea reconocido, mediante un instrumento internacional, como «normas básicas de humanidad» que protejan a la persona en toda circunstancia. Tras examinar las primeras iniciativas y la evolución de la idea en el ámbito internacional, su estudio se centra en la «Declaración sobre las Normas Humanitarias Mínimas», conocida como Declaración de Turku/Abo, en la que, señala, se recogen los principios protectores de ambas ramas del Derecho Internacional, tanto en su expresión convencional como consuetudinaria, e introducen algunos elementos de evolución progresista, proponiendo un mayor desarrollo normativo de las disposiciones existentes y acogiendo el principio de humanidad, que permitiría colmar las posibles lagunas existentes. Indica que el ámbito de aplicación de la Declaración *ratione materiae* alcanzaría expresamente a las situaciones de violencia interna, con alusión a las excepcionales, por lo que su aplicación sería posible aun cuando se hubiera declarado el estado de excepción, y *ratione personae*, mediante la utilización de formulas de generalización, protegería a la totalidad de los individuos, y, en su aspecto pasivo, también

la obligación de respetar y aplicar sus normas alcanzaría a todas las personas, grupos y autoridades, para continuar con la exposición del contenido normativo, aludiendo a la doble procedencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario y resuelve cualquier duda sobre posibles conflictos con otros textos internacionales protectores a la luz del art. 1,2) de la Declaración, que permite la aplicación del que otorgue mayor protección, ya que éste comprenderá también la otorgada por el más restrictivo; sin embargo suscita la cuestión de que, al no tratarse de un tratado internacional, puede estimarse que la Declaración carecería de valor obligatorio, lo que indica podría resolverse si se reconociera que la totalidad o la mayor parte de la Declaración recoge normas del Derecho Internacional consuetudinario. En relación con la cuestión de la necesidad de la Declaración, tras un detenido examen de las posturas a favor y en contra, considera el valor jurídico de la Declaración, que no sería vinculante per se, sino en función del carácter de las disposiciones que contiene. Mayor importancia tiene la valoración que efectúa la autora sobre el futuro de la Declaración, manifestándose conforme con el parecer de que realmente no existe una laguna en la protección de los derechos humanos al ser de aplicación en toda circunstancia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aunque estima que «no estaría de más la adopción de un documento que sistematizara el régimen jurídico aplicable a estas situaciones», y con el criterio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la existencia no de una laguna real, de una cierta incertidumbre, que supone una «laguna inducida» por los propios Estados que prefieren la no regulación a una regulación que no satisfaga sus intereses y expectativas; termina con la exposición de algunos acontecimientos y desarrollos en el ámbito de los Derechos Internacionales Humanitario y de los Derechos Humanos que han influido en el cambio de perspectiva del proceso, referidos a la Observación General n° 29 al art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptada por el Comité de Derechos Humanos; a la conexión entre los derechos humanos inderogables y el ius cogens, con referencia al reconocimiento por el mismo Comité de tal carácter a la prohibición absoluta de la tortura y de la pena de muerte en todas las circunstancias, y a otros derechos que han venido a ser incluidos por el Comité en el estándar mínimo de derechos protegidos; al estudio realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja para identificar las normas de Derecho Internacional consuetudinario que vinculan a los Estados en los conflictos armados sin carácter internacional; a la evolución del reconocimiento del derecho a un juicio con las debidas garantías, aludiendo a las listas que lo configuran recogidas en los Estatutos de los Tribunales ad hoc

para la antigua Yugoslavia y Ruanda, y de la Corte Penal Internacional; a las cuestiones que plantea la exigencia de responsabilidad penal por los hechos cometidos por los agentes no estatales; y, finalmente, expone la posibilidad de una lectura de los instrumentos tutelares de la persona que permita asegurar su protección en todo caso, incluidas las situaciones de violencia interna, dada la aproximación sustantiva de ambos sistemas normativos, mediante una mayor complementariedad operacional de los órganos encargados de supervisar la aplicación de los Derechos Internacionales Humanitario y de los Derechos Humanos.

El excelente trabajo de la Dra. Costas se cierra con las veintiuna conclusiones en las que resume su exposición, y de las que debemos resaltar el contenido de la vigésimo primera en la que refiriéndose a la protección de los derechos humanos en las situaciones de violencia interna, literalmente manifiesta que «... Aunque deseable, la adopción de un nuevo instrumento jurídico específicamente referido a estos casos de violencia interna no es algo imprescindible para ello. Bastaría con que los órganos de aplicación potenciasen una visión más humana y coherente del ordenamiento internacional», señalando que ello permitiría reducir la distancia entre los ámbitos de aplicación de ambos Derechos y reduciría la libertad de los Estados para establecer en cada caso el régimen jurídico menos oneroso a sus intereses en perjuicio del respeto que en todo momento merece la dignidad de la persona humana.

La obra comentada se enriquece con múltiples referencias doctrinales, normativas y jurisprudenciales, recogidas tanto en el cuerpo del texto como en un elevado número de notas a pie de página, tres anexos, uno de ellos recoge el texto de la Declaración de Turku/Abo, una extensa relación de bibliografía sistematizada en obras monográficas, artículos de obras y revistas especializadas, e informes y anuarios.

Hemos de manifestar nuestro pleno acuerdo con el muy favorable parecer que, con mayores méritos y capacidad, expone el Profesor Dr. Manuel Pérez González en el prologo que abre el libro, y subrayar tanto la actualidad del tema abordado, como la profundidad del estudio realizado, en la seguridad de que este trabajo, que apunta soluciones a la difícil cuestión de la tutela de los derechos de la persona en las problemáticas situaciones de disturbios y tensiones internas, no podrá ser ignorado por quien afronte esta materia a partir de la presente publicación.

Javier Aparicio Gallego

Gonzalo Jar Couselo, «La protección de los periodistas en caso de conflicto armado». Editorial: Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Tirant Monografías 516. Cruz Roja Española

El autor dedica el libro «a todos los profesionales de la información muertos en conflicto armado», a la vez que «a su hija Marta, recién licenciada en periodismo», que evidentemente son dos dedicatorias motivadas por dos diversos orígenes y finalidades.

A lo largo de 414 páginas, la estructura del libro, tras un interesante Prólogo de Rodríguez-Villasante y preceptiva introducción del autor JAR COUSELO, se articula el texto escrito en tres grandes bloques, dedicado el primero de ellos a las normas legales de «protección de periodistas» –a través de un recorrido histórico de su gestación y posterior evolución–; el segundo bloque aludido incluye un extensísimo reportaje de «noticias periodísticas» que nos ilustran totalmente del papel, que se le asignan a los «medios de comunicación» en su engarce con las Fuerzas Armadas –desde su Estado Mayor, hasta las unidades combatientes de bajo nivel–. Otro bloque a considerar, de gran actualidad y básico punto de reflexión es el dedicado en detalle a la muerte de periodistas.

El libro continúa con las reflexiones sobre las «nuevas guerras»... secuestros de profesionales de la comunicación y la actualidad del sistema jurídico de la protección internacional de las personas que realizan su trabajo en los «medios de comunicación social».

EL PROLOGO de la obra se debe a la pluma de un excelente tratadista de Derecho Internacional, y un primer espada en Derecho Internacional Humanitario, el Excmo. Sr. D. José Luís Rodríguez-Villasante y Prieto, General Consejero Togado y Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

En palabras del prologuista el autor JAR COUSELO, trabaja en el «dedicado equilibrio entre dos conceptos enfrentados: las consideraciones de humanidad y la necesidad militar». En efecto, acierta el prologuista no sólo al alabar el esfuerzo y el acierto del autor del libro, General Jar, sino en calificar la obra como una constatación lamentable de la «desprotección de los periodistas en caso de conflicto armado».

Resalta el prologuista el «concepto de periodista» que pergeña el autor, basándose en la jurisprudencia existente sobre el «corresponsal de guerra», y al que se une el «periodista independiente» y el «fotógrafo», técnicos de filmación, etc.

Dos observaciones, más bien puntualizaciones, efectuadas por el General Rodríguez-Villasante al autor: EEUU e Irak no son parte signatarias del Protocolo I (1977), Adicional a los Convenios de Ginebra, pero les es de aplicación las Normas Constitucionarias de Derecho Internacional Humanitario; y la segunda, la extensión de la «jurisdicción universal», en cuya virtud todo Estado, y cualquier Estado, se obliga a perseguir crímenes de guerra.

El «derecho a una información objetiva» ha de tener como finalidad la de justificar las limitaciones en el caso de necesidad militar, pero siempre con la abstención de todo acto hostil contra el periodista.

INTRODUCCIÓN. Se sigue la finalidad de los R&F (Reporteros sin fronteras), acerca de los **mcs** (medios de comunicación social), que configuran como «cuarto poder» si no como «contra poder». Al lado opuesto se muestra la existencia de los **free lance**, en un intento de definir ¿qué es un periodista?

El autor examina la jurisprudencia al respecto con un amplísimo concepto de «periodista» que surge ante toda «necesidad de dar a conocer los horrores de la guerra».

Alude a las Guerras de Crimea, y de Secesión Americana, como hito para la lucha a dar la primera noticia con preponderancia de fotografías. La I Guerra Mundial viene caracterizada por la «censura» y la «propaganda» y la figura del «periodista aferrado a un mauser cargado y con el seguro quitado».

La II Guerra Mundial configura a la política informativa como un «arma de guerra», que trata no de informar sino de ayudar a ganar la batalla, y en el que aparece el predominio de los medios orales sobre los escritos.

LAS PRIMERAS NORMAS DE PROTECCIÓN

La primera referencia concreta a lo profesionales de la información aparece en la Convención de la Haya de 1899 y 1907 aludiendo a reconocer

el «derecho al trato de prisionero de guerra» a los corresponsales de los periódicos.

El Convenio de Ginebra de 1929 y el III Convenio de 1949, siguen en similar línea.

LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX

Durante la «guerra del Vietnam» se patentiza la pugna entre el periodista y el militar que llega hasta afirmar: «mis marines están ganando esta guerra y Vds. están perdiéndola en sus periódicos» (General Westmoreland). Idea que coincide con los chicos de la prensa: la guerra se gana fuera del campo de batalla, en los periódicos y la televisión».

Los protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1977, en su artículo 79, establecen las medidas de protección de periodistas al considerarlos *personas civiles* y no como prisioneros de guerra como hasta entonces.

Durante la guerra de la Malvinas, las invasiones de Granada y Panamá sobre todo, prima el «secreto» observado por los ejércitos.

La llamada *Primera Guerra del Golfo*, se realiza bajo una pugna entre los grandes medios de comunicación social y las estructuras militares operativas, que concluye con un sistema rígido de «censura»; los **mcs** ganaron la batalla en *Somalia, Bosnia y Ruanda*.

En Kosovo (1999), surgió la «verdad oficial» de la OTAN pero los **mcs**, no pudieron constatar las atrocidades cometidas por Belgrado contra la población civil de Kosovo.

El ataque a la radiotelevisión servia (RTS), se produjo por aviones de la OTAN interrumpiendo el informativo, causando muerte a civiles y personal de la televisión. En el seno de la OTAN se enfrentó el considerar que las emisoras no podían entenderse como objetivo militar (vgr abogados británicos), y el «discurso del odio» continuo de la emisora anulaba la posible inmunidad legal de protección del convenio sin «mas».

El Fiscal del Tribunal Internacional para la exyugoslavia entendió que era «objetivo militar legítimo», afirmación discutible y discutida, pues incluso la propaganda bélica emitida cuestiona el principio de «proporcionalidad», amén del concepto de «edificación bélica».

La muerte de Julio Fuentes

Al parecer, con el auspicio de Al Qaeda, cuatro periodistas son asesinados en las cercanías de Kabul, como un ataque a la «prensa internacional».

LA GUERRA DE IRAK

Por primera vez se transmite, en directo, la invasión de un país, lo que, según el autor, parece justificar el elevado de periodistas españoles desplazados a Irak.

Los periodistas fueron clasificados por el Pentágono en tres categorías: «unilaterals», es decir, los que iban por libre; los «embedded», o empotrados en las tropas USA; y los «enemy side», en el lado enemigo.

En la realidad hubo periodistas llamados «wild cats» (gatos salvajes), en los campos de batalla sin protección alguna por las tropas invasoras.

Los «empotrados», iban «incustrados» en unidades militares diversas, incluso de las terrestres que avanzaban hasta Bagdad, a cambio de asumir unas reglas de campo» durante su permanencia en la Unidad. Así, junto con las fuerzas estadounidenses y británicas que entraron en Bagdad estaban los periodistas enviando imágenes inmediatas.

Nos narra, el *General Jar*, la utilización de los «teléfonos satélite», con localizadores GPS, que supone un riesgo para las unidades de batalla, y justificaría su prohibición.

La pretensión de «bajas cero», lograda durante la guerra se vio frustrada en la posguerra con continuos atentados con explosivos. Así pues, la «guerra mejor contada», por 3000 periodistas acreditados, contaban 140 bajas de soldados invasores y 13 periodistas.

Las cadenas árabes de TV, Al Yazira, Al Arabiya, ..., rompen el monopolio de la CNN en la Primera Guerra del Golfo, y muestran la opinión del mundo árabe, que luego dieron lugar a mostrar los «horrores de Irak» y luego «la tragedia del pueblo palestino».

Un bombardeo aéreo en abril de 2003 destruyó las oficinas de Al Yazira con diversos periodistas muertos, con una reacción unánime, de Marruecos a Jordania, anti USA.

El autor recoge lo que llama «un goteo interminable de muertes de periodistas», incluyendo a los españoles Anguita y Couso.

En un clima de denuncia de ataques a bombardeos de hoteles con periodistas, y especialmente árabes, se produce la muerte de Anguita Parrondo, empotrado en una unidad yanqui, que fue atacada por el ejército iraquí, siendo imposible ser diferenciado de los combatientes, lo que en el fallecimiento de Couso parece más claro que pudo distinguirse entre «combatientes» y «civiles».

El Pentágono había designado tres hoteles (Palestina, Al-Rashid y Al-Mansur, abiertos exclusivamente para los **mcs**), finalmente descartándose por el riesgo de ataques bélicos los dos últimos.

El ataque al hotel Palestina. Los carros de combate instalados, al igual que el día anterior, en la zona del puente Al-Jumburiya, eran hostigado con fuego de fusil y lanzagranadas desde edificios situados a la izquierda del hotel; un carro, desde 1200 metros, giró la torreta y disparó un obús que hizo blanco en un balcón del piso 15, a consecuencia de ello fallecieron 2 periodistas y otros tres resultaron heridos.

La munición utilizada era de largo alcance, sin explosivo, que estalla a tres metros del objetivo, dispersando metralla.

Un periodista del Boston Herald recuerda que todos estaban buscando al «vigía», y entre ellos los periodistas. El «vigía» era el que dirigía a las fuerzas iraquíes terrestres anticarro y a las piezas de artillería, incluso con lanzagranadas.

Surge la pregunta de un periodista español: «aunque hubiera habido un francotirador ¿se debe atacar un edificio donde hay periodistas? En efecto, en el hotel Palestina había 100 periodistas.

En el momento del disparo del carro, Protsyuk tenía la cámara preparada pero no grabando; en el piso de abajo Cousso, si estaba grabando.

Los comentarios al respecto y opiniones de la prensa son diversos y alejadas de la versión oficial, con hostigamiento de las tropas de ocupación por fuerzas Iraquíes; los periodistas «no empotrados quedan en zona de peligro, entre dos fuegos».

El autor recoge el informe de Reporteros sin Fronteras, de la familia Cousso, del Gobierno español y de diversos partidos políticos, así como de diversos organismos internacionales.

La respuesta judicial. A pesar de la solicitud de archivo por falta de jurisdicción del Ministerio Fiscal, la Audiencia Nacional (Juez Pedraza), ordena la detención de tres militares estadounidenses, antes por crímenes de guerra y ahora por asesinato.

Tras trámites procesales, recursos, etc... finalmente el Juez Pedraza admite la querrela, y persiste en la solicitud de detención internacional. La Audiencia Nacional ordenó el archivo por entender que la muerte de Cousso y Protsyuk «no era un acto internacional doloso de causar la muerte ...), por faltar la intencionalidad.

En términos similares, recoge el R&F, que «el ataque contra los periodistas no fue premeditado ni deliberado, pero sí que se pudo evitar».

La normativa internacional (Ginebra 1949) (Protocolo, no ratificado por EEUU ni Irak), ofrece dificultades en su aplicación a la vista del Derecho Internacional Humanitario.

El secuestro de periodistas, se generaliza después de la entrada en Bagdad, con ventajas económicas y de difusión en los **mcs**, junto con errores

en la identificación, hace que se pida «adecuar el DIH» para la protección auténtica de los corresponsales».

Las nuevas guerras aparecen como «guerras virtuales», «sin víctimas propias», junto a las guerras convencionales de Sierra Leona, Ruanda, Cáucaso, Balcanes, coexisten con una guerra global de megaempresas tecnológicas e industriales, militares y financieras, y sin embargo con bajas de periodistas en Palestina, Costa de Marfil, Bangladesh y la muerte de Ricardo Ortega en Haití, en manos de pistoleros «chimeres», partidarios violentos de Arístides.

Ortega, era uno de los nueve periodistas españoles fallecidos desde 1980.

El sistema de protección de la actualidad parte de los pros y contras de una total identificación como prensa, en inglés y árabe, en cascos y chalecos y vehículos de los periodistas.

La organización R&F difundió ocho consejos de obligado cumplimiento por todo periodista y todo **mcs**, que atendía a mayor seguridad en zonas peligrosas, sirviendo de antecedentes a la «Declaración sobre la seguridad de los periodistas y de los medios de comunicación en situación de conflicto armado».

En la esfera de los *Tribunales de Justicias*, el autor expone el denominado caso «Randal», sobre la obligación del periodista de declarar y revelar sus fuentes en procesos de «crímenes de guerra».

El Tribunal Internacional para la ExYugoslavia resolvió que las declaraciones han de ser «limitadas» a la vital importancia para resolver un caso «y no pudiera obtenerse la prueba por otro medio u otra fuente», salvo la declaración voluntaria, como la de «J. Rowland»

El Pentágono reconoce la existencia de periodistas de «doble uso»: *el espionaje bajo la tapadera de periodistas*, lo que perjudica la protección de los **mcs**.

El CICR (Centro Internacional de la Cruz Roja), debe actuar conforme al Derecho Internacional Humanitario, pero cautelosamente y sin afán de protagonismo, por ello en su misión de ayuda y protección al periodista tiene una «línea caliente», 24 horas al día, a tal fin.

Concluye el General Jar Couselo, tras considerar la opinión de insignes periodista y políticos, que la protección al periodistas en el DIH es todavía precaria, pues los Convenios de Ginebra y sus Protocolos de 1977 (no prisionero, y personal civil). La consideración de «personal civil», no significa protección especial ni específica al periodista; en lo que debe trabajar es en la Legislación Internacional futura, y, por ende seguir potenciando la necesidad de conocer, ampliar y divulgar del Derecho Internacional Hu-

manitario. Recuerda a la ONU que al designar a sus «tropas», no olvide exigirles que cumplan las reglas del Derecho Internacional Humanitario, en todas las actuaciones en su nombre.

Enhorabuena, mi General, y gracias por la amplitud de tus citas.

Luis B. Álvarez Roldán

NOTICIA DE LIBROS

NOTICIA DE LIBROS

Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández
Coronel Auditor

EMILIO JIMÉNEZ APARICIO (Coordinador). Comentarios a la legislación de Contratación Pública. 4 Tomos. Tercera Edición (Primera en la Colección Nuevos Clásicos). Thomson-Aranzadi. 2009. Con esta primera Obra de su Colección Nuevos Clásicos, Thomson-Aranzadi acaba de lanzar al mercado los Comentarios más extensos y actualizados que existen de la reciente legislación española en materia de Contratos del Sector Público. Un total de cuarenta y cuatro expertos profesionales del Derecho Público español actual integran el Índice de Autores de esta ambiciosa Obra en la que, artículo por artículo, se recoge, además del oportuno Comentario, sus respectivos antecedentes legislativos y parlamentarios, sus concordancias internas y externas y sus referencias tanto en la doctrina jurisprudencial como en la del Consejo de Estado. El Plan General de la Obra es también muy ambicioso, pues consta de una Parte I dedicada a los Comentarios de la Ley 30/2007, propiamente dicha y de la que tratan los Tomos I, II y parte del III. Una Parte II, de la que trata la última parte del Tomo III, donde se comentan los únicos artículos del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas que dejó en vigor la nueva Ley 30/2007 y que son los dedicados a la financiación privada de los Contratos de Concesión de Obra Pública y una última Parte III que coincide con el Tomo IV y en el que se recogen los Comentarios a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales.

VV.AA. Protección de datos personales para Corporaciones de Derecho Público Thomson-Civitas-Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. 2008. Aunque dirigida principalmente a la actividad propia de los Colegios Profesionales, esta obra trata preferentemente de ayudar a los gestores de los ficheros de datos automatizados. A tal efecto, se expone de manera sencilla los conceptos fundamentales del derecho a la protección de datos personales, incluyendo respuestas a las consultas más frecuentes y se ofrecen criterios claros que facilitan que la recogida y el tratamiento de los datos personales se haga con garantía de los derechos de los afectados. También es un instrumento muy útil y práctico para que los responsables de los ficheros cumplan sus obligaciones en materia de protección de datos personales durante todo el proceso de tratamiento de datos. Además, se incluyen ejemplos de cláusulas o leyendas para facilitar el cumplimiento del principio de información, modelos para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación, así como los informes jurídicos elaborados por la Agencia de Protección de Datos de Madrid durante los últimos años para las Corporaciones de Derecho Público.

NOTICIA DE REVISTAS

NOTICIA DE REVISTAS

José Leandro MARTINEZ-CARDOS RUIZ

SUMARIO

A) Cuestiones administrativas; B) Cuestiones de derecho internacional y humanitario de la guerra.

A) CUESTIONES ADMINISTRATIVAS

El estatuto del militar francés ha sido objeto de diversos trabajos. Entre todos ellos son de destacar por su relevancia el de Xavier Latour, «*Le nouveau statut général des militaires et la concertation dans les forces armées*» y el de Gaëlle Bossis «*L'évolution du régime disciplinaire des militaires entre volonté du législateur et contrôle du juge*», ambos, en *Revue Française de droit administratif*, número 4, 2008.

B) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL Y HUMANITARIO

En la *Harvard Law Review*, número 8, del volumen 11 se inserta un trabajo de los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia titulado «*The war on terrorism: international law, clear statement requirements ant constitutional design*».

El número 99, vol. 3, del *American Journal of International Law*, incluyen los siguientes trabajos de interés «*The WTO medicines decision: World*

Pharmaceutical trade and the protection of public health» de Frederick M. Abbott, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Florida; «*The Lord's Resistance Army Case: Uganda's Submission of the first state referral to the international criminal Court*», de Paya Akhavan, Profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale; «*The Customary International Law Game*» de George Norman y Joel P. Trachtman, de la Universidad de Tufts; «*On paying the piper: Financial responsibility for security Council referrals to the International Criminal Court*», de W. Michael Reisman.

En el número 99, vol. 4, del *American Journal of International Law*, se incluyen los siguientes trabajos de interés: «*Application of US law to foreign-flag cruise ships*» de Duncan B. Hollis; «*Revival of customary humanitarian law*», de Theodor Meron; «*Feminism and its (dis)contents: criminalizing wartime rape in Bosnia and Herzegovina*», por Karen Engle; y «*Applying the death penalty to crimes of genocide*» de Jens David Ohlin.

El Boletín «*ASLL, The american society of international law*» recoge las ponencias de la 99 convención anual, dedicada a los límites del derecho internacional. Sobresalen los siguientes trabajos: «*Legal ethics and the war on terror: the role of the government lawyer*» de Scott Horton; «*Late-breaking issues and the international criminal tribunals*» de David Kaye; «*The ICRC customary law study: a preliminary assessment*» de W. Hays Parks y «*Does customary humanitarian law contribute to order or disorder in the regulation of modern-day conflicts?*» de Philip Allott.

El número 1/2008 del *International Journal of Constitutional Law* incluye un trabajo de David Golove titulado «*United States: The Bush administration's «war of terrorism» in the Supreme Court*» que da cuenta de la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre las medidas adoptadas por la Administración para luchar contra el terrorismo.

INFORMACIÓN

ENTREGA DEL PREMIO «JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDERO» 2008

El 5 de noviembre de 2008 tuvo lugar, presidido por la Ministra de Defensa, el acto de entrega de los «Premios Defensa 2008», que habían sido convocados por Orden DEF/356/2008, de 6 de febrero (BOE 40, de 15 de febrero).

Entre ellos, se procedió a la entrega del Premio «*José Francisco de Querol y Lombardero*», creado en 2003 en memoria del General del Cuerpo Jurídico y Magistrado del Tribunal Supremo del mismo nombre, y destinado a trabajos de «investigación sobre aspectos jurídicos relacionados con el ámbito de la defensa o de la Jurisdicción Militar, el Derecho Militar en general y particularmente los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario», como reza la Orden de creación.

Fue esta la quinta edición del Premio «Querol Lombardero», galardón ya consolidado en los ámbitos de la investigación jurídica, en los que ha adquirido un merecido prestigio. Concurrieron a la presente dedición siete trabajos sobre las distintas materias jurídicas previstas en la convocatoria, todos de un gran nivel científico y marcado interés.

El Jurado encargado de otorgar el premio estuvo presidido por el Director General de Relaciones Institucionales del Ministerio, D. Manuel López Blázquez, e integrado, como Vocales, por D. Ángel Calderón Cerezo, Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, D^a. Concepción Escobar Hernández, Catedrática de Derecho Internacional Público de la UNED y Jefa de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, D. Javier Mata Tejada, General Consejero Togado y Auditor Presidente del Tribunal Militar Central, D. Fernando Pignatelli y Meca, General Consejero Togado y Magistrado de la Sala Quinta del

Tribunal Supremo, D. Carlos Eymar Alonso, General Auditor y Doctor en Derecho y D. Antonio Mozo Seoane, General Consejero Togado y Director de la REDEM, actuando como Secretaria D^a. Mercedes Batiste Iglesias, del Instituto Español de Estudios Estratégicos.

Por Orden DEF/2414/2008, de 6 de agosto («BOE» 195, de 13 de agosto) se hizo pública la concesión de los premios, resultando premiado en la presente edición, en nuestra modalidad, el trabajo titulado «*La doctrina de la responsabilidad del mando a la luz de la actual jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*», del que es autora D^a. Rosario Domínguez Matés, Profesora de la Universidad de Sevilla. Dicho trabajo aparece publicado, como es preceptivo, en el número anterior (91, enero-junio) de nuestra Revista. También aparece en dicho número otro de los artículos que concurrieron al Premio, «*Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la justicia militar británica y su interrelación con la de otros países del mundo anglosajón*», de Rodrigo Lorenzo Ponce de León, trabajo incluido a propuesta de varios miembros del Consejo de Redacción de la Revista y, a su vez, integrantes del Jurado del Premio, dados el interés y la calidad científica del estudio.

INFORMACIÓN DE LA EMEJ ENTREGA DE DIPLOMAS DE ESPECIALIDADES DEL CUERPO JURÍDICO MILITAR

El pasado 25 de abril tuvo lugar en el Salón de Actos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos la entrega de los Diplomas en Derecho Penal Militar, Derecho Administrativo Militar y Derecho Internacional Militar a aquellos Oficiales Auditores que habían superado los respectivos Cursos de especialización, convocados por Resolución de la Dirección General de Reclutamiento y Enseñanza Militar número 453/01522/06, de 25 de enero de 2006.

Como en ocasiones precedentes, el acto se desarrolló en la EMEJ y tuvo un contenido estrictamente académico. Presidió el Fiscal Togado, General Consejero Togado D. Benito Egido Trillo-Figueroa, acompañándole en la mesa presidencial el General Consejero Togado D. Francisco Javier de Mendoza Fernández, Asesor Jurídico de la Guardia Civil; el General Auditor D. Jesús Bello Gil, Vocal Togado del Tribunal Militar Central y anterior Director de la EMEJ; y, en representación del General Subdirector General de Enseñanza, el Capitán de Navío D. Carlos Roseta Fernández de Castro.

Además de los Diplomados, asistieron al acto los Directores de las otras Escuelas Militares de Formación y de Perfeccionamiento ubicadas en el establecimiento «Grupo de Escuelas de la Defensa», numerosos miembros del Cuerpo Jurídico Militar y los Alumnos de la EMEJ.

El Coronel Auditor Director de la EMEJ pronunció unas palabras recordando la historia, prestigio y alto nivel de exigencia requerido para la superación de los Cursos de especialización y significando la trascendencia que, a la luz de la nueva Ley de la Carrera Militar, pueden revestir los Diplomas, dada la necesidad de obtener, en los términos en que, reglamenta-

riamente, se establezca, una especialidad para poder obtener el ascenso al empleo de Teniente Coronel Auditor.

Los nuevos Diplomados, reconocidos como tales por la correspondiente Resolución publicada en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, fueron los siguientes Oficiales, con indicación del título del Trabajo Académico de Investigación Jurídica por cada uno de ellos elaborado:

DERECHO PENAL MILITAR

- Comandante auditor D^a Maria Luz Pozuelo Antoni
«*Delitos contra la libertad sexual en el ámbito militar*»
- Comandante auditor D. José Carlos Cervera Rodríguez
«*Deslealtad militar y Derecho Penal común*»
- Comandante auditor D. Francisco Carlos de Osuna Hervás
«*La intervención de las comunicaciones, la entrada y registro en domicilio y la toma de muestras biológicas: prueba procesal y derecho militar*»
- Capitán auditor D. Jesús Manuel Mateo Cercenado
«*Los límites entre el Derecho Penal y el Régimen Disciplinario. El principio de mínima intervención penal*»
- Capitán auditor D^a María Mercedes Rubio Ángel
«*Principios rectores y garantías del expedientado en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil*»

DERECHO ADMINISTRATIVO MILITAR

- Comandante auditor D. Manuel Antonio Martín Vicente
«*Las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. Pasado, presente y futuro*»
- Comandante auditor D. Luis Javier Martínez Monedero
«*La ejecución de sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativa y su incidencia en la administración militar*»
- Comandante auditor D. Miguel Ángel Recio Jaraba
«*Estudio sobre el derecho de asociación profesional del personal militar de las Fuerzas Armadas*»
- Capitán auditor D^a María África Carroza Pacheco
«*Estudio jurídico del aperturismo sociológico dentro del proceso de profesionalización de las Fuerzas Armadas*»

DERECHO INTERNACIONAL MILITAR

- Teniente coronel auditor D. Marcelo Ortega Gutiérrez-Maturana
«*El uso legítimo de la fuerza: su progresiva limitación en el ámbito del Derecho Internacional. Función de las denominadas reglas de enfrentamiento*»
- Capitán auditor D^a Ana María Sánchez Díaz
«*La protección del medio ambiente en período de conflicto armado*»

Por último, es de señalar que, previamente, había sido convalidado el Curso de Derecho Penal Militar al Oficial que, a continuación, se expresa, como autor de la tesis doctoral cuyo título se reseña igualmente:

- Capitán auditor D. Ramón Ferrer Barquero
«*El delito de prevaricación judicial*»

Todos los trabajos de previa mención se encuentran depositados en la Biblioteca de la EMEJ, a disposición de quien pudiera estar en ellos interesado.

NECROLÓGICA

VIRGILIO PEÑA PEÑA: IN MEMORIAM

Virgilio Peña Peña nació en Santiago de Compostela el ocho de julio de mil novecientos veinticuatro y falleció en Valladolid el veintitrés de noviembre de dos mil ocho. Estudió al mismo tiempo las carreras de Filosofía y Letras y de Derecho en la que consiguió el premio extraordinario. Ingresó en el Cuerpo Jurídico Militar a los veintiún años, en la oposición de mil novecientos cuarenta y seis. Casado con Lita Criado, tuvo tres hijos.

Compatibilizó brillantemente su profesión jurídico militar con otras actividades, pues, además de doctor en Derecho, fue, primero, profesor universitario en Valladolid de Derecho administrativo y, después, en la misma Universidad, de Derecho político y, durante trece años, hasta 1976, fue director de Radio Valladolid.

Cuando le conocí, en mil novecientos setenta y ocho, era el asesor jurídico de la Policía. Con los ascensos a Coronel y a General, este último en 1983, fue, sucesivamente, Auditor de la 7ª Región Militar y de la 4ª Región Militar, cuyas Capitanías se encontraban en Valladolid y en Barcelona. En 1985 ascendió a Consejero Togado y desde la Ciudad Condal se trasladó a Madrid para ocupar el cargo de Vicesecretario General Técnico del Ministerio de Defensa y, dos años después, el de Asesor Jurídico del Ministerio. Como Consejero Togado fue miembro del Consejo Editorial, entonces llamado Consejo Asesor, de la *Revista Española de Derecho Militar*. Pasó a la reserva al cumplir los sesenta y cinco años, el ocho de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Después de treinta y seis años de servicio he conocido a muchísimos compañeros y he compartido destino con gran número de ellos, la inmensa mayoría buenos profesionales, algunos, incluso, extraordinarios. Casi todos, también, muy buenas personas. Virgilio Peña fue el más grande de todos ellos, tanto por su competencia como por su humanidad. Jamás se le subió el

empleo o el cargo a la cabeza, pues su gran sabiduría iba unida a una humildad no menor. Le gustaba trabajar y tenía gran capacidad de trabajo. Siendo Auditor de Valladolid se quedaba los asuntos más difíciles e incómodos de despachar. Fue un jefe excelente, nada distante con sus subordinados, sino todo lo contrario, incapaz de un mal gesto o de un comentario sarcástico, al que se le podían preguntar las cuestiones más enrevesadas y siempre tenía la respuesta pronta y correcta. Su asesoramiento fue siempre conforme a la Ley, aunque no gustara a sus superiores, fueran estos quienes fueran. Carlos Gallego, en *El Norte de Castilla*, de 23 de febrero de 2009, en el artículo que le dedicó, ha dejado una prueba de ello con ocasión de evocar las circunstancias tan extraordinarias del 23 F, en su asesoramiento al Capitán General de la 7ª Región Militar, el Teniente General Ángel Campano. Con su labor y su comportamiento a lo largo de su vida, ganó, bien merecidamente, prestigio y autoridad ante subordinados, compañeros y jefes, fueran estos militares o civiles, incluso cuando estos últimos se apartaban de sus dictámenes o de sus opiniones.

En el Ministerio le correspondió parte principalísima en la reforma de la Justicia y de la Jurisdicción militares, así como en la unificación de los tres Cuerpos Jurídicos, del Ejército, de la Armada y del Ejército de Aire, que no siempre resultaron acordes con sus planteamientos. Estas modificaciones supusieron un cambio importantísimo de sedes de asesorías y de órganos judiciales, con los correspondientes traslados de destino y de residencia de buena parte de los oficiales de los distintos Cuerpos Jurídicos. La reforma, en las cuestiones de personal, la hizo teniendo en cuenta, naturalmente, la eficacia del servicio, pero además, en todo lo posible, causar el menor perjuicio a cuantos debían cambiar de destino, atendiendo a sus circunstancias particulares familiares y profesionales. Entre otras novedades, se creó, entonces, la Sala Quinta, de lo Militar, en el Tribunal Supremo, con cuatro plazas de Magistrado para Consejeros Togados o Generales Auditores, lo que constituye la culminación extraordinaria de la carrera jurídicomilitar y no quiso formar parte de ella, como dijo en aquellos momentos, para que «nadie pueda pensar que me he beneficiado de la reforma», con lo que dejó pasar la ocasión de prolongar su vida profesional cinco años.

Paradigma de virtudes castrenses y jurídicas, fue un hombre justo y bueno y no creo que se apartara nunca de la ordenanza y, por tanto, que actuó siempre «sin esperar nada del favor ni temer de la arbitrariedad».

Que Dios le tenga en su Gloria.

Estanislao Cantero Núñez
General Auditor en Reserva